

INTRODUCCIÓN AL PROCESO CIVIL

Biblioteca de Derecho del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Introducción al proceso civil

Sergio Bermudes

Marcio Vieira Souto Costa Ferreira
Presentación

Eduardo Oteiza
Prólogo

Caetano Berenguer
Renato Beneduzi
Gustavo Favero Vaughn
Coordinadores académicos

Stefan Espejo Macedo
Traducción al español

INTRODUCCIÓN AL PROCESO CIVIL

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, enero 2026
Tiraje: 800 ejemplares

Diagramación de interiores: FM Servigraf E.I.R.L.
Imprenta: FM Servigraf E.I.R.L.
Calle El Alhelí 108-B Dpto. 201, Surquillo, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2026-00774

ISBN: 978-612-4400-77-3
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor. <i>In memoriam</i> Sergio Bermudes	13
Presentación	
Un homenaje a mi socio, amigo y maestro Sergio Bermudes <i>Marcio Vieira Souto Costa Ferreira</i>	15
Prólogo	
<i>Eduardo Oteiza</i>	21
CAPÍTULO I	
SOCIEDAD, DERECHO Y CONFLICTO	
1. La sociedad y el derecho (normas jurídicas, derecho objetivo y derecho subjetivo)	27
2. Los conflictos sociales (la litis, la voluntad, la pretensión y la resistencia)	36
3. Medios de resolución de la litis: la autocomposición (renuncia y transacción), autotutela y actividad estatal (jurisdicción)	44
CAPÍTULO II	
JURISDICCIÓN	
1. La jurisdicción (contenido, función, naturaleza y concepto)	49
2. Especies de la jurisdicción	54

3. Órganos jurisdiccionales principales y auxiliares, y funciones esenciales a la justicia (Ministerio Público, Abogacía General de la Unión, procuradurías, Abogacía y Defensoría Pública)	55
4. Normas que regulan la jurisdicción	60
5. Jurisprudencia	62
6. Inercia de la jurisdicción	64

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN

1. Concepto de la acción judicial	65
2. Naturaleza jurídica	66
3. Elementos de la acción	72
4. Partes (demandante y demandado)	73
5. Litisconsorcio	74
6. Sustitución de la parte	77
7. El pedido y sus objetos	78
8. Modificación, alteración y adición del pedido	81
9. Acumulación de pedidos y concurso de acciones	82
10. Causa de pedir	84
11. Identificación de la demanda, conexión, continencia, litispendencia y cosa juzgada	86
12. Condiciones de la acción	92
13. Posibilidad jurídica	93
14. Legitimación de las partes	94
15. Interés procesal	95
16. Clasificación de las acciones	96

Introducción al proceso civil	9
17. Acción, demanda y denuncia	97
18. Acción y excepción	99
CAPÍTULO IV	
COMPETENCIA	
1. Jurisdicción y competencia	101
2. Competencia internacional e interna	104
3. Determinación de la competencia	106
4. Criterios de distribución de la competencia	109
5. <i>Perpetuatio jurisdictionis</i> y modificaciones de la competencia	115
6. Incompetencia absoluta y relativa	118
7. Asunción de competencia	120
CAPÍTULO V	
EL PROCESO	
1. Concepto y función del proceso judicial	123
2. Naturaleza jurídica	126
3. Sujetos del proceso	131
4. Los terceros	136
5. Especies del proceso civil contencioso	139
6. El proceso de conocimiento	140
7. El proceso de ejecución	143
8. El proceso cautelar	149
9. El proceso de jurisdicción voluntaria	156
10. Principios procesales	159
11. El derecho procesal civil y sus normas	163

CAPÍTULO VI

PRESUPUESTOS PROCESALES, DESARROLLO
Y ACTOS DEL PROCESO

1.	Los presupuestos procesales y su clasificación	169
2.	Presupuestos relativos al juez	170
3.	Presupuestos relativos a las partes	171
4.	Presupuestos objetivos	174
5.	Desarrollo del proceso (formación, suspensión y extinción)	176
6.	Hechos y actos procesales	181
7.	Actos postulatorios	183
8.	Actos de prueba	184
9.	Actos de jurisdicción	189
10.	Actos decisorios (despachos, decisiones interlocutorias y sentencias)	189
11.	Forma de los actos procesales	194
12.	Tiempo y lugar de los actos procesales	196
13.	Comunicación de los actos procesales	199

CAPÍTULO VII

EL PROCEDIMIENTO

1.	Idea de procedimiento	203
2.	Clasificación del procedimiento	205
3.	Procedimiento común	205
4.	Procedimientos sumario, sumarísimo y especiales	215
5.	Procedimientos en el proceso de ejecución	220
6.	Procedimientos en el proceso cautelar	223
7.	Procedimientos en la jurisdicción voluntaria	225

Introducción al proceso civil 11

CAPÍTULO VIII

RECURSOS Y PROCESO EN LOS TRIBUNALES

1. El recurso (concepto, naturaleza y especies)	229
2. Presupuestos y juicio de admisibilidad de los recursos	232
3. Procedimiento recursal	240
4. Recurso adhesivo y reexamen necesario	245
5. Embargos de declaración	247
6. Recursos ordinarios (finalidad y especies)	249
7. Recursos extraordinarios (finalidad y especies)	255
8. Proceso en los tribunales	259
9. <i>Símula</i> vinculante	261
10. Incidente de resolución de demandas repetitivas	262

CAPÍTULO IX

COSA JUZGADA Y ACCIÓN RESCISORIA

1. Preclusión y cosa juzgada formal	265
2. Cosa juzgada material	269
3. Límites subjetivos de la cosa juzgada	271
4. Límites objetivos de la cosa juzgada	276
5. Cuestión prejudicial y cosa juzgada	283
6. Acción rescisoria	284

CAPÍTULO X

INFORMACIONES HISTÓRICAS

Y SISTEMAS PROCESALES CONTEMPORÁNEOS

1. Informaciones históricas	291
2. Sistemas procesales contemporáneos	301

NOTA DEL EDITOR

Publicar una obra del gran jurista brasileño Sergio Bermudes representa un altísimo honor para nuestra *Biblioteca de Derecho*.

Constituye la traducción al español de su obra clásica de Derecho Procesal, tan leída y elogiada en el medio jurídico de su país, que lleva por título *Introducción al proceso civil*.

Lamentamos que este libro vea la luz en el Perú de manera póstuma, pues el autor falleció recientemente.

La vida y obra del profesor Bermudes es resumida de manera notable por el profesor Marcio Vieira Souto Costa Ferreira, en las palabras de presentación, bajo el título «Un homenaje a mi socio, amigo y maestro Sergio Bermudes».

Asimismo, debo dar las gracias al profesor Eduardo Oteiza por haber elaborado el prólogo de la obra, en el que resalta la trayectoria de vida y el trabajo académico y profesional del autor.

No tuve el privilegio de conocer en persona al profesor Bermudes, pero sí lo he hecho a través de su obra, la misma que lo coloca como uno de los pilares del Derecho brasileño, con una importancia enorme que, sin duda, trascendió fronteras, tanto por sus doctrinas como por su prolífico, notable y noble ejercicio profesional, y por su don de maestro en la universidad y en su famoso Estudio de abogados, que creó y fructificó a lo largo de los años, con defensas emblemáticas en la historia del Derecho brasileño.

Agradezco también a los profesores Caetano Berenguer, Renato Beneduzi y Gustavo Favero Vaughn por el enorme interés, impulso y coordinación para la publicación de esta obra. Del mismo modo, agradezco al profesor Marcio Vieira Souto Costa Ferreira por las hermosas palabras de presentación que, además, hacen plena justicia con tan ilustre autor, así como al profesor Eduardo Oteiza por tan riguroso prólogo.

Lima, diciembre de 2025

Mario Castillo Freyre *
Director de la *Biblioteca de Derecho*

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número y Vicepresidente de la Academia Peruana de Derecho; Profesor Principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje, Biblioteca de Derecho y Biblioteca de Arbitraje - Serie Digital de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa www.castillofreyre.com

PRESENTACIÓN

UN HOMENAJE A MI SOCIO, AMIGO Y MAESTRO SERGIO BERMUDES

Sergio Bermudes, autor de esta importante obra sobre la introducción al derecho procesal civil —ahora traducida al español—, es, sin lugar a dudas y sin temor a exagerar, uno de los más grandes procesalistas vivos del mundo. Su importancia para el derecho procesal —tanto en el ámbito académico como en el litigioso, incluyendo el arbitraje— es sencillamente incalculable. En Brasil fundó el despacho de resolución de disputas más grande y respetado, ampliamente reconocido a nivel internacional. Su influencia ha sido directa y constante en las reformas del Código de Proceso Civil brasileño, desde los años ochenta hasta la promulgación del actual Código en 2015.

Sergio es también célebre por su capacidad de narrar historias inteligentes y cautivadoras. Las anécdotas que comparte, atesoradas en su privilegiada memoria, revelan un camino lleno de esfuerzo, como era de esperarse, marcado por una inmensa dedicación.

Oriundo de una ciudad del interior del estado de Espírito Santo, en el sureste de Brasil, llamada Cachoeiro de Itapemirim, y recién graduado, con la experiencia adquirida como estudiante y en el entorno del despacho de su padre, el Dr. Ailton Bermudes, fundó el bufete Sergio Bermudes Advogados. Su talento emergió rápidamente y se desplegó en múltiples áreas. Desde muy joven estableció vínculos con grandes figuras de la abogacía nacional como Dario de Almeida Magalhães, y con referentes del mundo académico, especialmente en el campo del proceso civil.

Forjó amistades con ilustres juristas como Hélio Tornaghi, Egas Moniz de Aragão, José Carlos Barbosa Moreira y Mauro Cappelletti.

A los 26 años publicó su monumental libro sobre los «Recursos», dentro de la reconocida colección *Curso de Derecho Procesal Civil* de la editorial Borsoi, bajo su propia coordinación. Un año después vio la luz *Iniciación al estudio del derecho procesal civil*. A estas dos obras, cuyos títulos cito aquí en español, les siguieron muchas otras, notables tanto por su volumen como por su alcance, especialmente en la tradición de actualización de los *Comentarios al Código de Proceso Civil* de Pontes de Miranda.

No se puede hablar de Sergio sin recordar su faceta de profesor. Su actividad docente no se limita a las aclamadas clases que imparte en la prestigiosa Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro ni a las conferencias que fascinan auditorios diversos. Sergio formó —dentro y fuera de la academia— a toda una generación de abogados. En verdad, la gran mayoría de los buenos litigantes de Río de Janeiro que hoy actúan en distintos despachos fueron sus discípulos, ya sea en la universidad o en la vida. Dentro y fuera del bufete, Sergio forjó talentos como los coordinadores académicos de esta edición en español.

Como dijo una vez Mahatma Gandhi: «Una vida sin religión es como un barco sin timón». Siguiendo ese principio, Sergio guía su existencia por una fervorosa religiosidad. Más allá de las misas mensuales que celebraba en su despacho de Río de Janeiro, su incansable dedicación a resolver problemas de la Iglesia es una prueba contundente. Basta recordar la verdadera cruzada que emprendió antes, durante y después de la Jornada Mundial de la Juventud, por la cual recibió la bendición apostólica de su santidad.

También debe mencionarse su inmensa generosidad reflejada en el empeño con el que ayuda a colegas, amigos e incluso desconocidos. Quienes tienen el privilegio de compartir más tiempo con él podrían contar múltiples testimonios sobre su espíritu desprendido, en especial

respecto de su asistencia a los más necesitados, como en ocasión de las graves inundaciones que azotaron Espírito Santo hace algunos años.

Sergio es ese tipo de abogado que jamás se amilana ante las adversidades. Defiende con valentía a sus clientes, como cuando, con plena confianza en la justicia, aconsejó a uno de ellos no provisionar el pago de una indemnización millonaria e injusta, convencido de que el STJ anularía aquella sentencia inmoral. También ha demostrado coraje cívico: fue uno de los escasos juristas que, en plena dictadura, firmó la «Carta a los Brasileños», de Gofredo Telles Junior. Y, a los 29 años, protagonizó la heroica defensa de la familia Vladimir Herzog, en una acción que culminó con el histórico reconocimiento por parte del Estado brasileño de la existencia de torturas durante el régimen militar.

Hecho este breve y elogioso registro sobre los orígenes humildes y laboriosos de Sergio hasta el camino que lo condujo al éxito, me corresponde hacer una breve y sencilla referencia específicamente sobre esta obra, que fue publicada inicialmente por la prestigiosa editorial Forense, en 1995, en Río de Janeiro. Con ya seis ediciones en portugués, este libro indispensable de Sergio llega, en buen momento, a ser traducido al español, para que el público hispanohablante —y todos aquellos que tienen conocimiento de la lengua española— pueda disfrutar de él. Esto se debe al brillante trabajo de los coordinadores académicos, a saber: Caetano Berenguer (socio mío y de Sergio desde hace años), Renato Beneduzi (fue nuestro socio y hoy dirige su propio estudio) y Gustavo Favero Vaughn (quien fue pasante en nuestra oficina de São Paulo hace diez años), del traductor, el profesor Stefan Espejo, y del Estudio Mario Castillo Freyre, liderado por el profesor que le da nombre.

Como bien lo explica Sergio en el prefacio de la primera edición del libro publicada en Brasil, la obra nació de la necesidad que encontró el autor de reeditar su libro *Iniciación al estudio del derecho procesal civil*, «[c]on la convicción de que es necesario exponer con sencillez las nociones introductorias del proceso civil», según sus propias palabras. En efecto,

Sergio señaló, desde la primera versión de esta obra, que se propuso presentar los institutos del derecho procesal civil del modo que le pareció más accesible al lector, «deseoso de partir de algún punto para indagaciones profundas, o de recapitular conceptos esenciales».

Así, es plenamente posible afirmar que la obra *Introducción al proceso civil* ofrece una visión clara y rigurosa de los fundamentos estructurales del proceso civil desde una perspectiva doctrinal moderna, con fuerte énfasis en la función jurisdiccional y la dimensión constitucional del proceso. El autor inicia el recorrido conceptual presentando el proceso como instrumento de realización del derecho, distinguiéndolo de formas no jurisdiccionales de resolución de conflictos, y subrayando su naturaleza jurídica como medio legítimo de composición de litigios a través de la actuación del Estado.

A continuación, se aborda la acción como derecho público subjetivo que habilita a cualquier persona a provocar la actividad jurisdiccional, independientemente del resultado o del fundamento material de su pretensión. En este marco, Sergio examina la evolución doctrinal del concepto de acción, desde su interpretación privatista clásica hasta las concepciones contemporáneas que la desvinculan del derecho sustancial. Asimismo, analiza las condiciones necesarias para su ejercicio válido, como la legitimación de las partes, el interés de actuar y la posibilidad jurídica del pedido.

El proceso es descrito no solo como instrumento, sino también como una relación jurídica tripartita que vincula al juez con las partes, dotada de estructura y efectos normativos propios. Sergio profundiza en la idea del proceso como relación jurídica compleja, destacando principios esenciales como la bilateralidad, el debido proceso, la buena fe y el principio contradictorio. De manera articulada, se estudia también el concepto de jurisdicción: su origen constitucional, su vinculación con la soberanía estatal, su indelegabilidad, sus límites funcionales y su distinción frente a la competencia.

La obra dedica atención especial a la competencia como forma de distribución del ejercicio jurisdiccional entre órganos judiciales. Se analizan los distintos criterios que determinan la competencia (material, territorial, funcional y jerárquica), así como las consecuencias procesales de su inobservancia. El autor también explica cómo el diseño institucional del Poder Judicial brasileño, su organización interna y su funcionamiento se relacionan con la eficacia del proceso, vinculando estos elementos con la garantía de imparcialidad y la independencia judicial.

El papel del juez es examinado en profundidad, con énfasis en sus deberes, poderes y limitaciones. Sergio destaca la relevancia de la imparcialidad, el deber de fundamentar las decisiones y los mecanismos de impedimento y sospecha, fundamentales para preservar la confianza en la justicia. Las partes del proceso también reciben atención detallada, incluyendo la noción de capacidad procesal, representación, litisconsorcio, sucesión procesal e intervención de terceros, lo que permite comprender el proceso como una dinámica compleja de sujetos con distintos grados de participación.

El Ministerio Público es presentado como institución clave en la defensa de los intereses sociales, colectivos y difusos, con funciones específicas en el proceso civil y garantías de autonomía funcional. El autor resalta su intervención obligatoria en ciertos casos y su papel institucional como fiscal de la legalidad. Finalmente, la figura del abogado es tratada como elemento indispensable para la administración de justicia. Sergio subraya sus prerrogativas, deberes éticos y función técnico-jurídica, destacando su rol activo en la defensa de los derechos fundamentales y en el fortalecimiento del Estado democrático de derecho.

En conjunto, la obra constituye un estudio sistemático y didáctico de los elementos esenciales del proceso civil, articulando teoría y práctica, doctrina y normativa, en un lenguaje accesible, pero preciso. Se trata de una contribución significativa al pensamiento procesal contemporáneo.

neo, orientada tanto a estudiantes como a operadores jurídicos interesados en la comprensión profunda del proceso como garantía constitucional y medio de realización de la justicia.

Les deseo a todos una lectura provechosa y enriquecedora.

Río de Janeiro, 17 de julio de 2025

Marcio Vieira Souto Costa Ferreira

PRÓLOGO

Quien redacta un prólogo suele responder a ciertas preguntas iniciales: ¿qué tipo de obra es?; ¿por qué es relevante?; ¿qué aporta a su campo?; ¿de qué modo debería el lector aproximarse a ella? Estas preguntas acotan el cometido del prologuista a ofrecer una introducción concisa al libro sin detenerse en quién es su autor.

Este enfoque resulta insuficiente para presentar adecuadamente el libro del profesor Sérgio Bermudes. En este caso, la clave de la obra no puede comprenderse al margen de la personalidad intelectual y de la trascendencia de su autor (1946-2025).

Su trayectoria científica ha recibido amplio reconocimiento en la República Federativa de Brasil y también en el ámbito internacional, particularmente en el área del derecho procesal civil.

Sérgio Bermudes obtuvo la licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho del Estado de Guanabara (actualmente, Río de Janeiro) y el doctorado en Historia del Proceso Romano, Canónico y Lusitano en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Inició su carrera académica en 1970 como profesor adjunto de Teoría General del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Guanabara. Posteriormente, se desempeñó como profesor de la cátedra de Derecho Procesal Civil en la Facultad Brasileña de Ciencias Jurídicas de Río de Janeiro, institución en la cual obtuvo el cargo de profesor titular en 1971.

En 1978 asumió la cátedra de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, pasando asimismo a integrar el Consejo de Desarrollo de dicha universidad.

Fue un miembro activo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, entidad que en el número más reciente de su revista publicó un homenaje —redactado por Ronaldo Cramer— en la que se destacó su consagrada trayectoria científica y académica.

Asimismo, tuvo una reconocida participación en la Asociación Internacional de Derecho Procesal, donde se desempeñó como relator nacional en el XI Congreso Mundial celebrado en la Universidad de Viena en 1999. En esa ocasión presentó un informe sobre la experiencia brasileña en materia de economía procesal, duración de los procesos y costos de la litigación civil, trabajo que posteriormente fue incorporado como capítulo del volumen *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, editado por Adrian A. S. Zuckerman (Oxford, 1999).

Mantuvo también una estrecha relación personal y académica con Mauro Cappelletti —presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal entre 1983 y 1995—, de quien fue amigo y anfitrión frecuente en Brasil.

Su obra escrita constituye un vasto itinerario intelectual que atraviesa décadas de reflexión jurídica. A lo largo de su vida académica cultivó con igual rigor el tratado, el ensayo, el dictamen y el artículo especializado, y jugó un papel preponderante en Brasil tanto en el Derecho procesal civil como en el derecho civil, constitucional, mercantil y administrativo. En ese recorrido publicó trabajos que hoy forman parte del paisaje bibliográfico de la disciplina: *Curso de Direito Processual Civil – Recursos* (Editora Borsoi, 1972); *Iniciação ao estudo do Direito Processual Civil* (Editora Liber Juris, 1973); *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII (Editora Revista dos Tribunais, 1975 y 1977); *Caso Herzog: a sentença* (Editora Salamandra, 1978); *Estado de direito e direito de petição* (Editora Executiva, 1978); *Tutela jurisdicional da liberdade* (Editora OAB, 1980); *Direito Processual Civil - estudos e pareceres* (Editora Saraiva, 1983); *Papel e organização de magistrados e advogados nas sociedades contemporâneas* (*Associação Internacional de Direito Judiciário*, 1991); *Direito Processual Civil – estudos e pareceres*,

2.^a serie (Editora Saraiva, 1994); *Introdução ao Processo Civil* (Editora Forense, en cinco ediciones a partir de 1995); *A Reforma do Código de Processo Civil* (Editoras Freitas Bastos, 1995; Saraiva, 1996 y 2010); *Direito Processual Civil – estudos e pareceres*, 3.^a serie (Editora Saraiva, 2002); *Sessão solene & conferências jurídicas* (Editora TJPE, 2004); *Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n.º 45* (Editora Forense, 2005); y ya en los años finales de su producción, CPC de 2015: *Inovações*, volúmenes I (2016) y II (2018), publicados por GZ Editora.

Más allá del plano estrictamente académico, es oportuno recordar la intervención particularmente relevante que Sérgio Bermudes asumió en la acción declarativa promovida por Clarice Herzog —viuda del periodista Vladimir Herzog— contra la Unión, acción civil concebida para sortear las restricciones impuestas al Poder Judicial por el último régimen militar brasileño de aquel entonces. En ese proceso se buscó el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la detención arbitraria, la tortura y la muerte del periodista, y su labor profesional resultó decisiva en la construcción jurídica del caso. La sentencia dictada por la justicia federal de São Paulo en 1978 declaró la responsabilidad estatal y rechazó la versión oficial de suicidio, convirtiéndose en la primera decisión judicial que admitió la responsabilidad del Estado de la dictadura por la muerte de un preso político. El proceso completo, incluido el texto íntegro de la sentencia, fue posteriormente publicado en el volumen *Caso Herzog: a sentença* (Salamandra, 1978), que se transformó en un documento de consulta en la lucha por la memoria, la verdad y la justicia en Brasil.

Estos elementos de su trayectoria permiten situar el horizonte intelectual desde el cual fue concebida esta *Introducción al proceso civil*, pues la obra refleja no solo su dedicación al estudio técnico del proceso, sino también la amplitud de intereses que caracterizó su formación humanista.

Las referencias al autor permiten captar el sentido de un libro que si bien fue concebido como una introducción al proceso civil en Brasil, refleja su interés por las raíces culturales del derecho y explican la presencia constante de referencias etimológicas y notas de historia jurídica. *Introducción al proceso civil* de Sérgio Bermudes se presenta como una obra de iniciación al estudio del derecho procesal, construida sobre una arquitectura conceptual clara y sobre una escritura que combina sistematicidad y atención al lenguaje. El texto supera la exposición elemental de contenidos y se orienta a ofrecer al lector un panorama general del proceso civil a partir de sus fundamentos filosóficos, históricos y normativos.

El punto de partida del libro se sitúa en la relación entre sociedad, derecho y conflicto. Antes de introducir los conceptos propios del proceso, el autor examina la necesidad del derecho como instrumento de organización social y de resolución de controversias. Su aproximación incluye referencias etimológicas y notas de historia cultural que permiten situar las instituciones procesales dentro de un marco conceptual más amplio, lo que facilita al lector comprender que el proceso no es únicamente un conjunto de reglas, sino una forma institucionalizada de las formas de acceso a la justicia.

Desde esta base, la obra avanza hacia el análisis de las instituciones fundamentales del derecho procesal. En primer lugar, se ocupa de la jurisdicción, entendida como función estatal de aplicación del derecho y presenta sus elementos esenciales, sus especies, sus límites y la estructura de los órganos encargados de ejercerla. La exposición se apoya tanto en la doctrina clásica como en la experiencia del derecho brasileño contemporáneo, procurando ofrecer un mapa conceptual claro y aplicable a distintos contextos jurídicos.

El siguiente eje temático es la acción, que el autor examina a partir de su concepto, elementos y condiciones. El capítulo aborda la legitimación, el interés, la identificación de la demanda, la causa de pedir y el

pedido, así como fenómenos derivados tales como la conexión y la cosa juzgada. Esta parte del libro muestra con claridad la interrelación entre los elementos estructurales del derecho de acción y las consecuencias procesales que derivan de su formulación adecuada.

La obra continúa con el estudio de la competencia, cuya sistematización se articula a partir de los criterios de atribución del poder jurisdiccional. Sérgio Bermudes analiza la competencia absoluta y relativa, los factores objetivos y territoriales que la definen, las hipótesis de modificación y el principio *perpetuatio jurisdictionis*. Esta sección ofrece un tratamiento preciso del tema, con atención a su importancia práctica en la organización del proceso.

En los capítulos siguientes el autor se ocupa del proceso como institución central de la disciplina. Examina sus elementos constitutivos, los sujetos que intervienen, los principios que lo orientan y los diversos tipos de procesos: de conocimiento, de ejecución, cautelar y de jurisdicción voluntaria. A estos temas se suma el tratamiento de los presupuestos procesales, de los actos de las partes y del juez, así como de la formación, suspensión y extinción del proceso. Todo ello se articula con un enfoque progresivo que permite comprender el funcionamiento del proceso como un sistema orgánico.

El capítulo dedicado al procedimiento ofrece una visión ordenada de los diferentes modelos y de las variantes que presenta el proceso civil. Se analiza el procedimiento común, los procedimientos especiales, los regímenes sumario y sumarísimo, los procesos de ejecución y las medidas cautelares. El texto también aborda la jurisdicción voluntaria y las tendencias contemporáneas hacia la mayor oralidad y simplificación procedimental.

La parte relativa a los recursos desarrolla los principios generales del sistema recursivo, sus categorías y sus presupuestos de admisibilidad. El

capítulo se extiende luego al funcionamiento de los tribunales, al reexamen necesario y a los mecanismos contemporáneos de estabilización de la jurisprudencia como las sùmulas vinculantes y los incidentes derivados de litigios repetitivos.

A continuaci3n, el libro examina la cosa juzgada y la acci3n rescisoria, destacando los límites objetivos y subjetivos de la autoridad de la decisi3n judicial y la funci3n excepcional de la demanda rescisoria como mecanismo de control de las sentencias firmes. Esta secci3n muestra con claridad la conexi3n entre la seguridad jurádica y la posibilidad de revisi3n en hipótesis taxativamente previstas.

El texto concluye con un capítulo que presenta informaciones históricas sobre el desarrollo del proceso civil y una visi3n comparada de los sistemas procesales contemporáneos. Este cierre permite situar los temas analizados en un horizonte más amplio y muestra la evoluci3n de las instituciones procesales a lo largo del tiempo, así como las convergencias y divergencias entre las distintas tradiciones jurádicas.

En conjunto, la obra de Sérgio Bermudes ofrece una exposici3n sistemática, contextualizada y clara de los principales institutos del proceso civil. Su estructura progresiva facilita la compresi3n de una materia compleja y su uso de referencias etimológicas e históricas permite al lector apreciar el trasfondo cultural y conceptual del derecho procesal. El resultado es un panorama introductorio sólido, adecuado para estudiantes y útil también para estudiosos que buscan una síntesis rigurosa de los pilares del proceso civil contemporáneo.

Con *Introducci3n al proceso civil* se renueva la vigencia del pensamiento procesal de Sérgio Bermudes y se ofrece al lector una vía segura para adentrarse en sus fundamentos.

La Plata, primavera de 2025

Eduardo Oteiza

CAPÍTULO I

SOCIEDAD, DERECHO Y CONFLICTO

Sumario: 1. La sociedad y el derecho (normas jurídicas, derecho objetivo y derecho subjetivo).— 2. Los conflictos sociales (la litis, la voluntad, la pretensión y la resistencia).— 3. Medios de resolución de la litis: la autocomposición (renuncia y transacción), autotutela y actividad estatal (jurisdicción)

1. LA SOCIEDAD Y EL DERECHO (NORMAS JURÍDICAS, DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO)

Dios predestinó a las criaturas a la coexistencia. Los peces nadan en cardúmenes. Las aves vuelan en bandadas. Las flores florecen juntas. Los frutos crecen uno al lado del otro. En un lugar, la tierra esconde minerales de la misma clase. Incluso, los mismos vientos soplan tórridos, templados o gélidos en cierta región. El hombre vive en sociedad (palabra derivada del latín *socius* ‘el que acompaña’) debido a que su naturaleza, generada por su necesidad, es asociarse. En consecuencia, se agrupa: en la tribu, el clan, la horda, los asentamientos o desde las pequeñas aldeas a las vibrantes metrópolis que revelan la irreprimitible tendencia humana a la unificación.

La convivencia, en cualquier ámbito, impone sacrificios y restricciones. Véase, por ejemplo, a la familia y cuánto de tolerancia y comprensión demanda a sus miembros. Relaciones de simple amistad exigen moderaciones en beneficio de la preservación de apreciables vínculos afectivos. En sociedad, el hombre vive sometido a restricciones impositivas. El concepto onírico de libertad, en este verso de Castro Alves, en la quinta

parte de «O Navio Negreiro» —«a vontade por poder»—, niega la realidad de la interacción entre las personas: en la vida social no se puede todo cuanto se quiere.

Con aquella intuición primitiva de la verdad de la que hablaba Platón, el hombre comprende que la convivencia con sus semejantes constituye un valor más alto que el de sí mismo como individuo. Por ello se somete a un sistema natural de contenciones. El hombre renuncia, inconscientemente, a su voluntad pura de individuo, porque esta es una de las reglas esenciales del juego social. La razón de la que lo dotó su creador lo convierte en dócil y sumiso. Respetar la fila del ascensor, aunque se tenga prisa; compartir con incomodidad el espacio de un vehículo colectivo; escuchar con disimulado interés la anécdota que ha sido repetida mil veces y encontrarle gracia constituyen actos de solidaridad social, inherentes a la vida en grupo. Estos son tan importantes en su esencia como pagar el Impuesto a la Renta o restituir, según lo acordado, lo que se tomó en préstamo. El hombre es, en su propia y voluntaria actuación, el gran artífice de la vida social.

Las ciencias que estudian al hombre, en su esencia y existencia, buscan determinar las causas por las cuales, aunque este comprenda, adivine o intuya la imperiosa necesidad de vivir en grupo, aun así, muchas veces, no reprime la voluntad de satisfacer sus intereses, incluso cuando estos son incompatibles con la convivencia. En consecuencia, se reconoce al individualismo como un rasgo distintivo y característico de la persona humana. El propio Jesucristo no encontró un mejor paradigma de amor que el amor propio: «Amarás a tu prójimo como a ti mismo» (S. Lucas, x, 27).

De la natural incapacidad humana para el desprendimiento y la renuncia surgen entre las personas, que de algún modo se relacionan, enfrentamientos de todo tipo. Cuando estos perturban o impiden la vida en sociedad generan los conflictos sociales que, indefectiblemente, resultan hostiles a la coexistencia sin importar su intensidad.

Dejemos de lado, por un momento, los conflictos sociales para retomarlos más adelante.

Es importante decir ahora que para mantener la sociedad en orden, con la finalidad de hacer posible la indispensable vida en grupo, surgen determinadas reglas que regulan la conducta de sus integrantes. La explicación de la aparición de estas reglas plantea un desafío permanente a quienes estudian al hombre en los diversos aspectos de sus relaciones no solo con sus semejantes, sino con todo lo que, de manera próxima o remota, lo rodea.

No parece exacto decir que esas reglas tienen por causa eficiente únicamente la prevención o la represión de los conflictos sociales. A pesar de que no se pueda negar que constituye una razón determinante para su creación, lo cierto es que surgieron para organizar un grupo y así volver más cómoda la vida de cada uno. Por ejemplo, esto ocurre cuando en una residencia se establecen prácticas destinadas al confort y al sosiego de sus habitantes. Estas reglas orientan la conducta de cada uno para adaptar el ser a su medio. También son llamadas *normas* (del latín *norma* ‘regla, escuadra, instrumento para trazar ángulos’ y, figurativamente, ‘regla, modelo, ejemplo’, del griego *gnórimos* ‘aquello que es fácil de conocer’). Estas regulan el comportamiento del grupo.

Debido a que sería imposible crearlas en número suficiente para abarcar todos los comportamientos del hombre, una de ellas se destaca entre las demás: no se exige a nadie que haga alguna cosa o deje de hacerla si no existe una norma que imponga un acto o una abstención. En otras palabras, nadie puede ser obligado a un hacer o a un no hacer si no existe una norma que así lo determine; sin embargo, obsérvese que esta norma predominante no siempre es suficiente para solucionar todos los problemas de la convivencia. Imagínese, por ejemplo, que Juan recibiera de José un objeto en préstamo. El prestatario no estaría obligado a restituir la cosa si no existiera la regla que le exige la devolución. Inevitablemente, debía resolverse el *impasse*, pues sería contrario al sentido

innato de justicia en cada persona que João se quedara con algo que José solo le había prestado. De ese modo, en ausencia de una regla aplicable a la hipótesis que una persona entrega a otra un objeto solo por cierto tiempo se volvería necesario concebirla para la situación concreta.

Son tantas y tan variadas las normas que ordenan la convivencia del hombre en la sociedad, así como son tantos y tan distintos los aspectos que regulan que, como las notas musicales de una sinfonía, componen un sistema. En otras palabras, son un conjunto de elementos relacionados entre sí por la finalidad que es ordenar la vida social. Este sistema de normas que regula la vida social es la más prodigiosa de las creaciones del hombre. Se le llama *derecho* que es una palabra equívoca, porque se usa en más de un sentido. El derecho es el conjunto de normas que regulan la conducta del hombre en la sociedad.

La *etimología* es una ciencia que estudia el origen de las palabras (del griego *etymon* ‘verdadero’ y *logos* ‘estudio, tratado’). Al precisar el significado de los vocablos, esta disciplina contribuye considerablemente a su comprensión. A lo largo de estas páginas, me serviré de ella con el propósito de tener una mejor explicación de las figuras jurídicas presentadas.¹

Es curioso que en Roma se designara al fenómeno ahora tratado con la palabra *jus* (de *jubere* ‘ordenar, dar orden’), mientras que en las lenguas romances y también en las germánicas se le identifique con otro término. *Derecho*, evidentemente, no procede de *jus*. Tiene una formación distinta que merece una especial atención. Su origen se encuentra en *rego*, que es el presente del indicativo de *regere* (‘dirigirse en línea recta, guiar’), que a su vez proviene del adjetivo *rectus* ‘recto’ que significa, en un sentido más moral que jurídico, ‘aquello que es correcto o justo’. Durante

¹ En las indicaciones etimológicas usaré siempre los verbos en la forma infinitiva y los demás vocablos latinos por el nominativo.

el proceso de autonomía de las lenguas germánicas esta palabra reemplaza al latín *jus*. Por ello, *derecho* en alemán se concretiza como *recht*; en holandés, *regt*, y, *right* en inglés.

Por su parte, durante el proceso de formación de las lenguas neolatinas, la palabra *derecho* asume el mismo significado reemplazando a *jus*; sin embargo, su origen es distinto: procede de *directus*, que es el participio de *dirigere* ('colocar en dirección recta'), verbo formado a partir de *regere* con el prefijo *di-*, o *dis-*, que indica aumento o alineación en una determinada dirección. *Directus* significa 'aquello que es colocado en sentido recto'. Es así como aparece *droit* en francés, *diritto* en italiano, *drept* en rumano, *derecho* en español y en portugués (lengua de formación tardía que coincide con la fundación del reino de Portugal en el siglo XII) *direito*. Por tanto, se puede concluir que la palabra *direito* toma, durante el proceso de autonomía de las lenguas germánicas y romances ocurrido entre los siglos V y VIII, el lugar del latín *jus*.

Por un lado, analizado desde una perspectiva, el derecho es, innegablemente, un sistema de restricciones porque sus normas ponen límites a la conducta humana. Volviendo al ejemplo dado líneas atrás: Juan se encariño de tal forma con el objeto prestado por José que le gustaría conservarlo. No obstante, él no procede de esa manera debido a la existencia de una norma que contradice su voluntad y que le ordena la restitución de la cosa.

Por otro lado, el derecho actúa como un sistema de protección de la libertad del hombre, ya que le permite determinados comportamientos. En efecto, es un maravilloso sistema que restringe la ilimitada voluntad en beneficio del grupo, mientras que a su vez asegura la libertad de adoptar el comportamiento que establece o que no prohíbe; sin embargo, no se debe pensar que las reglas de derecho, llamadas *normas jurídicas* (el vocablo *jurídico* viene de *jus* 'derecho' y de *dicere* 'decir'. Por tanto, serán normas que dicen el derecho), componen un sistema ideal.

Sobre este punto, aún resuenan estas palabras de Tobias Barreto en la Facultad de Derecho de Recife en un discurso incluido en la antología de la elocuencia brasileña con el título «Ideia do Direito», de la cual Sílvio Romero afirmó —con alguna exageración, pero sin comprometer el juicio— no conocer en ninguna lengua discurso académico de mayor hermosura o profundidad:

Así como entre todos los modos posibles para acortar el camino entre dos puntos determinados la línea recta es la mejor, así como entre todos los modos imaginables en que un cuerpo gira en torno de otro cuerpo, el círculo es el más regular; de igual forma, entre todos los modos posibles de coexistencia humana, el derecho es el mejor modo.²

La finalidad del derecho es asegurar el equilibrio, la armonía y la paz social. Sería perfecto el sistema que propiciara la coexistencia de conformidad con estos preceptos, llamados por Ulpiano, el jurista romano que los enunció, *juris praecepta*: vivir honestamente no perjudicar al otro y dar a cada uno lo que es suyo. En latín: *juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Por cierto, existe, como se suele señalar, algo tautológico en estos principios, pues se repiten al contener una proposición a las demás: vive honestamente quien no molesta a los otros y da a cada uno lo suyo; no perjudica a otro quien vive honestamente y atribuye a cada uno lo que le pertenece y quien asegura lo suyo a su dueño vive honestamente sin perturbar a nadie. No obstante, estos preceptos se integran y se completan recíprocamente en su explicación.

Así como las rosas que solo cumplen su destino de embellecer cuando se abren, las normas jurídicas también solo alcanzan su finalidad

² Nota del traductor. La versión del texto original en portugués es la siguiente: «Assim como, de todos os modos possíveis de abreviar o caminho entre dois pontos dados, a linha reta é o melhor; assim como, de todos os modos imagináveis de um corpo girar em torno de outro corpo, o círculo é o mais regular; assim também, de todos os modos possíveis de coexistência humana, o direito é o melhor modo».

de regular la convivencia cuando se manifiestan. De este modo, se convierten en un objeto (de *objectus* ‘aquello que se muestra a la vista, aquello que es presentado’, de *obicere* ‘poner en frente, mostrarse ante los ojos’, de *ob* ‘para’ y *jacere* ‘lanzar, arrojar’), utilizada la palabra en su acepción de todo lo que es susceptible de aprehensión por uno de los sentidos humanos. No se podría esperar que alguien obedeciera a una norma que aún no se ha dado a conocer. Por tanto, se denomina *derecho objetivo* a las normas jurídicas que ya fueron promulgadas que, de esa manera, se hacen perceptibles.

La *ley* (etimológicamente, de *legere* ‘leer’, por ello, aquello que se lee) es el medio por el cual la norma se manifiesta a sus destinatarios. Esta toma, casi siempre, la forma de palabras escritas que son publicadas; sin embargo, la ley puede asumir otra forma: un dibujo, un sonido o una señal como aquellos que obligan a parar a un automóvil en las vías públicas. Todas estas son leyes, porque divulgan normas de conducta. La incontenible vocación por la metonimia, que hace al lenguaje más fluido, lleva a que se desvíen los vocablos norma, ley y derecho de su primer significado, utilizándose unos en lugar de otros.

La única fuente legítima del derecho es el pueblo del cual emana todo el poder (CF, párrafo único del artículo 1), comenzando por el poder del Estado que emite las normas jurídicas como reglas de conducta de las personas en un grupo social. El orden jurídico que no esté fundamentado en la voluntad popular se encuentra viciado por el insubsanable defecto de la ilegitimidad.

A pesar de ser un asunto trascendental, dicho tema escapa del ámbito de una introducción al proceso civil. Aquí basta reconocer que las normas jurídicas necesitan existir objetivamente y que, en su ausencia, habrá alguna que haga posible, aun sin existir una regla específica, la elaboración de una norma que pueda aplicarse a una situación determinada que el legislador, casi siempre detrás de los fenómenos sociales, no supo o no pudo prever. Por consiguiente, todas las acciones del hombre en la

sociedad están reguladas por una regla jurídica que es una directriz de comportamiento, una norma de conducta (*norma agendi*: norma de acción).

Las normas jurídicas otorgan a las personas un poder de hacer o de no hacer alguna cosa. Este poder de práctica o de abstención impone a otras personas el deber de respetar la conducta que se asume de conformidad con la norma. Este poder de comportarse de acuerdo con la norma, ya sea para hacer algo o para abstenerse, se llama derecho. Es *derecho subjetivo*, porque es inherente al *sujeto* de la acción o de la abstención (*subjectus* ‘estar debajo, sometido’, de *subjicere* ‘poner de debajo’, de *sub* ‘bajo’ y *jacere* ‘lanzar o arrojar’, en consecuencia, aquello que con la práctica de la acción se sujeta a esta).

Comúnmente llamada facultad de actuar (*facultas agendi*), el derecho subjetivo también puede ser identificado como un poder de actuar (*protestas agendi*). El derecho subjetivo no es nada más que el derecho objetivo individualizado que se particulariza en una determinada persona como si el Estado expidiera un comando específico, por así decir, personalizado: «José puede exigirle a Juan el objeto que le prestó después de finalizado el tiempo del préstamo».

Préstese atención al siguiente ejemplo: la norma jurídica establece, formulada abstractamente —esto es, sin tomar en cuenta una determinada situación—, que el propietario puede usar, gozar y disponer de sus bienes. Esta regla se encuentra en el artículo 1.228, *encabezado*,³ del Código Civil. Por tanto, es una norma de derecho objetivo que se manifiesta a través de dicho código que es una ley y, por ello, es perceptible.

³ Nota del traductor. En la versión original en portugués se usa la palabra *caput* que hace referencia al primer párrafo del artículo según el uso de los operadores jurídicos brasileños. A lo largo del texto, se traducirá como *encabezado* que se referirá al primer párrafo de un artículo.

En el momento en que José decide disponer de un objeto del cual es propietario con la venta o donación a Juan, la norma del artículo 1.228, *encabezado*⁴ está amparando dicha acción, ya que de allí surge su derecho de disponer de la cosa que es de su propiedad. En una situación inversa, Juan quiso comprar el objeto, pero José, que pretendía conservarlo en su patrimonio, se negó. ¿Podía negarse? Por supuesto que sí, debido a la ausencia de una regla jurídica que lo obligara a la venta y también debido a la existencia de una norma, que es constitucional (CF, artículo 5, II), conforme a la cual «nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa salvo mandato de ley». En este caso de negativa a la venta, José se comportó conforme a la norma constitucional, norma que también es de derecho objetivo, porque no realizó aquello (vender) a lo que ninguna norma lo obligaba.

Es común que los libros de derecho se refieran a una enseñanza de Rudolf von Ihering, aunque sin mayor detenimiento en la explicación de ese punto. Para dicho autor el derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido. Este inmenso jurista alemán, que expuso esta idea, principalmente en su libro *La evolución del derecho (Zweck im Recht)*, planteaba que la conducta humana es siempre, o casi siempre, determinada por un *interés* (del latín *interest* ‘lo que está entre, decir al respecto, convenir’ —impersonal de *intersum* ‘importar’—).

Cuando este interés se manifiesta y se traduce en una práctica, o en una abstención, autorizada por una regla del derecho objetivo se transforma en derecho, derecho del titular del interés o derecho subjetivo. Aunque esta concepción esté magistralmente elaborada y sea un hito en el desarrollo de la teoría del derecho, no es indispensable para la comprensión del derecho subjetivo. Este concepto puede ser entendido como un acto u omisión del hombre, sin importar si resultan de un interés, manifestados de conformidad con el orden jurídico que es siempre un sistema de normas, al cual se encuentra sometido.

⁴ Los artículos del Código Civil utilizados en el texto corresponden a la Ley 10.406 del 10 de enero de 2022 que instituyó el nuevo cuerpo legal, salvo que se indique lo contrario.

2. LOS CONFLICTOS SOCIALES (LA LITIS, LA VOLUNTAD, LA PRETENSIÓN Y LA RESISTENCIA)

Habiendo realizado las anteriores apreciaciones, retornamos a los conflictos sociales. Consideremos las siguientes situaciones:

- a) José y Juan están hambrientos frente a un árbol cuya recolección está permitida a quienes pasan por allí. Ellos encuentran en él un único fruto, suficiente para saciar el hambre de solo uno de ellos y cada uno desea tomarlo para sí.
- b) José y Juan están hambrientos frente a un árbol que les pertenece a ambos. Ellos encuentran en él solo dos frutos maduros: uno es más grande y más apetecible, mientras que el otro es más pequeño y menos llamativo. Cada uno de estos es suficiente para alimentar a un hombre, pero ambos desean para sí el fruto más vistoso.
- c) José y Juan están hambrientos frente a un árbol, plantado en un terreno de Pedro, del cual cuelga un solo fruto. Ambos saltan la cerca y José intenta arrebatar de la mano de Juan el fruto que este había cogido primero.

El observador menos atento reconocerá en los tres ejemplos una situación conflictiva. En el primero, el conflicto (*conflictus* ‘choque, enfrentamiento, disputa’, de *confligere* ‘golpear una cosa contra otra’, de *cum* ‘con, al mismo tiempo’ y *fligere* ‘golpear’) se desarrolla únicamente entre José y Juan. También solo entre ellos se da el conflicto en la segunda hipótesis. En la tercera, hay un conflicto de los dos entre sí, pero ¿habrá también un conflicto entre cada uno de ellos y Pedro?

En los conflictos entre José y Juan se reconocen, de forma clara, los conflictos de voluntades: la de José que colisiona en los tres casos con la de Juan; sin embargo, en el tercer ejemplo no existe, en el momento de la

recolección del fruto, una colisión de voluntades entre José y Juan con la de Pedro quien está ausente del lugar y de quien ni si quiera se sabe si, efectivamente, le importa o no que alguien retire y coma un fruto de su árbol. Podría presumirse la voluntad discordante de Pedro, aunque no se logre determinar con certeza si ocurre. Por tanto, se concluye que la existencia de una voluntad y otra divergente, presumida únicamente como una posibilidad y no como una realidad, no basta para la configuración de un conflicto.

De igual manera, no se puede decir que el conflicto entre José, Juan y Pedro se configuró por la violación del derecho de este último. Obsérvese que en el tercer ejemplo ni José ni Juan tienen derecho al fruto y a pesar de ello el conflicto entre estos es evidente. En otras palabras, la existencia del derecho de una de las partes del conflicto no constituye elemento esencial al conflicto, porque bien podría suceder que ninguno de ellos tenga *jus* al bien objeto de la disputa. En consecuencia, se debe concebir el conflicto con independencia de la idea de un derecho.

Solo se pueden comprender los conflictos del grupo social si se considera el choque de pretensiones, pero no de pretensiones solo presumibles, sino de las actuales y ya manifestadas. En el contexto de las relaciones sociales, la *pretensión* (de *praetendere* ‘extender en frente o poner en frente’, de *prae* ‘delante de, delante de’ y *tendere* ‘extender o presentar’) es el propósito de alcanzar algún bien de la vida sea corpóreo o incorpóreo (diferente de otras pretensiones que pueden surgir en el espíritu humano como la de ser bueno, la de sufrir resignadamente las vicisitudes del destino o la de vivir las bienaventuranzas de la eternidad).

Es preferible no vincular la idea de pretensión, como hacen algunos autores, con la decisión del pretendiente de imponer su voluntad sobre posibles voluntades antagónicas. En realidad, se le debe asociar a su intención de satisfacer su voluntad.

En lo que respecta al derecho, como sistema regulador de la vida social, la pretensión consiste en una actitud exclusivamente subjetiva susceptible de repercutir en el orden social ya sea que el objeto de la voluntad determinante de la actitud sea el fruto de un árbol, un poco de agua de la fuente, una pintura, un vehículo o incluso la libertad, el silencio, la privacidad o la buena fama. Aunque no exista el derecho subjetivo, puede haber pretensión, como ocurrió en el tercer ejemplo dado cuando José y Juan querían el fruto que pertenecía a Pedro, así como también ocurriría si alguien actuara por el motivo de hacer un infierno la vida ajena.

Sé que la idea que construyo de pretensión jurídica como el propósito de alcanzar algún bien de la vida manifestado en una actitud susceptible de repercutir en el orden social regulado por normas que podrán acogerla o rechazarla se distancia de la lección de Francesco Carnelutti, uno de los mayores genios de la procesalística de todos los tiempos.

Para el brillante procesalista italiano, a quien mi añorado e idolatrado José Frederico Marques, otra figura muy ilustre del derecho procesal, calificó acertadamente como *olímpico*, la pretensión es la exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio (en italiano: «[...] *esigenza della subordinazione dell'interesse altrui all'interesse proprio. Questa esigenza è ciò che si chiama la pretesa*», cursivas del original);⁵ sin embargo, sucede que no consigo encontrar alguna exigencia de subordinación de un interés ajeno al mío cuando, por equivocación y con la mayor buena fe, tomo de una mesa y meto en mi bolso el lapicero de alguien bajo la suposición que es mío.

En este ejemplo no quise someter a nadie a mi interés: asumí una actitud correspondiente a mi voluntad sin que, imaginándome dueño del objeto, pudiera estar exigiendo la subordinación del interés de alguien (al verdadero dueño del lapicero que quiere conservarlo) al mío. La efectivización de la pretensión o la subsistencia de la satisfacción de esta pueden

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, 1936, vol. I, p. 40.

exigir la subordinación del interés del dueño del lapicero al mío; no obstante, esta exigencia no será la propia pretensión, que se configura en la actitud de alcanzar algún bien, adoptada de conformidad con el propósito que se manifiesta. El asunto, sin embargo, desborda los límites de páginas de iniciación como estas.

Ni la manifestación de la pretensión ni su efectivización son suficientes para hacer surgir el conflicto social. Para que el conflicto se configure se hace necesario que la pretensión ya exteriorizada, pero que está aún por satisfacer, o la pretensión ya satisfecha, se oponga a otra pretensión que le sea incompatible. Se denomina *resistencia* (de *resistere* ‘parar, obstruir’, de *re* ‘hacia atrás’ y *sistere* ‘obstaculizar, suspender, parar’) a la pretensión que se opone a la que le es anterior (actitud de insumisión a la primera). Solamente esta pretensión opositora, es decir, la resistencia, produce el conflicto que no existiría en su ausencia.

La resistencia puede surgir como una actuación que busca impedir la satisfacción de la pretensión o como una manifestación de la inconformidad con la satisfacción consumada. Volviendo al tercer ejemplo, Pedro, el dueño de la tierra, del árbol y del fruto, podría aparecer antes que Juan lo recogiera y manifestar su voluntad contraria a la satisfacción de la voluntad de este y de José, los dos pretendientes. Asimismo, Pedro podría entrar en escena únicamente después de la recolección, oponiéndose a esta y exigiendo la mejor reparación posible. En los dos casos, habría un conflicto social, esto es, el antagonismo de pretensiones entre miembros del grupo social.

Gracias a Carnelutti se usa, en la terminología procesal común, el sustantivo *litis* (adviértase, de acepción equívoca, pues es empleado en más de un sentido) para designar al conflicto al que se acaba de aludir. No obstante, no se trata de una palabra creada por los procesalistas, sino que existe en el idioma en sus dos formas: *lida* y *litis*. Ambas se derivan como

tal de liza, del latín *lis* ‘lucha, combate’: «que a despecho de toda *liza* humana»,⁶ canta el verso heroico de Machado de Assis, en el incomparable soneto «À Carolina»; o «a quien en un noble *combate*,⁷ en el valle de Canta-Pedra, cogí de prisionero», dice un personaje de Eça de Queiroz en la novela *A Ilustre Casa de Ramires*.

El gigantesco Carnelutti dio al vocablo *litis*, en su sentido de conflicto social, una definición que ha recorrido el mundo. Él afirma que la *litis* es un conflicto de intereses caracterizado por una pretensión que es resistida (en original: «Chiamo lite il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell'altro»⁸).

La experiencia didáctica evidencia ciertas dificultades en la comprensión de la definición debido a la idea usual que el adjetivo es el que califica al sustantivo. Esto lleva a indagar cómo los nombres *pretensión* y *resistencia* pueden otorgar una cualidad a la locución *conflicto de intereses*. En consecuencia, obsérvese que calificar significa —con el perdón por el truismo— atribuir una *cualidad* que es, en la definición del diccionario más utilizado en el Brasil de hoy, ‘propiedad, atributo o condición de las cosas o de las personas capaz de distinguirlas de otras y de determinar su naturaleza’ (Aurelio). En ese sentido, cuando se habla que la pretensión y la resistencia califican al conflicto de intereses se quiere decir que solo el conflicto de intereses, en el que se encuentran una pretensión y una resistencia emanadas de personas diferentes, produce la *litis*.

En cierta ocasión, Mauro Cappelletti, profesor de Proceso Civil en Florencia y de Derecho Comparado en Stanford, el mayor procesalista

⁶ Nota del traductor. La versión original en portugués del fragmento es: «que a despeito de toda a humana lida». Hemos optado por traducir *lida* como *liza* que es una palabra en español que no suele ser utilizada y que tiene como sinónimo las palabras *lid*, *combate*, *pelea*, etc. Asimismo, cabe añadir que existe una palabra similar en el portugués: *liza*.

⁷ Nota del traductor. La versión original en portugués del fragmento es: «que em lide leal, no vale de Canta-Pedra, colhi prisioneiro». La palabra *lide* del portugués puede ser traducida como *litis*, como se ha hecho a lo largo del texto; sin embargo, en el contexto de la oración se refiere a que luego de un *combate* o *enfrentamiento* el personaje hizo prisionero a otra persona.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Op. cit., p. 40.

del mundo en el siglo xx (sin cuya obra el destino del derecho procesal, en ese siglo, habría sido otro en palabras del insigne y añorado procesalista uruguayo Enrique Vescovi), me preguntó si conocía algún conflicto de intereses sin la presencia de una pretensión y de una resistencia. Cenábamos en su casa. Señalé al provocador plato de tallarín del cual ya me había servido ampliamente: «En este momento, mi gula me manda a repetir la masa, pero mi temor a la obesidad ordena que no me sirva». La pregunta vino rápida: «¿Y no crees que la pretensión de tu gula se opone a la resistencia de tu cautela?». Por supuesto que sí. No puede haber conflicto de intereses sin resistencia; sin embargo, Carnelutti deja claro en su exposición que la pretensión y la resistencia calificadoras del conflicto deben partir de personas diferentes. El conflicto que materializa la litis es, forzosamente, intersubjetivo. En consecuencia, se excluye del concepto al conflicto de una persona consigo misma, que es irrelevante para el derecho mientras que no se exteriorice de manera que cause alguna especie de perturbación social.

La resistencia opuesta a la pretensión es lo que convierte a una situación en litigiosa. Mientras solo haya pretensión no podrá haber litis. Por este motivo, la pretensión será simplemente una manifestación unilateral de voluntad si no existe una resistencia que se le contraponga.

En el tercer ejemplo ofrecido líneas atrás si Pedro no se opone a que José y Juan ingresen en su terreno y recojan el fruto de su árbol, no habrá litigio. La litis solo pasará a existir después de que la resistencia se manifieste. Es innecesario explicar que la resistencia a la pretensión no manifestada tampoco genera conflicto, porque para la formación de la litis, la primera no puede existir sin la segunda. La resistencia a la pretensión inexistente será un acto insensato como el de don Quijote al arremeter contra los pacíficos molinos de viento.

Antes de seguir con la exposición se hace necesario establecer dos puntos.

El primer punto: la litis (se usará, en adelante, esta palabra preferentemente para designar la palabra conflicto) constituye un hecho social, un fenómeno que ocurre en la sociedad. Al derecho, como un conjunto de normas que gobiernan la vida social, solo le interesa el conflicto que se sitúe en el ámbito de su aplicación, es decir, aquel que se oponga a su fin de realizar la paz en la sociedad. De dicho modo, el conflicto de una persona consigo misma sobre la razón de la vida, el plato para comer en el almuerzo, así como la trivial divergencia de opiniones entre dos amigos sobre el mejor desempeño de los equipos en un partido de fútbol (si se trata de un «Fla-Flu», la razón será siempre de los tricolores) son actos inofensivos sin significado para el derecho.

El segundo punto: en el contexto de las relaciones sociales, la litis es la excepción y la conducta conforme al derecho la regla. Los juristas que lidian, permanentemente, con las patologías sociales tienden, muchas veces, a olvidarse de esto. Considerando la infinidad de actos que corresponden al ejercicio de un derecho y al cumplimiento de preceptos dictados por las normas jurídicas no cabe duda sobre la predominancia de los comportamientos consentidos por el orden jurídico por sobre los comportamientos que prohíbe. Hace pocas horas tomé un taxi en la ciudad con el que fui llevado a casa según mi voluntad. Pagué el viaje. El portero me abrió la puerta como lo debía hacer y el ascensor funcionó, porque la cuenta de la energía eléctrica estaba al día. Me senté para escribir con papel y lapicero comprados al proveedor que me entregó esos objetos y recibí el pago. Tuve el cuidado de disminuir el volumen de mi ruido para respetar el descanso de los vecinos si es que acaso el piano de Vladimir Horowitz pudiera perturbar a alguien.

Véase que estos variados actos de un hombre, absolutamente todos ellos, se practicaron de acuerdo con las normas de conducta dictadas a través de las leyes. Estos actos retratan el fenómeno de la realización espontánea del derecho y si entre los descritos hubo algún acto contrario al derecho, ninguna litis ocurrió, porque no surgió la resistencia a su práctica. Se llama *ilícito* al acto contrario al derecho (de *in-*, preposición negativa, y

licitus, ‘permitido’ que proviene de *licet* ‘ser permitido’, por tanto ‘aquello que no es permitido’).

Sin embargo, el derecho procesal actúa, *la mayoría de las veces* —aunque no necesariamente— en función de la litis. Las normas de esta rama de la ciencia jurídica se ocupan, principalmente, de la administración de la justicia como medio de solución de las enfermedades sociales que representan los conflictos entre las personas integrantes del grupo social.

La resolución de las litis no solo les interesa a los litigantes que se empeñan en hacer prevalecer su voluntad. Aunque este aspecto del conflicto sea lo que se destaca a simple vista es incuestionable la existencia de un interés de la sociedad en que el conflicto no se produzca o en que, si ocurre, se solucione. Este interés público en la resolución de los conflictos posee mayores dimensiones, porque la litis perturba la paz social. Esto constituye un obstáculo para la realización del derecho cuyo fin último es aquel estado ideal traducido en los tres *praecepta juris romanos* mencionados anteriormente: una sociedad en la cual todo hombre viva honestamente, reciba cada uno lo que le corresponde y sin que cause perjuicio a nadie: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

El día, evidentemente ideal, en que se cumplan estos preceptos, las normas jurídicas, producto de la necesidad humana, se convertirán en dispensables. Si se considera que el hombre, en la hermosa frase de Mendes Pimentel, «ascendió de bárbaro de las cavernas a San Francisco de Assis»,⁹ camina hacia esa dirección, lentamente, pero con constancia, pues la convivencia pacífica es su destino, no resulta chocante la afirmación —que pertenece primero a la ética religiosa y cristiana que a la filosofía marxista— de que el derecho como las velas, que producen luz mientras se consumen, terminará por extinguirse. Con ello se deja como legado a los hombres que supieron transformar en reglas de conducta

⁹ Nota del traductor. La versión original en portugués del fragmento es: «ascendeu do bárbaro das cavernas a São Francisco de Assis».

los sentimientos que Dios puso en su razón el prodigioso milagro de la paz absoluta.

3. MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE LA LITIS: LA AUTOCOMPOSICIÓN (RENUNCIA Y TRANSACCIÓN), AUTOTUTELA Y ACTIVIDAD ESTATAL (JURISDICCIÓN)

Una vez iniciada la litis con la manifestación de la pretensión y con la oposición de la resistencia, ¿cuáles son los medios para realizar su *resolución* o *composición* (de *componer*, del latín *componere* —*cum* ‘con’ y *ponere* ‘poner’— ‘poner con, poner en orden’, como se agrupan las notas musicales para crear una melodía o las palabras en un verso y este en un poema, como se colocan los colores en un cuadro; organizar o armonizar)? ¿Cómo resolverla de manera que se termine el conflicto y se restaure la paz social?

La *renuncia* o *abdicación* (*abdicatio* ‘abandono, renuncia’, de *ab-* prefijo indicativo de separación y *dicare* ‘divulgar, decir’) de la pretensión o de la resistencia, contemporánea del hombre, es uno de los medios de resolución de la litis.

En los tres ejemplos mencionados en el acápite anterior, el litigio no se instaurará si José retrocede en su decisión de recoger el fruto del árbol o si Juan desiste de su intención de oponerse a esa acción. Del mismo modo, el litigio tampoco surgirá si uno de ellos expresa al otro su deseo de tener el fruto más grande y este último, aceptando, solicita el más pequeño, cediendo así el fruto más grande al primero. Lo mismo ocurrirá si Pedro, al entrar en escena, anunciara su propósito de mantener intacto su árbol y, finalmente, decide entregarles el fruto colgante a ambos e incluso les ofrece otro que llevaba consigo.

No parece haber información antropológica que indique que la renuncia de la pretensión o de la resistencia sea un fenómeno que haya surgido únicamente en una etapa de evolución de las relaciones sociales. Esto

contradice la idea de que el ser humano haya nacido dotado de razón y con un ánimo pacífico. Evidentemente, la litis ni siquiera llegará a instaurarse si las personas involucradas, tras haber mostrado señales de una pretensión o resistencia sobre las cuales habían pensado, renuncian a su actitud esbozada. La renuncia al ejercicio de la pretensión o de la resistencia constituye una modalidad de abdicación.

La *transacción* (*transactio* ‘acto de pasar, de acomodar’, de *transigere*, de *trans* ‘a través, de un lugar a otro’ y *agere* ‘impulsar, hacer andar, llevar’, por tanto, aquello que va y viene: toma y daca), que implica una renuncia parcial y que se aproxima a este concepto por dicha razón, consiste en la resolución o en la prevención de la litis mediante concesiones recíprocas que se hacen los litigantes.

El Código Civil la define en su artículo 840: «Es lícito a los interesados prevenir o terminar el litigio mediante concesiones recíprocas». Las partes de la litis actual o inminente renuncian a algo de sus respectivas pretensiones, prefiriendo, por diversas razones, la satisfacción solamente parcial de estas en lugar del conflicto.

La transacción es el *acuerdo* de las posiciones divergentes (palabra que, significativamente, procede de corazón, *cor* en latín, y tomado el sustantivo como símbolo del sentimiento y de la voluntad). En los ejemplos proporcionados, José y Juan compartirían el fruto del árbol que encontraron en el camino, recogerían los dos frutos del árbol que plantaron y los dividirían entre ellos, o se conformarían con lo que les correspondiera por sorteo. Por su parte, Pedro aparecería y estaría de acuerdo con la recolección del fruto realizada por los invasores de su tierra a quienes se lo entregaría después de que lo recogieran y guardaran las hojas caídas.

Tanto la renuncia como la transacción constituyen modalidades de *autocomposición* (auto del griego *autòs* ‘de sí mismo, por sí mismo’), es decir, de prevención o resolución de la litis por los propios involucrados.

La *conciliación* (*conciliatio* ‘asociación, benevolencia’, de *conciliare* ‘juntar, unir’, de *cum* ‘con’ y *cillere* ‘mover’, por tanto, ‘mover juntos en el mismo sentido’) que conduce a la autocomposición constituye un medio para alcanzarla, pero no es autocomposición en sí misma.

Entre todos los medios de prevención o resolución de los conflictos se presenta como el más expeditivo, el más práctico y el más civilizado. El dicho popular *más vale un mal acuerdo que un buen pleito*, como suele suceder con los proverbios, encierra la sabiduría del hombre que la experiencia acumuló a lo largo de los tiempos.

El derecho objetivo, como se analizó en la transcripción del artículo 840 del Código Civil, y como se encuentra en otras disposiciones normativas, estimula la autocomposición. La certeza de sus ventajas incentiva a las partes a buscar, por iniciativa propia o de alguien más de cuyos servicios se valen, la composición amigable de los conflictos.

Hoy se institucionaliza, principalmente, en el primer mundo entre las profesiones jurídicas (los Estados Unidos a la vanguardia), la *mediación* (*mediatio* ‘intervención, intercesión’, de *mediare* ‘partir’ o ‘dividir en dos’). Usualmente, el *mediador* conoce el derecho objetivo, pero no se pronuncia sobre el derecho de las partes. Este se limita a tomar conocimiento del conflicto en sus elementos y a proponer medidas posibles para resolver o prevenir la litis. La autocomposición, que resulta de su propia iniciativa o que es promovida por un tercero, emana siempre de la voluntad de los propios litigantes. Por tanto, no es concebible que otra persona pueda sustituirlos en el propósito de evitar el próximo conflicto o de solucionar el ya existente.

En uso de la propia fuerza de los litigantes se identifica otro medio de resolución o prevención de la litis. Se trata de la *autodefensa o autotutela* (*tutela* ‘todo lo que defiende o protege’, de *tueri* ‘mirar, amenazar’, por tanto, ‘defender con fuerza’) a través de la cual uno de los contendientes somete a otro para satisfacer su pretensión. Desde el uso de las manos

al *tacape*,¹⁰ desde la amenaza hasta toda clase de actos de brutalidad física o psíquica, el hombre siempre se ha valido de su fuerza para alcanzar sus propósitos.

El empleo de la fuerza bruta, común en los grupos primitivos, se fue metamorfoseando, sofisticando y perfeccionado a través de los tiempos. Aunque no ha sido completamente abandonado, como lo demuestra la observación del panorama social, en el ser humano prevalecen los métodos menos ostensivos, pero igualmente eficaces para alcanzar los bienes del mundo. Roberto Lyra, sénior, penalista insigne y profesor admirable, solía recordar que el hombre de hoy había dejado de ser el lobo del hombre, como lo veía Plauto, para convertirse en el zorro del hombre. El resultado es el mismo.

Pronto el hombre comprendió la injusticia del uso de la fuerza para la satisfacción de sus pretensiones y creó una norma prohibiendo este método. Debido a que todavía es utilizada, la regla jurídica prohibitiva ha subsistido como lo evidencia el artículo 345 del Código Penal que castiga a quien hace justicia por sus propias manos para satisfacer una pretensión «aunque sea legítima». La norma excluye los pocos casos en que la ley permite la justicia privada como la legítima defensa (CP, artículo 25), en el campo civil la legítima defensa de la posesión (CC, artículo 1.210 § 1.º, primera parte: «El poseedor perturbado o despojado podrá mantenerse o restituirse por su propia fuerza siempre que lo haga inmediatamente; los actos de defensa o de recuperación no pueden ir más allá de lo indispensable para la conservación o restitución de la posesión») o la retención de objetos del huésped, cliente o consumidor (CC, artículos 1.467, I, y 1.469) en garantía para la satisfacción del crédito de los hospedantes o proveedores de posada o alimento.

Se trata de vestigios de la justicia privada que inicialmente era consentida, pero que fue prohibida por la certeza de que el más fuerte no

¹⁰ Nota del traductor. Arma indígena que era utilizada para la caza, combates o sacrificios en Brasil.

siempre tiene la razón o cuando esto ocurre no siempre se limitará a usar la fuerza con la moderación necesaria para atender su pretensión, sino que abusará de esta. La autodefensa, que se acostumbra a presentarla como el primero de los medios de resolución de la litis (así procedí yo en el opúsculo que, conforme recordé en el prefacio, dio origen a este libro), no ha sido, absolutamente, el medio exclusivo de solución de los conflictos en ningún momento de la historia humana. Esto se debe a que la naturaleza de hombre y su condición de ser racional ha conllevado a que la autocomposición siempre haya existido paralelamente a ella. Para ser el animal político de Aristóteles, el hombre siempre necesito ser un animal pacífico.

Si el individualismo, el egoísmo, el apego excesivo a los bienes de la vida junto con la arraigada convicción de la existencia de un derecho impiden la autocomposición de las litis, y si, de manera teratológica, el derecho prohíbe la autotutela, se necesita que exista otro medio para solucionar los conflictos o evitarlos para corresponder a la necesidad de las partes y al esfuerzo social en su prevención y composición. Existe. El Estado (de *status* 'aquello que está', de *stare* 'erguirse, estar de pie', así denominado por su permanencia y porque se erige entre sus iguales por la soberanía) es otra creación del derecho para atender a la vocación gregaria del hombre que lo lleva a organizarse a través de la estructuración del grupo. Dicho ente asume esta tarea y la convierte en una de sus funciones. Se trata de la *jurisdicción*, función estatal que será abordada en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

JURISDICCIÓN

Sumario: 1. La jurisdicción (contenido, función, naturaleza y concepto).— 2. Especies de la jurisdicción.— 3. Órganos jurisdiccionales principales y auxiliares, y funciones esenciales a la justicia (Ministerio Público, Abogacía General de la Unión, procuradurías, Abogacía y Defensoría Pública).— 4. Normas que regulan la jurisdicción.— 5. Jurisprudencia.— 6. Inercia de la jurisdicción.

1. LA JURISDICCIÓN (CONTENIDO, FUNCIÓN, NATURALEZA Y CONCEPTO)

La etimología del sustantivo *jurisdicción* —*jurisdictio*, en latín— ya revela su contenido. La palabra es formada por la unión de otras dos: *juris*, genitivo singular de la 3ª declinación que significa ‘del derecho’, y *dictio*, nominativo singular de la misma declinación, esto es, ‘dicción, acto de decir’, de *dicere* ‘decir’. La jurisdicción, en su esencia, consiste en esto: decir el derecho en el sentido de identificar la norma del derecho objetivo preexistente (o de elaborarla si es que es inexistente) y de hacerla actuar en una determinada situación.

Véase bien: se consideró nula la escritura de compraventa celebrada por un menor de 16 años a quien la norma del artículo 3 del Código Civil lo declara absolutamente incapaz. Así se procedió porque, además de dicha regla, el artículo 166, I del mismo Código reputa nulo el acto jurídico cuando es «celebrado por persona que sea absolutamente incapaz».

En el ejemplo se realizó una *declaración (dictio, dición) del derecho (iuris)* que se aplica en una situación concreta. La palabra jurisdicción es extendida, en algunas ocasiones, para designar la actividad de una persona u órgano (en consecuencia, se afirma que es de la jurisdicción del gobernador del Estado sancionar leyes aprobadas por la Asamblea, o que la educación está en la jurisdicción del Ministerio de la Educación) o para indicar el ámbito territorial en donde un órgano ejerce su actividad (así se informa que el crimen ocurrió en la jurisdicción de la 1.^a Comisaría de Policía).

A través de la jurisdicción, el Estado, con sus agentes designados para cumplir tal fin, dice el derecho que, en ese momento, debe existir previamente o si falta, debe ser elaborado para un caso específico. Por consiguiente, la jurisdicción presupone necesariamente una actividad legislativa (es decir, de elaboración de la norma). Al ejercer la jurisdicción, de manera similar a como un farmacéutico toma de los estantes de la farmacia o prepara el medicamento adecuado para la cura de la enfermedad para entregarlo al enfermo, el Estado se sirve del arsenal de normas a su disposición o crea la que falta y con ello la aplica al caso que le es presentado para prevenir o solucionar la litis.

Todas las personas están sujetas a la jurisdicción del Estado incluido el propio Estado, así como las personas jurídicas que lo integran y las personas naturales que ejercen funciones estatales. La finalidad de la jurisdicción, como se evidencia, es actuar el derecho y extinguir el conflicto, en cuya resolución están interesadas las partes litigantes, terceros afectados por las consecuencias del litigio, y, además, por encima de ellos, la propia sociedad.

Sin embargo, no se debe suponer que la jurisdicción se agota en la resolución de las litis. A través de ella, el Estado también administra intereses sociales relevantes que no corresponden a ningún conflicto, pero que el orden jurídico no quiere mantener exclusivamente en el ámbito de la actividad de los súbditos de la soberanía estatal.

Tomemos como ejemplo la separación consensual (la disolución amigable) de los cónyuges. Si decidieron la disolución de la sociedad conyugal, no se puede hablar de litis, ya que la pretensión de uno de ellos no encontró una resistencia, sino con la aquiescencia del consorte. A pesar de ello, la separación, que repercute en la familia —la cual como «base de la sociedad goza de especial protección del Estado» (CF, artículo 226)—, se hará bajo la supervisión estatal: el Estado determinará si el derecho permite la separación consensual no contenciosa y verificará si los términos acordados cumplen con las normas pertinentes.

No existe allí ningún conflicto que deba ser evitado o solucionado; sin embargo, aun así subsistirá el pronunciamiento del derecho a través de la jurisdicción. Esta abarca el control de innumerables situaciones no contenciosas que merecen el particular cuidado estatal (v. gr., el inventario de los bienes del fallecido cuyos sucesores se encuentran de acuerdo respecto al destino de la herencia, pero que involucra pretensiones tributarias; o la modificación del nombre civil que singulariza a la persona distinguiéndola en el grupo social y en el conjunto de sus relaciones jurídicas).

La jurisdicción existe, sin duda, en estos supuestos y en innumerables otros, ya que se realiza la declaración del derecho. Cabe resaltar, desde ya, un aspecto destacable de la jurisdicción sobre la que se está tratando: el Estado al ejercerla no está vinculado a un criterio de estricta legalidad, como sucede cuando actúa en la resolución de las litis, pues el derecho le permite adoptar, en cada caso, la solución más conveniente u oportuna (Código de Proceso Civil —en adelante, en este libro, casi siempre, solo CPC—, artículo 723, párrafo único).

Más que un poder del Estado, la jurisdicción es, ante todo, un deber. Dado que una de las razones de su existencia es la promoción de la paz social mediante la aplicación del derecho, el Estado es dotado del poder necesario para cumplir con este deber. Así, consciente de la imposibilidad de que los litigios sean solucionados por la autocomposición y la

prohibición de la autotutela, asume, de manera renovada, la responsabilidad de resolver las litis y de fiscalizar ciertas actividades no contenciosas, pero de relevancia social.

En ese sentido, la jurisdicción, al consistir en un deber y en un poder, es una *función* como enseña Eduardo Couture.¹ El gentil y sabio procesalista uruguayo fue, probablemente, en su tiempo, el máximo exponente en las Américas de todos los extranjeros, aquel cuya obra se hizo conocida en Brasil, país al que tenía especial afecto.

La jurisdicción solo puede ser ejercida por el Estado puesto que se trata de un atributo de su soberanía. Giuseppe Chiovenda la define, correctamente, como una actividad *sustitutiva*.² En el ejercicio de la jurisdicción, el Estado sustituye con su voluntad coactivamente impuesta a la voluntad de las partes en litis o, en un sentido más amplio, a la voluntad del titular de la pretensión relacionada a la materia de relevancia social. Puede ocurrir, como sucede muchas veces, que la voluntad del Estado coincida con la de uno de los litigantes o con la del titular del interés no contencioso. No obstante, no es la voluntad de estos la que prevalece, sino la voluntad del Estado enunciada en el acto por el cual ejerce la jurisdicción. La voluntad jurisdiccional del Estado sustituye a la voluntad de las partes incluso cuando el propio Estado actúe como parte a través de alguna de sus entidades de su inmenso y formidable organismo.

Ya que se habló de Chiovenda, cabe señalar, en estas páginas de introducción al proceso civil, que él es el padre de la procesalística moderna. Se nutrió de la ciencia de los grandes maestros alemanes como Oskar von Bülow y Adolf Wach, quien divulgó en italiano en innumerables publicaciones y en su cátedra en la Universidad de Roma, convirtiéndolas en accesibles a muchos que, como yo, no logran superar las

¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed., Buenos Aires, 1969, pp. 30 y 31.

² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965, vol. II, p. 9 y ss.

difíciles barreras del idioma de Goethe; sin embargo, sumó a la sistematización que emprendió muchas concepciones magistrales propias en la obra que constituye el punto de partida para los grandes avances alcanzados en el siglo XX que lo vio desaparecer en 1937.³

La jurisdicción es la función estatal de aplicación del derecho objetivo para la prevención o resolución de la litis, o para la administración de intereses sociales relevantes. Esta es su naturaleza caracterizada por el hecho de que los actos jurisdiccionales son autoritarios, en consecuencia, se imponen a los litigantes o a los titulares de intereses sociales significativos y les sustituyen la voluntad. Desprovista de autoridad y de su carácter sustitutivo, la jurisdicción se convertiría en una especie de actividad consultiva o de consejería. Por tal motivo, se frustraría la función estatal de promover la paz y el equilibrio social a través de la administración de justicia.

Ciertamente, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo también aplican el derecho mediante actos de autoridad; sin embargo, la diferencia entre la función jurisdiccional, por un lado, y la ejecutiva y legislativa, por otro, radica en el hecho de que la primera se impone a sus destinatarios, aniquilándoles su voluntad, que es definitivamente sustituida por la del Estado. Mientras que en las dos últimas, salvo excepciones, no disponen de medios para reprimir, por sí mismas, la insumisión. De dicho modo no generan esta sustitución; por ello, no consiguen resolver, de modo satisfactorio, los conflictos sociales ni atender adecuadamente los intereses sociales de gran importancia.

La prueba de ello está en el hecho de que es posible oponer resistencia a un acto legislativo o a una resolución ejecutiva, mientras que el comando jurisdiccional, a partir de cierto momento, no admite cuestionamientos. La jurisdicción es de tal modo autoritaria que incluso el acto

³ La traducción brasileña de las *Instituições...* de Chiovenda, indicada en la nota 2 de este capítulo, contiene una introducción de Alfredo Buzaid que destaca la importancia del autor en el derecho procesal.

jurisdiccional que deja de aplicar el derecho o no le da la mejor aplicación posible puede prevalecer si no se utilizan o ya se han agotado los medios para su corrección. Volveré a este punto en el capítulo IX de este libro.

Los elementos hasta aquí expuestos, con la brevedad propia de una obra introductoria, permiten definir a la jurisdicción como la función estatal de aplicación coercitiva del derecho mediante decisiones de autoridad indiscutible que sustituyen la voluntad de los justiciables y que están destinadas a prevenir o resolver los conflictos sociales, o a administrar intereses sociales relevantes. No se trata de una definición en el sentido de un enunciado preciso y que alcance a todos los elementos del objeto definido, sino de un concepto, en su acepción filosófica, de presentación del objeto por sus características generales.

2. ESPECIES DE LA JURISDICCIÓN

En cuanto a la finalidad de su ejercicio, la jurisdicción es *contenciosa* o es *voluntaria* (también denominada *graciosa*). La jurisdicción contenciosa (como lo sugieren el sustantivo *contienda* y el verbo *contender*) tiene como objetivo la resolución de la litis, puesto que se ejerce para evitar o solucionar los conflictos sociales.

Por su parte, la jurisdicción voluntaria se destina, como se ha dicho y repetido, a la administración de intereses sociales relevantes. Esta forma parte de la actividad jurisdiccional por razones de orden político, aunque también podría ser retirada de allí. Se suele negar la naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria; sin embargo, si esta también aplica el derecho mediante un comando sustitutivo de la voluntad del interesado, parecería correcto considerarla como jurisdicción. Este entendimiento diverge de lo que expuse en el pequeño libro que me inspiró a la elaboración de este y, obviamente, corresponde a la fase actual de mi pensamiento.

También se suele clasificar la jurisdicción según la naturaleza de las normas jurídicas aplicadas en el ejercicio de esta función. Por ello, se habla de jurisdicción penal, jurisdicción penal-militar, jurisdicción laboral, jurisdicción electoral, etc. La jurisdicción civil se comprende mejor cuando se presta atención al hecho de que sus límites se establecen por exclusión, ya que actúa donde no cabe una jurisdicción específica como las que se acaban de mencionar. Por tanto, la jurisdicción civil abarca la aplicación de normas de derecho constitucional, civil, comercial, administrativo, internacional y cualquier otra rama que no esté asignada a un segmento determinado de la función jurisdiccional.

3. ÓRGANOS JURISDICCIONALES PRINCIPALES Y AUXILIARES, Y FUNCIONES ESENCIALES A LA JUSTICIA (MINISTERIO PÚBLICO, ABOGACÍA GENERAL DE LA UNIÓN, PROCURADURÍAS, ABOGACÍA Y DEFENSORÍA PÚBLICA)

En el sistema constitucional brasileño (no necesariamente en otros), la jurisdicción es entregada a un poder del Estado: el Poder Judicial (de *judicialis* ‘perteneciente o relativo al juicio o a la administración de justicia’, que proviene de *judex-judicis* ‘juez’, de *jus* ‘derecho, ley’ y de *dicere* ‘decir, declarar’).⁴

Esta institución está integrada siempre por agentes estatales llamados *jueces*, sustantivo cuya etimología se acaba de explicar (sin importar que el órgano donde actúan les otorgue alguna denominación especial como la de ministro o de jueces de apelación).⁵ Los jueces están investidos de una dignidad muy especial y protegidos con las garantías de estabilidad laboral, inamovilidad e irreductibilidad del salario (CF, artículo

⁴ Nota del traductor. Esta versión corresponde a la adaptación en español de la palabra judicial. En la versión en portugués, el autor utiliza el término *Poder Judiciário*. En consecuencia, el autor señala que proviene de *judiciarius*, adjetivo de *judicium* que significa ‘juzgamiento o acto de juzgar’, el que a su vez tiene su origen en *judex* ‘juez’, de *judicare*, ‘juzgar’ y este último de *jus* ‘derecho’ y *dicere* ‘decir’.

⁵ Nota del traductor. En Brasil, un juez de apelación se conoce como *desembargador*.

95, I, II, III). Estas garantías no son en provecho propio, sino en beneficio de los justiciables, para que los jueces ejerzan su función con independencia, pues cuando la cumplen, como advierte Chiovenda, solo están sujetos a la ley (CPC, artículo 140) y a los dictados de su consciencia.⁶

La Constitución Federal enumera, en los 8 incisos de su artículo 92, los órganos del Poder Judicial: el Supremo Tribunal Federal, el Consejo Nacional de Justicia (artículo 92, I-A), el Superior Tribunal de Justicia, el Tribunal Superior de Trabajo (artículo 92, II-A), los tribunales regionales federales y jueces federales, los tribunales y jueces de trabajo, los tribunales y jueces electorales, los tribunales y los jueces militares, los tribunales y jueces de los estados y del Distrito Federal y territorios. Estos órganos jurisdiccionales o judiciales, denominaciones equivalentes, y sus agentes se encuentran regulados en la Constitución, en ley complementaria, denominada, en el artículo 93 de la carta política, Estatuto de la Magistratura (actualmente, Ley Orgánica de la Magistratura Nacional), en normas de leyes ordinarias como el Código de Proceso Civil, en las constituciones de los estados y en las normas de organización judicial.

Los juzgados son colectivos o colegiados cuando están compuestos por más de un juez. Así, los tribunales para una mejor prestación jurisdiccional se dividen en salas, cámaras, grupos y secciones. Se reúnen en un órgano especial si cuentan con más de 25 jueces (CF, artículo 93, XI) o en el pleno del tribunal constituido por la totalidad de sus miembros. Cuando están integrados por solo un juez, los juzgados se llaman singulares o unipersonales.

La Reforma Constitucional 45, del 30 de diciembre del 2004, agregó al artículo 92 de la Constitución el inciso I-A para incluir entre los órganos del Poder Judicial al Consejo Nacional de Justicia. La composición y la competencia del CNJ están definidas en el artículo 103-B, también incorporado en la Constitución con la reforma 45. Se observa en el § 4.º

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 98.

del artículo 103-B que el Consejo no tiene competencia para ejercer la jurisdicción y juzgar procesos judiciales. Le corresponde el importantísimo encargo de controlar la actuación administrativa y financiera del Poder Judicial, así como el cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces.

La justicia, que ha sido jerarquizada en el mundo occidental desde la Roma imperial, se ejerce por los órganos situados en planos superpuestos conocidos como *grados de jurisdicción* o instancias. El CPC de 1973, en su redacción original, evitó la palabra *instancia* —de *instantia* ‘cercanía, proximidad’, de *instare* ‘estar encima, estar colgado’, en consecuencia, aquello que está encima —debido a que no se trata de un término unívoco—; sin embargo, esto no significa, como pretenden ciertos ingenuos, que la palabra haya desaparecido de la terminología procesal. Subsiste, puede y hasta debe ser usada cuando quede claro el sentido de su empleo.

Aunque Pontes de Miranda, incuestionablemente uno de los más grandes juristas del mundo en cualquier época, el más grande entre los juristas y procesalistas brasileños —que hace ver como enanos a todos los demás en el pintoresco dicho del eminente abogado Dario de Almeida Magalhães—, advertía sobre el cuidado que se debe tener en el empleo de la palabra *instancia*, la utilizaba en el sentido de *grado de jurisdicción*,⁷ recordando que integra la tradición luso-brasileña. El vocablo *instancia* retornó al derecho procesal positivo en el inciso I del artículo 539 del CPC de 1973, reafirmado en el código vigente.

Cabe señalar ahora —como lo hizo el autor del Código de Proceso Civil de 1973, el añorado Alfredo Buzaid, magnífico procesalista y pionero en la divulgación de la ciencia procesal en este país— que no existe en rigor un Poder Judicial federal y un Poder Judicial estadual, sino un

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao CPC*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, t. I, pp. 50 y 51.

único Poder Judicial nacional, porque todos sus órganos están encargados del ejercicio de la misma función. En Brasil no existen dos poderes judiciales, sino dos organizaciones judiciales distintas que integran un único poder y vinculadas al ejercicio de una sola función.

Los jueces no conseguirían por sí solos ejercer la jurisdicción. Al final, la administración de la justicia por el Estado —y en esto consiste la jurisdicción— representa una función extremadamente compleja y que no prescinde de muchas actividades de las cuales la de juzgar, que es exclusiva de los *magistrados* (de *magistratus* que proviene de *magister* ‘el que manda, dirige u ordena’), constituye la principal, pero está muy lejos de ser la única. Los diferentes órganos judiciales cuentan con un cuadro permanente de funcionarios que desarrollan tareas indispensables en el ejercicio de la función: los servidores de la justicia, tomada esta palabra aquí, metonímicamente, en lugar de Poder Judicial.

El Código de Proceso Civil alude a algunos de ellos llamándolos *auxiliares de justicia* con la salvedad de la existencia de otros cuyas atribuciones son determinadas por las normas de organización judicial. El artículo 149⁸ se refiere al escribano, al jefe de secretaría, al oficial de justicia, al perito, al depositario, al administrador, al intérprete, al traductor, al mediador, al conciliador judicial, al repartidor, al distribuidor, al contabilista⁹ y al regulador de averías, así como podría haber incluido al escribiente o técnico judicial, al contador, al repartidor, al subastador y al martillero (artículos 888 párrafo único y 903), al tasador (artículos 523 y 870), a los secretarios de los órganos de los tribunales (artículo 1.006) y a los asistentes técnicos de las partes (artículo 465 § 1.º, II). No es una enumeración exhaustiva.

⁸ En este libro se entiende que el artículo referido sin otra indicación es del CPC.

⁹ Nota del traductor. El autor usa el término *contabilista* en lengua portuguesa que no es un término usado en el español y que podría traducirse como contador; sin embargo, en portugués contabilista y contador se diferencian en que el primero es un término más genérico para referirse a personas que se dedican a la contabilidad, que son técnicos o que incluso son contadores egresados de una universidad, mientras que el segundo se restringe a una persona inscrita en el Conselho Regional de Contabilidade (CRC) y egresada de una universidad.

Por cierto, algunas personas dentro de las indicadas pertenecen a cuadros permanentes del Poder Judicial; otras, en cambio, como los peritos, asistentes, intérpretes o traductores son convocados, eventualmente, para actuar en casos concretos; sin embargo, no importa si la función es permanente o transitoria, puesto que mientras que estén contribuyendo a la prestación jurisdiccional serán órganos jurisdiccionales auxiliares con las prerrogativas, deberes y responsabilidades que resultan de esa función.

La Constitución de la República identificó ciertas actividades de excepcional importancia y las reconoció, en el capítulo IV de su título IV, como *funciones esenciales a la justicia* (artículos 127 a 135). Este es el caso del Ministerio Público (artículos 127 a 130-A) que actúa ya sea postulando la jurisdicción en su propio nombre, representando a quien la solicita, o bien velando por la correcta aplicación de la ley. Según el artículo 129, IX, el Ministerio Público tiene prohibido la representación judicial de otras entidades públicas.

También es el caso de la Abogacía Pública, constituida por la Abogacía General de la Unión, que la representa frente al Poder Judicial (artículo 131) salvo para el cobro de la deuda activa de naturaleza tributaria encomendada a la Procuraduría General de la Hacienda Nacional (artículo 131 § 3.º), así como de los procuradores de los estados y del Distrito Federal que representan a estas personas cuando necesitan de la jurisdicción (artículo 132).

De la misma manera ocurre con respecto al abogado sin el cual, salvo excepciones, no se puede activar la función jurisdiccional (artículo 133; CPC, artículo 103) y de la Defensoría Pública a la cual le compete defender a los necesitados en todas las instancias jurisdiccionales para la efectividad de la garantía del artículo 5º, LXXIV (artículo 134).

Los órganos jurisdiccionales principales y auxiliares, así como los titulares de las actividades esenciales de la administración de la justicia,

pueden encontrar razones de fundado orgullo en su oficio. Estos deben ejercer conscientes de que son constructores de la paz social, función a la que ninguna otra se equipara en importancia. De igual manera, es necesario que se mantengan conscientes de sus grandes responsabilidades.

El resultado final de sus actos puede transformar lo blanco en negro y lo cuadrado en redondo, expresión querida por los viejos doctores — y que hoy nos hace sonreír cuando, pensándolo bien, debería hacernos temblar como lo señala un famoso libro de lectura obligatoria, indispensable para todos los profesionales del derecho, escrito por Piero Calamandrei,¹⁰ el encantador maestro y vibrante abogado de Florencia que al lado de Chiovenda, Carnelutti y Cappelletti componen el mayor cuarteto de procesalistas que Italia ofreció al mundo—.

4. NORMAS QUE REGULAN LA JURISDICCIÓN

Como actividad pública, las normas y los principios que gobiernan la función jurisdiccional integran el derecho público. El Estado, como ya se vio, administra la justicia mediante la aplicación del derecho. Para alcanzar este fin se somete a las normas específicas establecidas en la Constitución y en las leyes. En su mayoría, estas normas son *formales* o *instrumentales*, porque buscan hacer actuar otras normas materiales que establecen el marco de las relaciones jurídicas en el grupo social.

Las reglas de derecho fundamentales para el ejercicio de la jurisdicción se encuentran contempladas en la Constitución Federal que estructura el Poder Judicial enumerando sus órganos, definiendo su composición y actuación de algunos de estos, así como establece los principales derechos y deberes de sus integrantes (léase el capítulo III del título IV de la CF, artículos 92 y 126). Además, la carta política asegura derechos

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Elogio dei Giudici scritto da un Avvocato*, que tiene una excelente traducción portuguesa de Ary dos Santos —*Eles, os Juizes, vistos por nós, os Advogados*—, cuya 7ª ed., Lisboa, Classica Ed., 1985, utilizaré en el capítulo IX de este libro. También es excelente la traducción brasileña de Eduardo Brandão —*Eles, os Juizes, vistos por um Advogado*— São Paulo, Martins Fontes, 1995.

e impone deberes a los destinatarios de la jurisdicción a través de disposiciones que serán indicadas a lo largo de estas páginas en su debido momento.

El Estatuto de la Magistratura debe ser objeto de una ley complementaria de la Constitución en los términos de su artículo 93 cuyos 15 incisos enumeran los principios básicos que guiarán aquel marco legal. Debido a que sus normas regulan una actividad del Estado definida en la Constitución, se hace clara la íntima vinculación entre el derecho que regula la función jurisdiccional y el derecho constitucional, punto, por cierto, que ya había destacado en uno de mis artículos.¹¹

Las normas sobre el ejercicio de la jurisdicción se encuentran en la Constitución o emanan, casi exclusivamente, de la Unión Federal (artículo 22, I) con pocas concesiones a los estados federados y al Distrito Federal para legislar sobre la materia (v. gr., artículo 24, XI).

Por su parte, la jurisdicción civil está regulada en el Código de Proceso Civil, que es una ley ordinaria (Ley 13.105, del 16/03/2015). De hecho, esta norma comienza declarando que «la jurisdicción civil es ejercida por los jueces y los tribunales, en todo el territorio nacional, conforme a las disposiciones de este Código» (artículo 16). No obstante, ni la Constitución ni el Código de Proceso Civil agotan la regulación legal de la jurisdicción que también está regulada en múltiples leyes especiales y disposiciones de diversa jerarquía.

El Código de Proceso Civil y la mayoría de estas leyes, que son anteriores a la Constitución de 1988, continúan en vigor después de su promulgación debido al fenómeno de la *recepción*, que también llamo de *absorción compatible*, mediante la cual un nuevo orden constitucional convierte en válidas a las normas anteriores con su integración siempre que no contraríen sus disposiciones.

¹¹ BERMUDES, Sergio. «Direito de Petição e Estado de Direito». En *Direito Processual Civil - Estudos e Pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1983, p. 166.

Es importante destacar que la jurisdicción, como lo evidencian las diversas normas que la tutelan, es una función exclusiva del Estado. Con el propósito de evitar actos violentos e injusticias, el Estado ha ido retirando progresivamente a los particulares la posibilidad de resolver los conflictos por la fuerza o de administrar, por su propia cuenta, ciertos intereses sociales de relevancia. La jurisdicción, al igual que muchas otras tantas instituciones jurídicas, es producto de la experiencia de la humanidad forjada a lo largo del tiempo. Incluso, en los casos en que los litigantes entregan la resolución del conflicto a particulares, como en el arbitraje, la decisión de la jurisdicción arbitral puede ser sometida al control del Poder Judicial bajo ciertas circunstancias.

5. JURISPRUDENCIA

No se deben confundir los términos *jurisdicción* y *jurisprudencia*, ya que su parecido se debe a que ambos están formados por la unión de palabras que comparten el elemento *juris* (del derecho), que es común a ambos.

En su primera acepción, casi nunca usada en Brasil, *jurisprudencia* designa la ciencia del derecho (de *juris* ‘del derecho’ y *prudencia* ‘sabiduría’, que proviene de *prudens* ‘previdente, sagaz’, por ello, ‘conocedor, sabedor’); sin embargo, normalmente se usa la palabra *jurisprudencia* para designar al conjunto de decisiones judiciales uniformes sobre la misma hipótesis jurídica. Así, por ejemplo, se dice que la *jurisprudencia* (o la *jurisprudencia* de un tribunal o de un órgano judicial específico —v. gr., *jurisprudencia* del Supremo Tribunal Federal, del Superior Tribunal de Justicia, de la 5.^a Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro) ya adoptó una interpretación de una determinada norma que debe ser aplicada en un cierto sentido.

No pocas veces cuando está consolidado el modo por el cual se aplica cierta regla jurídica, un tribunal emite una *súmula* (diminutivo de *summa* ‘sumario’). Se trata de un enunciado que resume la interpretación

reiterada o predominante sin necesidad de hacer referencia a casos específicos. También se habla de conflicto o disidencia jurisprudencial cuando una misma regla jurídica ha recibido una interpretación diferente de tribunales distintos (en este sentido, se dice que la letra *c* del inciso III del artículo 105 de la Constitución se refiere a la divergencia jurisprudencial).

Al contrario de lo que ocurre en algunos países como Inglaterra y los Estados Unidos, en Brasil, la jurisprudencia, en general, no tiene fuerza obligatoria, es decir, la interpretación dada a una ley por un tribunal, incluso por el Supremo Tribunal Federal, no se impone a otros tribunales o jueces, que pueden seguir lo que ya se ha decidido o adoptar entendimiento diferente. La jurisprudencia, en este país, orienta y persuade, pero no vincula, porque el juez al aplicar la ley no queda subordinado a la interpretación que le hayan dado los tribunales. El juez tiene la libertad de decidir como le parezca adecuado. La excepción a este punto es la *súmula* vinculante que será tratada, en adelante, en el ítem 9 del capítulo VIII.

No obstante, debe reconocerse que el papel de la jurisprudencia se va expandiendo. En términos prácticos, las decisiones de los tribunales pasan a tener importancia y vigor. Véanse, por ejemplo, en los incisos IV y V del artículo 932 que establecen que el relator de un recurso lo declarará infundado si es contrario a una *súmula* o a una sentencia colegiada emitida en juzgamiento de recursos repetitivos. De la misma manera, si la decisión que está siendo recurrida es contraria a una *súmula* o jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, o de tribunal superior, el propio relator deberá, por sí mismo y sin llevar el caso a un juzgamiento con sus pares, declarar fundado (esto es, acoger) el recurso. Contra estas decisiones individuales, naturalmente, procede el recurso de agravio interno en el plazo de 15 días ante el órgano competente para juzgar el recurso (artículo 1.021).

Se debe, igualmente, evitar la confusión entre *jurisprudencia* y *doctrina*. La doctrina (de *docere* ‘enseñar’) es la manifestación, normalmente de especialistas, divulgada a través de libros, artículos, ensayos y opiniones sobre temas jurídicos específicos. De allí que se diga «la doctrina brasileña o alemana», «la doctrina de Chiovenda o de Pontes de Miranda».

6. INERCIA DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción está regida por el principio de la inercia. Para contener al Estado, impidiendo que se inmiscuya en la vida de sus súbditos, el derecho le impide, salvo en pocas excepciones, actuar la jurisdicción espontáneamente.

Si pudiera proceder así, su presencia, ya temible por su manifestación omnímoda, se volvería insoportable debido a su conversión en un Estado policial, escenario ya anunciado por George Orwell en su famoso libro *1984*. Esta situación privaría a las personas —las grandes constructoras de la paz en el grupo— de la oportunidad de cuidar, por sí mismas, del equilibrio social mediante los medios de resolución de conflictos a su alcance, incluida la autocomposición, como ya ha sido explicado.

El derecho mantiene al Estado inerte respecto a su actividad jurisdiccional hasta que sea convocado, momento en el cual estará obligado a ejercer esa función. Si, por un lado, la norma constitucional establece que «la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza al derecho» (artículo 5, XXXV) y, en consecuencia, garantiza el acceso a la justicia, por otro lado, con relación a la jurisdicción civil (y lo mismo ocurre casi siempre en el ámbito de las otras jurisdicciones), el Código de Proceso Civil dispone, en su artículo 2, que «El proceso comienza por iniciativa de parte y se desarrolla por impulso oficial, salvo las excepciones previstas en la ley». Para que las personas puedan invocar la jurisdicción, la Constitución y las leyes les confieren un derecho: la acción judicial, que será objeto del próximo capítulo.

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN

Sumario: 1. Concepto de la acción judicial.— 2. Naturaleza jurídica.— 3. Elementos de la acción.— 4. Partes (demandante y demandado).— 5. Litisconsorcio.— 6. Sustitución de la parte.— 7. El pedido y sus objetos.— 8. Modificación, alteración y adición del pedido.— 9. Acumulación de pedidos y concurso de acciones.— 10. Causa de pedir.— 11. Identificación de la demanda, conexión, continencia, litispendencia y cosa juzgada.— 12. Condiciones de la acción.— 13. Posibilidad jurídica.— 14. Legitimación de las partes.— 15. Interés procesal.— 16. Clasificación de las acciones.— 17. Acción, demanda y denuncia.— 18. Acción y excepción

1. CONCEPTO DE LA ACCIÓN JUDICIAL

Por los motivos señalados en el capítulo anterior, la jurisdicción solo se activa mediante la iniciativa de parte. El Estado no puede a través de sus agentes, los jueces, ejercerla si no es en respuesta a un pedido expreso. Como las cosas suceden de ese modo, el orden jurídico otorga a cada integrante del grupo social, sea una persona física, jurídica o formal, el derecho a reclamar la jurisdicción.

El sustantivo acción (del latín *actio* ‘acción, movimiento’, de *agere* ‘impeler, empujar, actuar’) designa este derecho de pedir la actuación de la función jurisdiccional del Estado que busca la prevención de una litis inminente o la resolución de una litis actual. A la palabra acción se le añade el adjetivo judicial para indicar que este derecho se ejerce en un proceso, es decir, ante un órgano del Poder Judicial.

De ese modo se distingue de otras acciones que se pueden presentar en otros ámbitos. Obsérvese que en la doctrina también se sustenta que la acción es el derecho de requerir del Estado una providencia de la jurisdicción voluntaria. Por tanto, a esta palabra se le atribuye un concepto más amplio que el otorgado por la mayoría de los autores que vinculan la acción con la idea del litigio. En cualquier caso, la acción se presenta como un derecho a la jurisdicción cuyo ejercicio es necesario para la actuación de esta función, ya que esta no se activa si no es provocada.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Pero ¿qué es la *acción* en el ámbito del derecho? ¿Cuál es su naturaleza? No se puede responder satisfactoriamente a estas preguntas sin realizar unas pocas y breves consideraciones propedéuticas.

Aunque la palabra —esto es, la unidad de sonido y sentido por la cual los humanos se expresan— constituya efectivamente, como dijo José de Alencar, un don celeste que Dios dio al hombre y negó al animal, no siempre se emplea con el mismo significado.

Por *bonito* yo puedo atribuir a un ser la cualidad de bello, puedo designar a un pez, referirme a un indígena de la tribu de los bonitos o incluso, según el diccionario, aludir a una palangana para afeitarse. Las palabras son *equivocas* y no *unívocas*: un mismo vocablo tiene más de una connotación. Así también ocurre en la terminología científica que se vale de un término con significados diferentes. Para no salir de la terminología jurídica, consideremos estos tres enunciados:

1. Ana adquirió una *acción* de Petrobras.
2. André realizó una *acción* lícita al expulsar inmediatamente a los invasores de su jardín, utilizando su propia fuerza.

3. El arrendador Marcos presentó una *acción* de desalojo para recuperar su inmueble que había sido arruinado por el arrendatario Antonio.

La palabra *acción* ha sido usada en los tres enunciados con rigurosa técnica. No obstante, posee un significado distinto en cada uno de ellos.

En el primer enunciado se afirmó que Ana adquirió una unidad del capital de Petrobras con el empleo de la palabra en el sentido que le da el artículo 11 de la Ley 6.404, del 15/12/1976, cuando establece que «el estatuto fijará el número de las acciones en que se divide el capital social». En este caso, la acción es un objeto, una *res*, una cosa susceptible de adquisición.

En el segundo enunciado se dijo que André realizó un acto de legítima defensa de su posesión, amparado por el Código Civil, artículo 1.210 § 1.º, primera parte. Si se asume como verdadera la aseveración allí realizada, la *acción* aparece como el derecho de defender la posesión o, si se quiere, como una faceta dinámica del propio derecho de posesión que reacciona ante una provocación.

En el tercer enunciado, se indicó que Marcos buscaba resolver el arrendamiento y recuperar su inmueble dañado por el inquilino Antonio; sin embargo, al no poder alcanzar ese objetivo por sí mismo, planteó su pretensión al Poder Judicial pidiéndole a un juez que resuelva el arrendamiento y que le restituya el inmueble.

En el segundo ejemplo existe, sin duda, una norma jurídica (derecho objetivo) para cohonestar el acto, establecida en el artículo 1.210 § 1.º, del Código Civil, según la cual «el poseedor que sea perturbado o despojado podrá mantenerse o restituirse por su propia fuerza siempre que lo haga inmediatamente». Si la situación concreta de André se subsumía en el cuadro abstracto de esta norma, realizó una acción lícita, un acto jurídico; mientras que cometería un ilícito en la hipótesis contraria.

En el tercer ejemplo, el juez decidirá si hubo arrendamiento y si ocurrieron los daños. Si la hipótesis es afirmativa, ordenará el desalojo; mientras que lo rechazará en la hipótesis negativa, pero en cualquier caso responderá como es el deber del Estado al pedido de actuación de la función jurisdiccional realizado por Marcos.

Si se considera que en el tercer ejemplo no hubo daños, la conclusión inevitable es que Marcos no tenía el derecho a la resolución. Aun así, tenía el derecho de demandar el desalojo. Al ejercer este derecho, el Estado, como deudor de la obligación correspondiente al derecho, dio la respuesta a la que estaba obligado, incluso rechazando el pedido de Marcos.

Después de analizar el tercer ejemplo, se puede advertir que aunque la *acción judicial* es un *derecho* no es el *mismo derecho* que la persona afirma tener cuando comparece ante el órgano del Poder Judicial. La acción judicial es *otro* derecho, diferente del afirmado: es el derecho de pedir la jurisdicción.

En el ejemplo, Marcos tenía este *otro* derecho —el derecho de pedir la jurisdicción— y tanto lo tenía que obtuvo la prestación jurisdiccional, sin importar que esta no fuera de su agrado. En consecuencia, se distingue de manera muy clara y precisa la acción judicial del derecho que la persona afirma tener cuando va a juicio. En el ejemplo ya mencionado, con el perdón de la insistencia, la diferencia es absolutamente evidente, ya que incluso si se considerara inexistente el derecho de Marcos de extinguir el arrendamiento aun así existía su derecho de interponer la acción de desalojo, tanto así que la presentó y obtuvo una prestación.

Por cierto, correrán ríos de tinta para repetirse esta obviedad: cuando el Estado asumió la función de decir el derecho, permitiendo que todas las personas se dirijan ante él para pedir el ejercicio de la jurisdicción, se obligó a otorgar *cualquier* respuesta y no, evidentemente, una respuesta *favorable* al solicitante.

Por consiguiente, es posible observar, analizar, estudiar y establecer una disciplina jurídica para la acción judicial independientemente del derecho que se afirma existente cuando se acude al proceso. Al igual que una cocinera que pretende hacer un plato de verduras para un comensal vegetariano prescinde de los trozos de carne que encuentra en el refrigerador (los ejemplos simples solo son evitados por ciertos pedantes que no siguen en la ilustración sencilla a juristas como Pontes de Miranda o Carnelutti), también el estudioso debe comprender la acción judicial como una institución del derecho que pone de lado, desatiende e ignora al derecho que se afirma existente cuando se interpone la acción. Es necesario prescindir de cualquier indagación sobre dicho derecho y hacerse una *abstracción* de él.

Esta es la razón por la que se le llama *teoría de la acción como derecho abstracto* a la predominante formulación teórica de los procesalistas Heinrich Degenkolb y Alexandor Plósz, el primero alemán y el segundo húngaro.¹ La denominación de la teoría de Degenkolb y Plósz causa cierta desconfianza entre los principiantes. En el poema «Mensagem a Rubem Braga», Vinícius de Moraes escribió estos versos: «Vi a un niño que estaba en coma por hambre (coma por hambre suena raro, parece/que si alguien está en coma no debería haber hambre: pero había».² De igual manera, puede parecer extraño que existiendo el derecho haya abstracción, pero ocurre de ese modo; sin embargo, entiéndase que la abstracción a la que alude la teoría prevaleciente no es la de la acción como derecho a la jurisdicción, sino es la de la acción concebida con abstracción de cualquier indagación sobre el derecho cuya protección se busca.

¹ En 1855, Francisco de Paula Baptista, profesor de la Facultad de Derecho de Recife, publicaba la primera edición de su *Compêndio de teoria e prática do processo civil* y a pesar de que desconocía el desarrollo de la doctrina alemana ya proclamaba a la acción como un derecho autónomo (*Compêndio...*, cit., § 2º, nota 1; BUZAID, Alfredo y BATISTA, Paula. *Atualidades de um Velho Processualista*, São Paulo, 1950, pp. 9-15).

² Nota del traductor. La versión del texto original en portugués es la siguiente: «Vi um menino em coma de fome (coma de fome soa esquisito, parece/que havendo coma não devia haver fome: mas havia)».

Tengo plena consciencia de que los últimos párrafos resultaron imprecisos y repetitivos. No obstante, es mejor proceder así en un libro de introducción al proceso civil que incurrir en el error común de los que esperan que el lector ya conozca la materia expuesta. ¿Por qué tanto énfasis en la explicación de la naturaleza de la acción judicial? Porque si no es vista conforme a la realidad, como un derecho diferente de aquel que es afirmado por quien la interpone o si es confundida con este derecho, el tratamiento que se le dará no será el que le corresponde, sino estará unido al del derecho con el que es confundida.

Supóngase que el derecho que se busca proteger con el ejercicio de la acción tenga naturaleza privada: si se mezcla con este, se tratará a la acción como una institución del derecho privado y, en consecuencia, se le aplicará las normas y principios de ese derecho. Por tanto, si la acción judicial es considerada de manera aislada, necesariamente deberá entenderse como una figura de derecho público, ya que materializa el derecho de invocar una función pública: la jurisdicción que es exclusiva del Estado.

Hasta mediados del siglo XIX se pensaba que la acción no era más que el derecho afirmado por el demandante, una reacción ante una amenaza o lesión. La doctrina hace referencia a la afirmación de Demolombe, civilista francés del siglo XIX, quien sostenía que la ley incurría en un pleonasma al hablar de derechos y acciones. Asimismo, se recuerda la expresión de Joseph Unger para quien la acción sería *le droit casqué et armé en guerre: el derecho con casco y armado para la batalla*.

En consecuencia, se consideraba que el derecho afirmado por quien demanda y la acción eran una sola y la misma cosa, por lo que solo podía ejercer la acción quien tuviera derecho. Esta es la concepción de la acción como un derecho concreto según la cual solo habrá acción si existe el derecho afirmado por el demandante.

Dicho entendimiento se basaba en el concepto de la *actio* romana que sí constituía la expresión dinámica del propio derecho. En esta concepción, se decía que se tenía *actio* cuando se afirmaba la existencia de un derecho.

Una polémica ocurrida en Alemania a mediados del siglo XIX entre los civilistas Bernhard Windscheid y Theodor Muther contribuyó decisivamente a clarificar el concepto de acción tal como es comprendida hoy en día. A partir de este marco conceptual se comenzó a diferenciar la idea de acción de la idea de derecho (un derecho que era solo afirmado cuya existencia efectiva sería determinada por el juez, posteriormente, con un pronunciamiento) cuya protección se busca a través del primero.

En este contexto, la acción se transformó en un derecho autónomo, lo que permitió que la rama del derecho público encargada de su regulación adquiriera autonomía científica. Así, el *derecho procesal* emergió como disciplina autónoma encargada de regir las consecuencias derivadas de su ejercicio.

El autor de estas líneas sigue a Eduardo Couture cuando el procesalista uruguayo concibe a la acción judicial como una especie del derecho de petición a los poderes públicos,³ que está garantizado, en la actualidad, en el artículo 5, XXXIV de la Constitución Federal.

Diversas solicitudes pueden ser dirigidas al Poder Ejecutivo, desde la simple llamada al cuerpo de bomberos para apagar un incendio hasta el requerimiento de anulación de un intrincado acto administrativo. Cualquier persona puede pedir al Legislativo el cumplimiento de sus funciones de dictar normas que regulen diferentes segmentos de la vida social o de proceder conforme a otras atribuciones que le competen como hicieron la Orden de Abogados del Brasil y la Asociación Brasileña de Prensa con el histórico pedido de *impeachment* que libró a Brasil

³ Cf. el estudio citado en el capítulo anterior, especialmente las pp. 170 a 173. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Op. cit., pp. 74 a 76.

de una banda criminal. Al Poder Judicial, otro poder público, se le requiere el ejercicio de la jurisdicción y la acción judicial es el derecho de pedirla.

Por tanto, corresponde concluir este acápite señalando que la acción judicial es el derecho público y abstracto de pedir el cumplimiento de la función jurisdiccional del Estado. Esta es, en mi entendimiento, la naturaleza en torno de la cual se elaboró, como aún ocurre hoy, la fecunda construcción doctrinaria mostrada en la diversa doctrina sobre el tema.

3. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

Así como resulta necesario diseccionar un cuerpo para identificar las partes que lo integran, del mismo modo corresponde reducir la acción judicial, y cada acción que se presenta, a sus elementos constitutivos con la finalidad de comprenderlos adecuadamente. Solo mediante dicho análisis de la acción se podrá identificarla y distinguir una determinada acción de otras que sean diferentes o similares a ella.

Con ello, se logrará determinar la existencia de un vínculo entre dos o más acciones o verificar si la misma acción no habría sido ya propuesta y decidida en tiempo pasado, o si se encuentra en curso, simultáneamente, con la que se examina. De la determinación de los elementos de la acción se derivan muchas e importantes consecuencias de orden práctico. Si se realiza este análisis considerando únicamente una acción, esa operación se llama identificación de la acción, mientras que se habla de *identificación de las acciones* cuando se cotejan dos o más acciones.

Según el consenso general de los procesalistas, recogido en más de un artículo del Código de Proceso Civil, los elementos de la acción están constituidos por *las partes* (demandante y demandado), *el objeto* (pedido) y la *causa de pedir: personae, res (petitum), causa petendi*.

4. PARTES (DEMANDANTE Y DEMANDADO)

Parte (del latín *pars* ‘parte, parcela, porción’, del tema de *par* ‘igual’, en consecuencia, ‘lo que existe junto a otro para formar el todo’) es la persona que pide o la persona contra quien se pide el ejercicio de la jurisdicción. La persona que interpone una demanda y de este modo pide el ejercicio de la función jurisdiccional se llama *demandante*.⁴ La persona contra la cual la demanda es propuesta se llama *reo*, palabra respecto de la cual los legos, por la inevitable asociación con la jurisdicción criminal, encuentran algo siniestro (por ello, atendiendo a circunstancias personalísimas, ciertos abogados la sustituyen en referencia a sus propios clientes llamándolos con poca técnica y mucha habilidad suplicados, demandados o requeridos).⁵

El sustantivo *reo* —*reus* en latín— tiene como raíz *res* ‘cosa, asunto, cuestión’ y deriva del hecho de que la persona convocada a juicio es aquella sobre cuyos bienes o sobre cuyos asuntos (negocios) se litiga. Me valgo siempre de la etimología, porque, descubriendo el origen de la palabra, se contribuye para la comprensión de su significado incluso en el lenguaje técnico. No obstante, advierto sobre la escasez de mis conocimientos también en este ámbito debido a que mi latín es deficiente y mi griego nulo. Los diccionarios ayudan, pero a veces desorientan.

Técnicamente, *la acción se interpone contra el Estado* en la medida en que es el derecho a la jurisdicción del cual el Estado es deudor; sin embargo, se dice en la tradición del derecho brasileño que la acción se propone

⁴ Nota del traductor. En la versión original del texto, Sergio Bermudes utiliza el vocablo en portugués *autor*. Dicha palabra puede ser traducida en lengua española como actor o demandante. Asimismo, en este acápite el autor opta por indicar el origen etimológico de la palabra en portugués *autor* (*auctor* o ‘que produz, gera, faz nascer algo’, de *angere* ‘producir, aumentar, fazer crescer’ [*auctor* ‘el que produce, genera, hace nacer algo’, de *angere* ‘producir, aumentar, hacer crecer’]). He decidido eliminar este fragmento del párrafo debido a que la palabra demandante en el español tiene un origen etimológico diverso.

⁵ Nota del traductor. Si bien el *Diccionario de la lengua española* define al reo como demandado en un juicio civil o criminal a diferencia del actor, optaré, a lo largo del libro, por utilizar la palabra demandado debido a su uso extendido en la práctica judicial y en la doctrina procesal.

contra el demandado. Esta afirmación es usada en el sentido de que a través de ella se busca una prestación jurisdiccional que se le imponga al demandado vinculándolo, sometiéndolo a la voluntad estatal y obligándolo a aceptar la resolución de la litis dictada por el Estado, aun cuando no corresponda a su pretensión.

El admirable y ejemplar avance de la procesalística brasileña, principalmente después del advenimiento del Código de Proceso Civil de 1973, llevó a decir con cautela que la acción es propuesta *anté*⁶ el demandado. No obstante, como se ha explicado, en realidad, es contra el Estado, deudor jurisdiccional de la prestación, que se ejerce el derecho de acción. Si bien el uso riguroso de la expresión *ante* puede justificarse, su empleo —que parece un galicismo—, si no es equivocado, resulta desventajoso al romper innecesariamente con la tradición. Además, no solo el demandante invoca la jurisdicción, el demandado también lo hace al ejercer su derecho de *excepción*, tema a ser tratado en el último acápite de este capítulo.

5. LITISCONSORCIO

Una persona no siempre está sola al pedir, como demandante o al someterse como demandado, la actividad jurisdiccional del Estado. En muchas ocasiones, la naturaleza de la situación jurídica exige la presencia de dos o más personas en la posición de demandante o demandado. En otras ocasiones, por razones de conveniencia, oportunidad o economía, la ley permite esta reunión. Si el Ministerio Público acude al proceso para pedir la prestación jurisdiccional de declararse nulo un matrimonio, es intuitivo que la demanda deberá ser propuesta contra ambos cónyuges, quienes estarán juntos en la posición de demandados.

⁶ Nota del traductor. En la versión original del texto, el autor utiliza la expresión «a ação é proposta *em face* do réu», su traducción en español es *frente a* o *ante*. «Em face de» proviene del francés *face*, del latín *facies* ('forma exterior, apariencia, belleza').

Por otra parte, si Helena, accionista del Banco de Brasil, va a interponer una demanda para anular una asamblea de esta compañía debido a un defecto en la convocatoria, no hay nada más racional que el derecho permita a Vera unirse si esta última también es accionista y pretende cuestionar judicialmente la validez del acto por el mismo motivo.

La reunión de dos o más personas en la posición de demandante o demandado se llama *litisconsorcio*. Este sustantivo se forma mediante la unión de las palabras *litis* (del genitivo singular de *lis*, *litis* ‘pleito o contienda’) y *consortium* (‘comunidad, participación’, de *consors* ‘el que participa, que comparte’, de *cum* ‘con’ y *sors* ‘suerte’).

El litisconsorcio, regulado en los artículos 113 al 118 del Código de Proceso Civil, pueden ser de distintos tipos. Será *necesario* cuando la ley o la naturaleza de la relación jurídica discutida en la demanda así lo exijan; en cambio, será *facultativo* en los casos en que, sin convertirlo en obligatorio, la ley lo permita por motivos de conveniencia, economía, utilidad o aprovechamiento de la jurisdicción.

Asimismo, el litisconsorcio será *unitario* cuando el juez debe decidir el pedido formulado en la demanda del mismo modo para todos los demandantes o para todos los demandados (en el ejemplo de Helena y Vera se anulará la asamblea tal como es reclamado por ambas o se rechazará el pleito de las dos).

El litisconsorcio también puede ser *común* o *simple* (aún no se ha uniformizado la terminología técnica para traducir el término alemán *ein-fach*). Este tipo de litisconsorcio ocurre cuando la demanda no exige una misma decisión para todos los demandantes o demandados. Por ejemplo, imaginemos que Luis interpone una demanda para obtener la declaración de que adquirió un terreno por usucapión. Por disposición legal, son demandados tanto la persona a cuyo nombre está registrado el inmueble, así como cada uno de sus colindantes. En el proceso, todos estos vecinos alegan que la pretensión de Luis implica la invasión de sus

tierras, pero el juez solo ampara la alegación de Carlos, el colindante por el norte. De dicho modo, el juez disminuye el espacio del objeto de la usucapión; sin embargo, rechaza las reclamaciones de los colindantes del sur, este y oeste.

Los ejemplos expuestos demuestran que los conceptos de litisconsorcio necesario, que es el opuesto a litisconsorcio facultativo, no deben confundirse con los del litisconsorcio unitario, cuyo opuesto es el litisconsorcio simple.

Bien podría generarse un litisconsorcio necesario-unitario (por ejemplo: la acción de nulidad del matrimonio), así como un facultativo-unitario (por ejemplo: la acción de anulación de la asamblea de la compañía debido a la ilegal convocatoria). Asimismo, podría configurarse un litisconsorcio necesario-simple (por ejemplo: la acción que busca la declaración de adquisición de inmueble mediante la usucapión) o un facultativo-simple (por ejemplo: dos viajantes, Marta y Teresa, que se accidentaron en el mismo tren, acuden al proceso para pedir la reparación por los daños físicos, pero el juez acoge solo la pretensión de la primera, quien realmente sufrió heridas, y rechaza la de la segunda, quien resultó ilesa).

Si el litisconsorcio es conformado solo por demandantes, se le dice activo; si está compuesto solo por demandados, pasivo; y será mixto cuando dos o más personas demanden, simultáneamente, a otras dos o más. José Carlos Barbosa Moreira, de manera ingeniosa, califica a esta clasificación como topológica.⁷

El litisconsorcio provoca el fenómeno de la *acumulación subjetiva*, es decir, la acumulación de los sujetos de la demanda. El *principio de autonomía de los litisconsortes*, según el cual cada uno de ellos se considera como un litigante autónomo con relación a su colitigante o colitigantes, y con

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsócio Unitário*, Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 11.

la parte o partes contrarias rige al litisconsorcio, salvo en las excepciones previstas en la ley (CPC, artículos 117 y 118).

La definición de litisconsorcio necesario del artículo 47 del Código de Proceso Civil de 1973 era inutilizable. En dicho artículo, el legislador confundió claramente los conceptos de litisconsorcio necesario y unitario al comenzar definiendo uno —«hay litisconsorcio necesario cuando por disposición de la ley o por la naturaleza de la relación jurídica [...]»— y terminar definiendo el otro: «[...] el juez debe decidir la litis de modo uniforme para todas las partes».

El artículo 114 del CPC del 2015 corrigió la redacción del artículo 47 del código anterior. Solo era correcta la segunda proposición del derogado artículo 47, repetida en el actual 117, ya que si el caso fuera de litisconsorcio necesario (no como lo definió la segunda parte de aquel dispositivo, sino conforme a su correcta definición), la eficacia de la prestación jurisdiccional dependería de la presencia de todos los litisconsortes en el proceso (v. gr., no se admitiría la acción de nulidad del matrimonio propuesta por el Ministerio Público, solo contra el marido o solo contra la mujer).

6. SUSTITUCIÓN DE LA PARTE

Casi siempre quien interpone la demanda y quien la enfrenta son los propios sujetos de la litis, titulares respectivamente de la pretensión y de la resistencia. Excepcionalmente, el derecho permite por disposición legal expresa (CPC, artículo 18) que otra persona acuda al proceso en lugar del sujeto del conflicto. Por ejemplo: debido a que a un menor le faltan las condiciones para proteger sus derechos, la ley permite al pariente o al Ministerio Público interponer, no como representantes del menor, sino en su propio nombre (de él, pariente o Ministerio Público), la demanda para buscar suspender el poder familiar de los padres que abusivamente faltan a sus deberes o perjudican los bienes de los hijos (CC, artículo 1.637).

En este caso, el titular del derecho es, obviamente, el propio menor, aunque no es quien interpone la demanda. Este fenómeno es designado con la palabra *sustitución*.

Por otro lado, en la representación, el representado no pierde la condición de parte, ya que quien acude al proceso en calidad de demandante o de demandado no es el representante, sino el propio representado. De manera similar, en una compraventa no es el procurador que firmó la escritura pública de compraventa quien vende el inmueble, sino el dueño que actuó a través del mandatario.

En cambio, en la sustitución, la parte sustituida no acude al proceso, sino el sustituto y por ello se convierte en parte él mismo.

En el derecho procesal se considera parte al sujeto del litigio o a su sustituto, es decir, a la persona que acude al proceso como demandante o quien es llamado como demandado. La calidad de parte se adquiere por el hecho objetivo de la presentación de la demanda como demandante o de ser convocado como demandado sin cualquier otra consideración, la cual debe ser tratada de manera separada para identificar a quién corresponde la calidad de parte.

as mismas razones que llevan a gran parte de la doctrina a negar la existencia de una acción en la jurisdicción voluntaria —que el Estado ejerce mediante un simple *requerimiento*, y que no es formulado, necesariamente, contra alguien— conducen a los procesalistas a afirmar que en dicha jurisdicción no existen partes, sino simples *interesados*. Estos se suelen designar como *requirente* y *requerido*, sin que esté prohibida la acumulación subjetiva en alguna de las dos posiciones, tal como sucede con el litisconsorcio (se trata, de hecho, de un litisconsorcio).

7. EL PEDIDO Y SUS OBJETOS

Quien comparece ante un órgano jurisdiccional, ya sea para prevenir una litis inminente o resolver una litis actual, busca en ambas hipótesis la

jurisdicción contenciosa. Si únicamente solicita la tutela de un interés social relevante, cuya administración ha sido atribuida por ley al Poder Judicial, recurre en este caso a la jurisdicción voluntaria.

El acto mediante el cual, por una demanda o un requerimiento se pide el pronunciamiento judicial, susceptible de otorgar un bien de la vida, se denomina *pedido* (*petitus*, de *petere* ‘reclamar, buscar, pretender o pedir’). Se pide algo y lo que se pide constituye el *objeto* del pedido. Aunque el *pedido* pueda ser separado de su *objeto*, la ley, con el hábito del que no escapa del lenguaje técnico de tomar la parte por el todo y el todo por la parte, utiliza el uno por el otro en un tropo que, en gramática, se llama metonimia (del griego *meta* ‘más allá de, cambio’ y *onyma* ‘nombre’).

El objeto del pedido, o de la demanda, se bifurca: el demandante, como ocurre en toda demanda, pide un pronunciamiento judicial favorable. Este pronunciamiento, es decir, la sentencia constituye el *objeto inmediato* o próximo del pedido, mientras que el bien de la vida que el demandante espera alcanzar a través de ella constituye el *objeto mediato* o remoto del pedido.

En el ejemplo del acápite 2 de este capítulo se mencionó que Marcos, arrendador, pretendía resolver el contrato de arrendamiento y recuperar de Antonio, arrendatario, el inmueble dañado. Por ello, interpuso contra este una acción de desalojo. En dicha demanda, el pedido será la solicitud de la prestación jurisdiccional que ordene el desalojo. El objeto inmediato será el pronunciamiento que acoja dicha postulación decretando la resolución del arrendamiento y la restitución del inmueble, mientras que el objeto mediato, que es el que verdaderamente el demandante quiere alcanzar, es desvincularse del contrato de arrendamiento y recuperar el inmueble que volverá a estar en su posesión directa.

El pedido es el *mérito* de la demanda (del latín *meritum* ‘ganancia, provecho, lo que se mereció’, de *merere* ‘merecer’. Por cierto, los jueces son

llamados «meritísimos» considerándose los merecimientos que los elevaron a la posición de dignidad que ocupan). Decidir el pedido, acogiendo o rechazándolo, es juzgar el mérito. No siempre existe la posibilidad de emitir esa decisión como se buscará mostrar en este y en otros capítulos.

Debe prestarse mucha atención al hecho de que como consecuencia de que la jurisdicción solo se ejerce mediante iniciativa de parte, el Poder Judicial queda limitado a esta. En consecuencia, el pedido delimita la actividad del juez (CPC, artículos 2, 141, 490 y 492), quien no podrá otorgar al demandante más de lo que pidió, ya que estaría incurriendo en una decisión *ultra petita* (más allá de lo pedido).

Del mismo modo, el juez no podrá conceder al demandante una cosa diversa a la que pidió, pues estaría incurriendo en una decisión *extra petita* (fuera del pedido) ni tampoco podrá dejar de pronunciarse sobre todo lo pedido en cuyo caso incurriría en una decisión *citra petita* (menos de lo pedido). Para poner un ejemplo: si el demandante pidió solo un bien inmueble, el juez no puede otorgarle el inmueble más un bien un mueble al que, por ventura, tuviera derecho. Tampoco puede concederle dinero en lugar de inmueble. Si el demandante hubiera pedido un inmueble más un bien mueble, el juez no podría limitarse a apreciar solo el pedido relativo al primer bien, quedando en silencio respecto al segundo ni rechazar este último si el demandante tuviera derecho.

Los pedidos deben ser ciertos (CPC, artículo 332, *encabezado*). Por otra parte, el derecho del demandado a la amplia defensa está incluido entre las garantías constitucionales (CF, artículo 5, LV). No se puede admitir que el demandado tenga que adivinar todo lo que el demandante podría postular en su contra y partir, a ciegas, para una defensa sin un correspondiente ataque. El Código actual enfatiza que la interpretación de los pedidos debe considerar el conjunto de la postulación y observar el principio de la buena fe. De esta forma la ley admite, excepcionalmente, atender a pedidos no formulados que se presuponen deducidos.

Por ejemplo, los intereses legales están comprendidos en el pedido principal, así como la corrección monetaria y los gastos por la derrota (CPC, artículo 322 § 1.º). Se presume que quien acude al proceso pidió la condena de la parte contraria sobre los gastos judiciales y los honorarios del abogado contratado para la demanda (CPC, artículos 82 § 2.º y 85 § 17).

No basta con que el demandante indique lo que pide, también necesita explicar por qué pide. Esta obligación de pedir, enunciando las razones del pedido, responde al *principio de substantación del pedido* que alcanza tanto al pedido mismo como a su razón: pido la condena del demandado a un pago, porque soy su acreedor. Este principio forma parte de la obligación del demandante de indicar la causa de pedir.

8. MODIFICACIÓN, ALTERACIÓN Y ADICIÓN DEL PEDIDO

En las condiciones que están previstas en el artículo 329 del CPC, la ley permite mutaciones del pedido ya formulado. Estas se realizan mediante la *modificación, alteración o adición* del pedido. *Modificar* (de *modificare*, del tema de *modus* ‘medida, dimensión’) el pedido significa pedir la misma prestación, pero efectuada de otro modo. Por ejemplo, cuando se pide un pago en el domicilio del deudor y después se pidiera el mismo pago, pero en el domicilio del acreedor. *Alterar* (del latín *alterare*, de *alter* ‘otro’) el pedido equivale a hacer otro en lugar del primero, por ejemplo, cuando se pide la anulación del matrimonio y, después, solo la separación judicial. *Aditar* (*aditare* ‘ir muchas veces’, forma arcaica de *adire* ‘ir, invertir, ir de nuevo’, es decir, ‘añadir’) el pedido el pedido (artículo 329, 1) implica añadirle otro, por ejemplo, cuando el demandante solicita, inicialmente, solo un inmueble y después decide demandar, además del inmueble, un bien mueble.

9. ACUMULACIÓN DE PEDIDOS Y CONCURSO DE ACCIONES

Por razones de economía, conveniencia, celeridad y utilidad, el Código permite que siempre que se cumplan ciertos requisitos estipulados (artículo 327 § 1.º), el demandante pueda formular contra el mismo demandado dos o más pedidos incluso si no hay relación entre estos y a pesar de que no integren la misma litis (CPC, artículo 327, *encabezado*).

Dado que el demandante y el demandado van a litigar en el proceso (se resume, en estos términos simples, la razón de la norma), es mejor que litiguen de una buena vez todo lo que los desuna. En consecuencia, se pacificará si no es la totalidad, al menos una parte significativa de sus conflictos. Percíbese, también en particular, el compromiso del derecho en la composición de las litis.

La reunión de dos o más pedidos presentados por el mismo demandante contra el mismo demandado se denomina *acumulación de pedidos*⁸ o *acumulación objetiva* (en contraste con el litisconsorcio, *acumulación subjetiva*). Este fenómeno también se le conoce como *acumulación de acciones*, ya que se considera que cada pedido materializa el derecho de invocar a la jurisdicción. Por tanto, existen tantas acciones como pedidos haya, aunque estén reunidas en la forma de una sola.

La *acumulación de pedidos*, o de acciones, no debe confundirse con otro fenómeno denominado *concurso de acciones* (de *concurrere* ‘concurrir’, de *cum* ‘con’ y *currere* ‘correr’, entonces ‘correr juntos’). Este último se refiere a la posibilidad de proponerse acciones diferentes o, mejor dicho, de plantearse pedidos distintos para la satisfacción de la misma pretensión. El demandante debe optar por una de estas (v. gr., el adquirente

⁸ Nota del traductor. En la versión original en portugués, el autor se refiere a la *cumulação de pedidos que tendría un origen en cumulatio*, *acumulação*, de *cumulare* ‘amontonar’, cuyo étimo es *cumulus* ‘monte, resultado de lo que se juntó’) (*cumulatio*, *acumulación*). La palabra portuguesa *cumulação* puede traducirse al español como *acumulación*. Aunque son similares y están relacionadas (ambas comparten el origen de *cumulare*), poseen un origen etimológico distinto, ya que *acumulación* proviene de *accumulare*.

puede devolver la cosa con vicios o defectos ocultos, solicitando lo que pagó o solo reclamar la reducción del precio; CC, artículos 441 y 442). Se trata de la composición de la misma litis de distintos modos.

Volviendo al tema de la acumulación de pedidos, la doctrina dice que es *simple* cuando se reúnen distintos pedidos que están desvinculados el uno del otro: Laura pidió la condena de Inés a la devolución de un libro prestado, y también al pago de la indemnización por daños causados a su automóvil en la colisión de un vehículo conducido imprudentemente por la demandada.

Se habla de acumulación *sucesiva* cuando el juez solo puede conceder el pedido posterior si acoge el anterior: Filomena pidió el reconocimiento de su condición de hija de Ambrosio y, en consecuencia, su legítima al ser heredera forzosa en la herencia del padre. La acumulación, prevista en el artículo 326 del Código de Proceso Civil vigente, corrigió la redacción del artículo 289 del CPC de 1973 en el que el adjetivo *sucesiva* podía llevar a algún desprevenido a suponer que se refería a una acumulación sucesiva y no a una acumulación *eventual*.

Esta confusión se evitó al utilizar en el artículo 326 del CPC de 2015 el adjetivo *subsidiaria*. Se formulan dos o más pedidos conforme a las prioridades del demandante de la misma manera que lo hacen los postulantes. Cuando estos se inscriben en los exámenes de admisión indican en orden decreciente las facultades de su preferencia. El juez atenderá al pedido posterior si no puede acoger el anterior. El demandante pidió la devolución del objeto prestado o si este hubiera perecido, su equivalente en dinero. Procedió de esa manera para que el juez ordene entregar la cosa o pagar el precio en caso de que ya no exista. En la acumulación sucesiva se quiere una cosa *y* la otra; en la eventual se quiere una *o* la otra, la primera en precedencia a la segunda.

Por último, la denominada acumulación *alternativa* (CPC, artículo 325, párrafo único) no consiste, en rigor, en una acumulación, pues la

elección de la prestación corresponde al demandante y este la hace en el momento de interponer la demanda, o la opción será del demandado y este escogerá en el momento de satisfacer lo que le determinó el Poder Judicial.

10. CAUSA DE PEDIR

En la *causa de pedir* se encuentra la razón lógica del pedido. Según explica José Carlos Barbosa Moreira, el más grande procesalista de Brasil y uno de los primeros del mundo, con su habitual precisión, la causa de pedir está constituida por el hecho o el conjunto de hechos a los que el demandante atribuye la producción del efecto jurídico que afirma.⁹ La litis es un hecho social en el cual generalmente se subsumen diversos hechos. Para solicitar la tutela jurisdiccional le corresponde al demandante presentar estos hechos; sin embargo, no basta con ello, necesita ir más allá y atribuirles una consecuencia jurídica. Por tanto, la causa de pedir se compone de los hechos expuestos por el demandante (quien se debe limitar a los pertinentes, descartando los periféricos e irrelevantes) *más* las consecuencias jurídicas que le atribuyó a esos hechos.

Por este motivo, la causa de pedir no se agota solo en el elemento hecho, sino que solamente se completará cuando al elemento hecho se junte el elemento consecuencia jurídica. Así lo exige la ley para garantizar el contradictorio, garantía constitucional (CF, artículo 5, LV), es decir, la posibilidad de que haya controversia, debate.

Frente a ello, se puede afirmar que la acción judicial comprende una pretensión del demandante a la tutela jurisdiccional para su pedido. Cuando el demandado se opone a este, ofrece una resistencia que forma, por consiguiente, otro conflicto al cual se le podría denominar como una

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 18. Existen ediciones sucesivas de este libro, pero sin que se altere la enseñanza señalada.

litis procesal. Este también es un conflicto social si se considera la función jurisdiccional, como lo que es, una parte de la actividad social: una litis instaurada para la composición de otra litis, aunque esta litis judicial se forme por determinación del derecho que lo necesita para la correcta administración de justicia.

Debe añadirse que cuando la ley exige al demandante que, además de narrar los hechos les atribuya la consecuencia jurídica, no le impone el deber de referirse a la norma legal aplicable ni tampoco al artículo tal de la ley tal. Tampoco le exige realizar la calificación jurídica del fenómeno indicando su naturaleza o mencionando el nombre correcto de la figura jurídica.

Por ejemplo, el demandante puede afirmar que se prestó dinero del demandado y se comprometió a devolverlo con intereses, pero que al momento del pago el demandado quiso capitalizar los intereses, cobrando otros intereses sobre estos (hechos), lo que no podría ser exigido (consecuencia jurídica). Nótese, en el ejemplo, que el demandante presentó la causa de pedir sin que se le pueda exigir que indique el dispositivo de la ley que prohíbe la cobranza de intereses sobre intereses o que nombre correctamente ese cobro como anatocismo.

De manera similar, en una acción de desalojo por falta de pago se admite que el demandante solo diga que alquiló su inmueble al demandado y que este no pagó el alquiler de febrero (hechos), no pudiendo, por ello, continuar en el inmueble (efecto jurídico). En este caso, también es innecesaria cualquier mención a la ley, al arrendamiento o a la mora.

Cabe destacar que la consecuencia jurídica afirmada por el demandante no es vinculante para el juez que bien puede acoger su pedido y atribuir a los hechos otro tipo de eficacia. Mientras que el pedido limita al juez, la causa de pedir, no.

El juez conoce el derecho (*jura novit curia*: la corte —esto es, el juzgado o el tribunal— conoce el derecho). La presunción de conocimiento de la ley por parte de sus destinatarios, quienes no pueden excusarse alegando desconocerla (*ignorantia legis neminem excusat*, artículo 3 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho brasileño), adquiere una especial intensidad cuando se trata del órgano judicial. Se presume que el juez es conocedor del derecho positivo, es decir, del derecho vigente; sin embargo, no se les prohíbe a las partes aludir a la regla del derecho. Es recomendable que así procedan y que ilustren la interpretación de la norma mediante la invocación de los principios, de las lecciones de la doctrina y de los precedentes de la jurisprudencia, puesto que al estar llamado a resolver una variedad amplia de cuestiones, las limitaciones humanas del juez le impiden que conocerlas todas.

11. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDA, CONEXIÓN, CONTINENCIA, LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA

Así como se identifica un objeto por sus características externas o internas, y así como se distingue a una persona de otra por su nombre y apellido, por sus rasgos fisonómicos o por otros signos como la huella dactilar, también se identifica a la acción o demanda por sus elementos.

Esta es la razón práctica por la cual es fundamental identificar en una demanda a sus partes (demandante y demandado), su pedido (o mérito) y su causa de pedir. Los elementos de la acción determinan su identidad. Al comparar dos o más acciones solo a través del análisis de sus elementos es posible establecer si una es la repetición de otra, si son distintas entre sí o si existe algún vínculo por algún nexo.

Desde ya descartemos las demandas semejantes, es decir, aquellas demandas del mismo género o de la misma especie. Aunque puedan parecer similares, cada una conserva su individualidad como dos personas que son socias o dos pares de zapatos producidos en serie en el mismo color y modelo. La demanda del arrendador Vicente para recuperar el

inmueble afectado por el arrendatario Octavio es semejante al de la arrendadora Denise para recuperar el inmueble dañado por Roberto.

Pensemos ahora en la demanda de Cristina para obtener la separación judicial de su marido Fernando causado por el adulterio de este, y en la demanda de Sonia para obtener, también debido al adulterio, el desquite¹⁰ (esta palabra continúa existiendo en el lenguaje jurídico e incluso en varias leyes sin que se prohíba su empleo) de su marido Alfredo.

A simple vista, es evidente que en las cuatro demandas mencionadas las partes no son las mismas ni lo son la causa de pedir ni el pedido. Aunque se parezcan formalmente, el daño en el inmueble de Vicente no es el daño del inmueble de Denis, así como el adulterio de Fernando no es el mismo adulterio de Alfredo.

Cuando dos o más demandas no coinciden en ninguno de sus elementos, como en los casos señalados, se consideran *diferentes*. En la ciencia procesal, así como en el derecho positivo, la simple coincidencia de las partes constituye un fenómeno irrelevante para vincular dos demandas. Por ello, siguen siendo *diferentes* las demandas en las cuales coinciden solo las partes.

De este modo, se consideran *diferentes* y sin ningún vínculo la demanda de Sofía contra Marina para recuperar el libro prestado imprudentemente y la demanda de la misma Sofía contra la misma Marina (con cacofonía y todo) para obtener una indemnización por daños causados en un accidente de vehículos.

Una demanda será *idéntica* a otra y no será más que una repetición de la anterior, cuando estas coincidan en sus tres elementos, es decir,

¹⁰ Nota del traductor. El desquite en el derecho brasileño era una institución utilizada, antes de que entre en vigor la Ley de Divorcio, para referirse a una separación de hecho con efectos legales (separar sus vidas y bienes), pero sin extinguirse el vínculo matrimonial. Hemos optado por traducirla con el mismo nombre.

cuando tengan las *mismas partes*, la *misma causa* de pedir y el *mismo pedido*. Por ejemplo, supongamos que Xerxes interponga contra Tiago una acción de cobranza de una deuda y que, ante otro tribunal, simultáneamente, o en momentos distanciados en el tiempo (sin importar el motivo: confió la misma causa a dos abogados diferentes sin que uno sepa de la iniciativa de otro. Intentó llevar la acción a dos juzgados distintos para obtener más rápidamente una sentencia, o tras haber perdido la acción de manera definitiva decidió, después de algún tiempo, volver a presentarla en busca de mejor suerte), proponga otra acción contra el mismo demandado con la misma causa de pedir y el mismo pedido.

La coincidencia de los elementos de las dos demandas las hará *idénticas* y así lo define con toda precisión el § 2.º del artículo 337 del Código de Proceso Civil. No se trata aquí sobre un supuesto inverosímil, sino de algo que la vida forense muestra. Con frecuencia, el demandante busca camuflar la segunda demanda bajo una etiqueta diferente y la presenta con palabras diferentes.

En Río se conoce un caso en el cual el demandante interpuso contra el demandado una acción para cobrar una comisión por la intermediación en una venta. Perdió. Posteriormente, propuso otra demanda en la que con la misma causa de pedir hacía el mismo pedido, solo que en esta demanda en lugar de decir que cobraba la comisión por intermediación afirmó que cobraba una deuda por la participación en un negocio.

Las palabras no cambian la esencia de las cosas. Citemos a Shakespeare cuando, en *Romeo y Julieta*, pregunta qué hay en un nombre para afirmar que aquello a lo que llamamos rosa, con cualquier otro nombre, seguiría teniendo la misma dulce fragancia. En el mundo jurídico, también las cosas suceden de ese modo: es mejor analizar el contenido y no el título.

Si se interpone una demanda idéntica a otra, que está aún en curso, ocurre un fenómeno al que se le denomina *litispendencia* (CPC, § 3.º del

artículo 337, derivado de la unión de *litis*, que alude a la demanda, y *pendentis*, de *pendire* ‘estar pendiente’). Por otra parte, la repetición de la demanda que ya ha sido definitivamente juzgada en una sentencia de mérito, es decir, en una sentencia que se ha pronunciado sobre el pedido y contra la cual ya no cabe ningún recurso, es lo que el § 4.º del artículo 337 del CPC denomina *cosa juzgada* (véase el capítulo IX).

Puede existir un vínculo relevante entre dos o más demandas. Artur interpuso contra Geraldo una acción de nulidad del contrato que celebraron, alegando la incapacidad del demandado en el momento de la celebración del acto (CC, artículo 166, I). Por su parte, Geraldo interpuso contra Artur una acción de nulidad del mismo contrato, afirmando la ilicitud de su objeto (CC, artículo 166, II).

Las partes, en ambas demandas, son las mismas, lo cual, como se ha explicado, carece de relevancia. La causa de pedir de una demanda es diferente de la otra (la demanda de Artur se fundamenta en la incapacidad de Geraldo, mientras que la demanda de este último se fundamenta en la ilicitud del objeto del contrato); sin embargo, el objeto de ambas demandas es el mismo: la nulidad del contrato. La coincidencia de las partes es irrelevante, puesto que solo tendría importancia para convertir en idénticas las demandas si los otros dos elementos fueran iguales. En el ejemplo ofrecido se configuró una identidad del objeto (la nulidad del contrato).

Es importante destacar: si dos o más demandas (a) coinciden *solo* en el objeto; (b) coinciden *solo* en la causa de pedir; o, (c) coinciden *tanto* en el objeto como en la causa de pedir, pero tienen partes diferentes estas demandas se consideran como *conexas* (de *connexum* ‘conectado, unido’, de *connectere* ‘conectar, atar’, *cum* ‘con’ y *nexus* ‘atado, ligado’). Por ello, el artículo 55 del Código de Proceso Civil establece: «Se consideran como *conexas* 2 (dos) o más demandas cuando les sea común el pedido

o la causa de pedir». El artículo, ahora resaltado, omitió la explícita referencia a la conexión, que también existe en la siguiente hipótesis (c): identidad de objeto y de la causa de pedir, pero sin las mismas partes.

La norma del artículo 55 del Código de Proceso Civil, al igual que lo hacía el artículo 103 del CPC de 1973, adopta la teoría de la conexión de un procesalista italiano llamado Matteo Pescatore.¹¹ Si bien esta teoría resuelve la mayor parte de los problemas relacionados con la conexión, no los soluciona todos.

Piénsese en el caso en el que el arrendador interpone una acción de desalojo contra el arrendatario por falta de pago del alquiler de marzo, alegando, por tanto, la mora del inquilino, mientras que el arrendatario interpone contra el arrendador una acción de pago por consignación del mismo alquiler de marzo, afirmando que el locador se niega a recibir la prestación, sustentando así la mora del acreedor.

En este escenario, únicamente las partes son idénticas —hecho que es irrelevante—, porque la causa de pedir (mora del inquilino) y el pedido (resolución del arrendamiento con la restitución del inmueble) en la acción de desalojo son diferentes de la causa de pedir (mora del arrendador) y el pedido (declaración del pago del alquiler y la consecuente subsistencia del arrendamiento) en la acción de pago por consignación.

A pesar de estas diferencias se intuye la conexidad entre ambas demandas, ya que no sería concebible que al estar dirigidas a jueces diversos uno de ellos reconociera la mora del arrendatario y ordenara el desalojo, mientras que el otro juez declarara la mora del arrendador y ordenará el pago del alquiler ofrecido y depositado judicialmente. La posi-

¹¹ PESCATORE, Matteo. *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale*, vol. I, parte I, Turín, UTET, 1864, capítulo VI, p. 168 y ss.

bilidad de sentencias de mérito incompatibles, contradictorias y opuestas entre sí constituye un criterio práctico para determinar la existencia de conexión cuando no sea suficiente el artículo 55.

Finalmente, en una determinada demanda se pueden encontrar las mismas partes de otra demanda y la misma causa de pedir; sin embargo, una de estas acciones puede tener un objeto más amplio que el de la otra y, por tanto, podría comprender al objeto de esta. Por ejemplo, Manuel presentó contra Joaquín una acción de nulidad de *una* cláusula contractual, alegando la ilicitud de su objeto. Posteriormente, interpuso contra el mismo demandado otra demanda pidiendo la nulidad de *todo* el contrato, también debido a la ilicitud de su objeto. El pedido, realizado en la segunda demanda del ejemplo, al ser más amplio comprende al primero, que es de menor alcance. Este fenómeno, que corresponde a una *identidad parcial* de acciones, se denomina *continencia* (un pedido está dentro de otro, *contiene* al otro como una botella contiene varios cálices de vino).

El artículo 56 del Código define a este fenómeno (de *continentia* ‘dominio de sí mismo’, de *contimens* ‘próximo, contiguo’, este último derivado de *continere* —*cum* ‘con’ y *tenere* ‘agarrar, asegurar’— ‘sostener, contener, abarcar’): «Se produce la continencia entre 2 (dos) o más demandas cuando haya identidad en cuanto a las partes y a la causa de pedir, pero el pedido de una, por ser más amplio, abarque el de las demás».

Si la *litispendencia* impide el avance de una de las demandas y si la *cosa juzgada* impide el juzgamiento de una demanda propuesta después de que otra demanda idéntica ya haya sido definitivamente juzgada en su mérito, la *conexión* y la *continencia* exigen la reunión de las demandas entre las cuales exista uno de estos dos vínculos (artículos 55 § 1.º y 57). Ahora, se comprende cuán útil es que se conozcan los elementos de la acción sin los cuales no se conseguirá determinar la existencia de estos cuatro fenómenos ni de la identidad ni de la diferencia entre dos o más demandas.

12. CONDICIONES DE LA ACCIÓN

Quien interpone una demanda formula, si no varios, al menos un pedido. Este pedido, uno de los tres elementos de la acción, como se explicó, constituye su *mérito*. La sentencia de mérito, también llamada sentencia *definitiva* porque resuelve la litis, es aquella que se pronuncia sobre el pedido del demandante para acogerlo o rechazarlo; sin embargo, no siempre es posible que el juez se pronuncie sobre el mérito. Esto ocurre cuando falta alguno de los requisitos para que cumpla esta función.

En este caso, el juez rechaza la iniciativa del demandante, declarando simplemente la inexistencia de condiciones para la prestación jurisdiccional de composición de la litis. En consecuencia, emite una sentencia que pone fin a su actividad denominada sentencia *terminativa*. Aunque esta sentencia termine la misión del juez, no alcanza el objetivo ni de prevenir ni de resolver la litis.

Tomemos como ejemplo el caso de un hijo que, desesperado por la terrible situación doméstica provocada por sus padres quienes no se entienden, no se respetan y se agreden, pero siguen juntos, interpusiera una demanda para solicitar su separación. Es intuitivo que el juez no examinará la vida de la pareja para verificar la efectiva ocurrencia de los actos deshonorosos. Como consecuencia de que la Ley 6.515, del 26/12/1977, en el § 1.º del artículo 3 establece que la separación «corresponderá solamente a los cónyuges», el juez se negará a apreciar el pedido del desquite realizado por el hijo de la pareja.

Las condiciones necesarias para la emisión de una sentencia de mérito, según la ley brasileña fiel a la doctrina predominante tanto en el país como en parte de Europa, se denominan *condiciones de la acción*, cuya ausencia acarrea el fenómeno identificado como *carencia de acción*. Estas condiciones son la *legitimación de las partes* y el *interés procesal*, o *interés de accionar*, como lo establecía el inciso VI del artículo 267 del Código de Proceso Civil de 1973. El código vigente de 2015 excluyó la referencia a

la posibilidad jurídica del pedido como se puede observar en el inciso VI de su artículo 485. No obstante, sigo considerando la posibilidad jurídica del pedido como una de las condiciones de la acción cuyo mérito no puede ser apreciado sin ella.

Cabe señalar que estas condiciones son generales o comunes a todas las acciones; sin embargo, una determinada acción puede estar sujeta a una condición específica como ocurre con las acciones de nulidad, anulación de matrimonio o la de divorcio, las cuales están necesariamente precedidas de la separación de cuerpos (CC, artículo 1.562) si los cónyuges aún se encuentran bajo el mismo techo. Las condiciones de la acción se derivan no solo de la sistemática del CPC, sino también de la comprensión de la tutela jurisdiccional.

13. POSIBILIDAD JURÍDICA

La *posibilidad jurídica* es comprendida como la tutela abstracta del pedido del demandante. En otras palabras, el demandante debe formular un pedido que, *en abstracto* (esto es, independientemente de la situación que lleva a juicio), pueda ser concedido. Por ejemplo, si Renata pide la condena de Hugo al pago de una cantidad que alega haberle prestado, se configura la posibilidad jurídica, pues aun cuando la afirmación específica no sea verdadera, el derecho obliga al mutuuario a restituir al mutuante lo que ha recibido (CC, artículo 586, 2.^a parte). Es decir, la norma jurídica le otorga al mutuante el derecho de exigir lo no pagado.

Por el contrario, si Marcio pide la condena de Enrique a pagar una deuda de juego, no habrá posibilidad jurídica (de fundabilidad, ni si quiera en abstracto) del pedido del demandante, porque conforme al artículo 814, 1.^a parte, del Código Civil: «las deudas de juego o de apuesta no obligan al pago». En este caso, Marcio habría pedido un bien de la vida (la satisfacción del crédito derivado del juego) que en el orden jurídico brasileño no se puede dar a él ni a nadie.

No es necesario que el demandante pida algo explícitamente previsto en ley, basta que reclame una prestación cuyo otorgamiento no esté prohibido por el derecho positivo ni por disposición expresa ni implícita.

14. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

La legitimidad, o legitimación, consiste en la situación subjetiva que coloca a alguien en la posición de formular algún pedido (*legitimación activa*) o de padecer sus efectos (*legitimación pasiva*). Con frecuencia, la ley es clara en la identificación del titular de la situación subjetiva. Por ejemplo, el pedido de desquite solo le corresponde realizarlo al cónyuge y solo puede ser dirigido al otro cónyuge (artículo 3 § 1.º, de la Ley 6.515, del 26/12/1977). Asimismo, la acción por la cual se pide al Supremo Tribunal Federal la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo federal o estadual (CF, artículo 101, I, a) solo puede ser propuesta por alguno de los sujetos mencionados en el artículo 103, I a IX, de esta carta (v. gr., el Presidente de la República, el procurador general de la República o el Consejo Federal de la OAB).

Cuando la ley no define con suficiente precisión al titular de la situación legitimante, la legitimidad se configura con la simple coincidencia entre la situación afirmada (solo afirmada) por el demandante al proponer la demanda y el esquema de protección definido por la ley. De este modo, si Juvenal pide la indemnización por los daños a su automóvil, alegando que fueron causados por Marilia quien, conduciendo su vehículo con imprudencia, provocó la colisión, habrá legitimidad del demandante y de la demandada, ya que el artículo 186 del Código Civil declara que está obligado a reparar el daño quien por imprudencia cause perjuicio a otro. En este ejemplo, el accidente podría no haber ocurrido o no haber algún daño que reparar, lo que llevará a la infundabilidad del pedido; sin embargo, la legitimación existirá por la simple coincidencia entre el cuadro trazado por el demandante y el esquema de la ley.

La legitimación es *ordinaria* cuando el propio titular de la pretensión o de la resistencia, uno de los sujetos de la litis, comparece o es llamado a comparecer al proceso. En cambio, será *extraordinaria* cuando por disposición expresa de la ley se autoriza a alguien a demandar o a ser demandado en su propio nombre, pero defendiendo la pretensión de otro o respondiendo por la resistencia ajena. Esto ocurre en los casos de *susstitución* tratada en el acápite 6 de este capítulo.

15. INTERÉS PROCESAL

La prestación jurisdiccional debe ser útil, es decir, debe repercutir eficazmente en el grupo social, resolviendo el conflicto. No habrá utilidad en la función jurisdiccional si se ejerce innecesariamente sin que haya litis que prevenir o remediar. La *necesidad* de quien propone la demanda es requisito esencial para la emisión de la sentencia de mérito. No resulta concebible que un acreedor que ya ha recibido el pago de su crédito acuda a reclamarlo judicialmente sin importar el motivo (v. gr., no recordar el pago o querer someter al deudor a incomodidades y humillaciones). En este ejemplo, la prestación jurisdiccional sería inútil por innecesaria.

No obstante, la necesidad por sí sola no basta. Es necesario que el demandante utilice el medio adecuado para satisfacerla, evitando que la prestación obtenida resulte inútil. Así como el agua no mata el hambre ni el pan calma la sed, tampoco todos los remedios judiciales pueden satisfacer la pretensión. Por ejemplo, si un inquilino dio un uso no previsto en el contrato al inmueble, o si lo dañó, el arrendador necesita resolver el arrendamiento; sin embargo, no podría proponer contra el arrendatario una acción de reintegración de la posesión del inmueble, porque si es concedida, la reintegración no extinguiría el arrendamiento.

De igual modo, si la pretensión es obtener la anulación de un matrimonio, la acción de separación no la satisfará, porque, aunque se disuelva la sociedad conyugal, el vínculo matrimonial permanece. Por

tanto, se concluye que, además de la *necesidad* de la prestación jurisdiccional, el demandante debe pedir una providencia *adecuada* para la satisfacción de esa necesidad.

Necesidad y adecuación, este es el binomio cuya combinación fundamenta al *interés procesal* o *interés de accionar* al que se refiere el Código, junto con las otras condiciones generales de la acción, en su artículo 485, VI, y también en el artículo 17: «para presentar una demanda es necesario tener interés y legitimidad». Sin *interés* (de *interest* ‘estar entre, referirse a, convenir’ —impersonal de *intersum* ‘importar’—) la jurisdicción, que es muy costosa para las partes y para el Estado, se convertiría en una actividad infructífera, lo que sería injustificable. La ausencia del interés procesal genera, igualmente, la falta de una razón para dictar una sentencia, lo que es comparable, si se permite la analogía, a disparar un tiro al agua, porque se resolvería una litis inexistente o se solucionaría la existente, pero de modo inadecuado.

16. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES

La clasificación de las acciones tiene como propósito agruparlas en especies con la finalidad de facilitar su comprensión e identificar el régimen legal correspondiente. En realidad, la acción, entendida como derecho a la jurisdicción, no se clasifica. Si se examinan perfunctoriamente, se observa que las clasificaciones se refieren ya sea a los efectos de la acción, a la sentencia que busca el demandante, al pedido o incluso a la posibilidad de que la acción sea propuesta separadamente o que quede dependiente a otra.

La doctrina hace referencia a acciones cognitivas y ejecutivas (o ejecutorias), aunque esto no se relaciona a la acción en sí misma (capítulo V, n.º 5). Asimismo, se mencionan a las acciones declarativas (o de declaración), condenatorias, constitutivas y de mandato atendiendo a la naturaleza de la sentencia solicitada. Las acciones principales, accesorias e incidentales son conceptos que no se refieren a la acción como tal, que

siempre es el derecho a la jurisdicción, sino a su autonomía. Por su parte, la infrecuente distinción entre acciones de jurisdicción contenciosa y acciones de jurisdicción voluntaria toma en cuenta la actividad reclamada ante el Poder Judicial (capítulo II, n.º 2).

El Código de Proceso Civil nombra diversas acciones —v. gr., acción de consignación en pago, acciones posesorias, acción de rendición de cuentas—. Estas se refieren, específicamente, al objeto del pedido formulado por el demandante. Lo mismo ocurre con las leyes especiales que regulan, por ejemplo, la acción de desalojo, la acción de alimentos, la acción discriminatoria o cuando la propia Constitución aborda la acción popular o la acción civil pública.

El Código deja claro, en los artículos 46 y 47, que las llamadas acciones reales y acciones personales se fundamentan en derechos reales y en derechos personales, respectivamente. Es decir: en el primer caso se trata de acciones que buscan la tutela de un derecho sobre la cosa; en cambio, en el segundo se refiere a aquellas que exigen el cumplimiento de una obligación contra una persona.

No se pretende afirmar aquí que estas clasificaciones sean erróneas. Solo se destaca que estas no se relacionan con la esencia de la acción judicial, sino con aspectos de su existencia, ya que consideran los efectos que derivan de ella, el modo de ejercerla, el contenido del pedido o incluso el tipo de jurisdicción que suscita.

17. ACCIÓN, DEMANDA Y DENUNCIA

La acción, como se sabe y ya se ha visto, es el derecho a la jurisdicción. Este derecho se ejerce acudiendo al proceso casi siempre mediante una petición escrita, denominada *petición inicial*, redactada con la observancia de los requisitos enumerados en la ley (CPC artículos 106, I, 319, 320, 798, 305 y 720).

El acto por el cual se ejerce el derecho de acción, es decir, el acto mediante el cual el demandante presenta su postulación en el proceso interponiendo la acción, se llama *demanda* (*demandare* ‘encomendar, confiar o entregar’). Cabe destacar que el derecho de acción es otorgado por el derecho objetivo contenido en la Constitución y en las normas pertinentes. La norma de derecho objetivo otorga a las personas el derecho de promover una acción. En consecuencia, les concede un poder de accionar (o facultad de accionar) que constituye un derecho subjetivo.

Este derecho subjetivo se ejerce mediante la comparecencia ante un órgano del Poder Judicial y la presentación de un pedido, en definitiva, a través de la interposición de la acción. El acto que materializa este derecho es la *demanda*, de la cual se puede decir que consiste en la interposición de la acción. Según el artículo 312 del Código de Proceso Civil, la acción se considera interpuesta en el momento en que la petición inicial es presentada, aunque solo producirá efectos respecto al demandado después de la citación. La distribución de demandas se realiza de manera alternada y aleatoria para evitar que un juez quede sobrecargado con más procesos que otro, respetando el principio de la igualdad (artículo 285). Donde hay más de un juez se procederá a la distribución por sorteo para que el demandante no influya en la elección del órgano judicial, observándose, como es lógico, un sistema de compensación.

Aunque el término «demanda» tiene, en sentido técnico, el significado anteriormente señalado, también se utiliza, por metonimia, en lugar de acción. De allí que se empleen los vocablos *demandante* y *demandado* en lugar de actor y reo.

Excepcionalmente, el derecho permite que la demanda sea ejercida verbalmente sin necesidad de una petición inicial escrita. Por ejemplo, es lo que ocurre con la acción de alimentos cuando es propuesta por un defensor designado por el juez, quien, de acuerdo al § 1.º del artículo 3 de la Ley 5.478, del 25/07/1968, puede interponer la demanda oralmente, compareciendo ante un funcionario. Esta última persona estará

encargada de convertir el pedido en un documento escrito, considerándose un término (*término*¹² es la documentación de un acto judicial por el funcionario).

También se puede proponer oralmente la demanda cuando se litiga ante el Juzgado Especial Civil (JEC), regulado por la Ley 9.099, del 26/09/1995. No obstante, el pedido será formalizado por escrito por la secretaría del órgano (artículo 14 y § 3.º).

Además de cumplir con los otros requisitos de ley, la petición inicial formulará un pedido, después de exponer la causa de pedir, representada por los hechos y fundamentos jurídicos (n.º 10, *supra*). La parte de la petición inicial integrada por los hechos y fundamentos jurídicos y por el pedido recibe el nombre técnico, poco utilizado en la jurisdicción civil, de *libelo* (*libellus*, de *liber* ‘libro’ —‘pequeño libro, billete, registro’ y, por extensión, ‘queja escrita’—)¹³ o denuncia.

18. ACCIÓN Y EXCEPCIÓN

El demandado también invoca la jurisdicción en su favor cuando es llamado al proceso como resultado de una demanda interpuesta en su contra o cuando comparece espontáneamente. Ejerce un derecho de contenido idéntico al de la acción, porque, al igual que esta, el demandado pide la jurisdicción del Estado. Este derecho tiene el nombre de *excepción*

¹² Nota del traductor. Hemos optado por traducir el vocablo *termo* del portugués al español como *término*, ya que sería su traducción literal y debido a que no existe un vocablo que represente el mismo sentido en el español.

¹³ Nota del traductor. Hemos optado por traducir el vocablo *libelo* del portugués al español en su traducción literal: *libelo*. Esta palabra también existe en el español, aunque es poco usada y se refiere a un escrito que ataca o denigra a alguien o algo, también hace alusión a un libro pequeño; sin embargo, en español no tiene un sentido jurídico a diferencia del uso que puede tener como acusación en la práctica jurídica en el derecho brasileño. A pesar de lo mencionado, hemos optado por traducirlo literalmente, ya que no existe una palabra similar, aunque podría traducirse también como denuncia.

(del latín *exceptio*, de *excipere* ‘poner a un lado o excluir’: mediante la excepción el demandado busca excluir el pedido del demandante en el sentido de que el órgano judicial no lo considere o no lo acoja).

En la excepción se distinguen, normalmente, dos elementos: la *resistencia al pedido del demandante* y los *fundamentos de esta resistencia*; sin embargo, estos elementos no son esenciales a la excepción. El demandado puede, pura y simplemente, reconocer la fundabilidad del pedido del demandante (CPC, artículo 487, III, *a*) y aun así habrá excepción, porque, incluso en este caso, estará invocando la prestación jurisdiccional en su favor (esto es, para obtener el efecto deseado: el acogimiento del pedido respecto de la cual el juez atenderá o no de conformidad a si encuentran satisfechos los requisitos para su concesión).

En la excepción se concreta la contrapartida del derecho de acción. La acción difiere de la excepción, porque se ejerce en primer lugar. No obstante, cabe señalar que la palabra excepción es equívoca también en la procesalística, empleándose en el sentido ahora expuesto y también con el significado de cualquier defensa planteada por el demandado (v. gr., si el demandante le cobra una cantidad y este, además de otras defensas, afirma que ya pagó está oponiendo una excepción de pago) o incluso por el demandante, en réplica al demandado (v. gr., el recibo de un pago presentado es falso). Se trata, además, de una cuestión específica con objetivo propio que será tratada más adelante (capítulo VII, n.º 3).

CAPÍTULO IV

COMPETENCIA

Sumario: 1. Jurisdicción y competencia.— 2. Competencia internacional e interna.— 3. Determinación de la competencia.— 4. Criterios de distribución de la competencia.— 5. *Perpetuatio jurisdictionis* y modificaciones de la competencia.— 6. Incompetencia absoluta y relativa.— 7. Asunción de competencia

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Habiendo comprendido la jurisdicción en su contenido y determinado que es un derecho a invocarla, corresponde establecer ante cuál Poder Judicial, entre tantos existentes en el mundo entero, debe interponerse la demanda y ante cuál de sus diversos órganos debe presentarse.

Imaginemos un grupo primitivo en el que todos los poderes de gobierno están concentrados en la persona del jefe. Este, por sí mismo, dicta la conducta de las personas, ejecuta o manda ejecutar actos determinados y administra la justicia. Todos los poderes son encarnados y ejercidos por él; sin embargo, a medida que el grupo va aumentando, tanto por el crecimiento de la población como por la práctica de actividades más complejas, el jefe ya no es suficiente para ejercer las funciones del poder. Por ello, delega estas funciones —todas o algunas, incluyendo las de prevenir o resolver los conflictos— a una persona de su confianza.

Con el crecimiento del grupo, surge la necesidad de dividir la jurisdicción. Dos personas pasan a ejercerla, asignándose a cada una competencias específicas. Cuando estas ya no son suficientes para atender las

necesidades de componer las litis, que son las más frecuentes, se convocan a otras personas, y así sucesivamente, hasta que se distinga en el grupo social un conjunto de personas con la misma función.

Para racionalizar las actividades de los miembros de este conjunto: unos se ocupan de determinados conflictos, mientras que otros se encargan de litigios de otra naturaleza. Esta multiplicación de los encargados de juzgar exige la delimitación precisa del poder de cada juzgador. Así, es posible que la autoridad puede asignar a cada uno de ellos el ejercicio de determinado aspecto de la función, valiéndose de distintos criterios: uno decidirá los conflictos entre los habitantes del margen izquierdo del río; otro, entre los del margen derecho; aquel otro sobre las desavenencias entre habitantes de diferentes márgenes. Asimismo, podría ocurrir que se asigne al primero en la delegación para que se ocupe de las disputas sobre la división de las cosechas; el segundo, sobre las que conciernen al uso de la tierra y las aguas; y el tercero de las divergencias entre familiares. Es posible que al miembro más anciano, dotado de aquel «saber hecho solo de experiencia», que Camões vio en el *Velho do Restelo*, reciba el encargo de revisar las decisiones de los demás cuando las personas en conflicto no se conformen con estas.

La rudimentaria ilustración que se acaba de ofrecer expone dos realidades. La primera: cada una de las personas señaladas ejerce la misma función, juzgar litigios; la segunda: cada una de ellas desempeña su oficio, de manera limitada, dentro de sus atribuciones. A todas les corresponde el ejercicio de la jurisdicción, pero no en su totalidad, sino únicamente *competiéndoles* solo desempeñar la porción que les ha sido asignada.

El ámbito en el que el Poder Judicial de cada país, y dentro de este, cada uno de los órganos que lo componen, ejerce la jurisdicción se denomina *competencia* (del latín *competentia* proporción, ‘simetría’, de *competere* ‘competir con otro, buscar al mismo tiempo, converger en el mismo punto’). Cuando se afirma que la competencia corresponde a la medida

de la jurisdicción se quiere decir que la competencia es una porción, es decir, un segmento de esta.

El Poder Judicial comprende varios órganos en el que cada uno está constituido por una o más personas. La misión de juzgar se distribuye entre estos órganos (juzgados o tribunales) y sus integrantes (los jueces) debido a la necesidad de organizarse racionalmente la administración de la justicia. La misma necesidad que lleva a la repartición de tareas entre los habitantes o empleados de una casa, o entre los jugadores de un equipo de fútbol —en el que todos juegan, pero con atribuciones específicas para algunos miembros del equipo (por ejemplo, solo el arquero puede coger la pelota con las manos), o para algunos, pero no a todos (como los zagueros que defienden y los delanteros que atacan)— explica la distribución de la función jurisdiccional entre órganos y personas distintas.

La *organización de tareas y racionalización del trabajo* constituyen las razones determinantes de la competencia para su mejor aprovechamiento: la repartición de la misma función entre personas u órganos. Asimismo, se suele emplear *jurisdicción* en lugar de *competencia*, como cuando se dice que la demanda distribuida al juez civil se encuentra fuera de la jurisdicción de los jueces criminales.

Si se examina objetivamente, la competencia es el ámbito de actuación de cada órgano jurisdiccional. Desde el punto de vista del órgano, la competencia es la porción del poder de juzgar que el órgano posee. La competencia no solo delimita la jurisdicción, sino que también define el alcance del ejercicio de la función de cualquier órgano o persona.

El artículo 21 de la Constitución Federal establece, al enumerar sus poderes, que: «Corresponde a la Unión...». El artículo 52 de la Carta comienza señalando que: «Corresponde exclusivamente al Senado Federal...», mientras que en el artículo 84 se regula las competencias del Presidente de la República. Asimismo, en la carta magna, sin emplear el

sustantivo, se declara las funciones que competen al Ministerio Público en el artículo 129.

Es en vano que algunos pretendan reservar el vocablo *competencia* para los órganos del Poder Judicial, sugiriendo en su lugar el uso del vocablo *atribución* para designar el ámbito de actuación de los otros poderes. La propia Constitución Federal (artículo 105, I, *d* y *g*) alude al conflicto de competencia entre tribunales y a conflictos de atribuciones entre autoridades administrativas y judiciales; sin embargo, el uso amplio de la palabra competencia, así como del vocablo jurisdicción, ya se ha consolidado debido a su uso extenso e indistinto sin que esto cause ningún inconveniente.

2. COMPETENCIA INTERNACIONAL E INTERNA

La jurisdicción y, por consiguiente, la competencia son atributos de la soberanía del Estado. A nadie le parecerá extraño la afirmación de que un juez brasileño no puede juzgar una acción de desalojo de un inmueble situado en Tokio, propuesta por un súbdito japonés contra otro.

La ley define la competencia del Poder Judicial de cada Estado para ejercer la jurisdicción respecto a la competencia idéntica de los demás Estados soberanos. Se llama internacional a la competencia de un Estado soberano frente a la de todos los demás. Los Estados establecen regímenes de cooperación por los cuales unos reconocen las decisiones judiciales de los otros. Como resultado, dichas decisiones son integradas en los respectivos ordenamientos jurídicos para que tengan eficacia mediante un sistema de homologación de sentencias extranjeras (CF, artículo 105, I, *í*; CPC, artículos 960 a 965).

En los casos en que un Estado no admita la jurisdicción de otro, se dice que la competencia internacional es absoluta o excluyente. Conforme al artículo 23, I, II y III del Código de Proceso Civil, solamente la

autoridad judicial brasileña, «con exclusión de cualquier otra», puede conocer las demandas relativas a inmuebles situados en Brasil (admitir lo contrario sería abdicar de la soberanía brasileña respecto al territorio nacional), proceder a la confirmación de un testamento particular, así como al inventario y partición de bienes situados en Brasil, aunque el causante de la herencia sea de nacionalidad extranjera o tenga domicilio fuera del territorio nacional (a las razones determinantes de esta primera norma se suman, en este caso, las de protección a los brasileños y otras de naturaleza tributaria). Asimismo, en los casos de divorcio, separación judicial o disolución de unión estable, la autoridad judicial brasileña, con exclusión de cualquier otra, puede proceder a la partición de bienes situados en Brasil, aunque el titular sea de nacionalidad extranjera o tenga domicilio fuera del territorio nacional.

La competencia internacional es relativa o concurrente respecto de las demandas cuyo juzgamiento realizado por un Poder Judicial extranjero es aceptado en Brasil, siempre que se cumplan los requisitos para su recepción en el orden jurídico interno. Los artículos 21 y 22 del Código de Proceso Civil establecen esta competencia sin declararla exclusiva (como en los casos del artículo 23). La jurisdicción brasileña será competente: cuando el demandado esté domiciliado en Brasil, cuando la obligación deba ser cumplida aquí, cuando la demanda está fundada en un hecho ocurrido o en un acto practicado en este país, en los casos de las demandas de alimentos en las que el acreedor tenga domicilio o residencia en Brasil, o si el demandado tuviera vínculos en el país, en las acciones de consumo en las que el consumidor tenga domicilio o residencia en el país y, por último, cuando las partes hayan elegido a la jurisdiccional nacional como la competente.

Los propios artículos 21 al 23, al declarar los casos en los que el Poder Judicial brasileño puede ejercer la jurisdicción, tratan sobre la competencia interna, es decir, determinan las situaciones en las cuales una demanda puede ser interpuesta en Brasil. El ejemplo ofrecido anteriormente de una acción de desalojo en Japón no se encuadra en ninguna

de las previsiones legales. Debido a que un Estado soberano no puede imponer sus decisiones a otro, el juez brasileño, en los casos de incompetencia internacional del Poder Judicial nacional, emitirá una sentencia terminativa en la que se niega a apreciar el mérito de la demanda en lugar de remitirla a la justicia de otro país, salvo en la eventualidad de un tratado que le permita esta remisión.

Habiendo tratado el tema de la competencia del Poder Judicial de Brasil, corresponderá determinar cuál de sus órganos podrá ejercer la jurisdicción en un caso concreto. La respuesta exige el conocimiento de los criterios de distribución de la competencia.

3. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

Chiovenda concibió un método de determinación de la competencia mediante distintos criterios, bien explicados por Moacyr Amaral Santos, fallecido ministro del Supremo Tribunal Federal y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, cuya obra didáctica presta importantes servicios al aprendizaje de la materia versada, a nivel de introducción, en este libro.¹

Cabe señalar que la competencia es materia estrictamente de derecho y resulta siempre de una determinación legal. El derecho establece el ámbito en el cual cada órgano judicial ejercerá la jurisdicción: bien se encuentra alguna norma que determine que cierto órgano ejerza la jurisdicción o, en su ausencia, se producirá el fenómeno de su incompetencia.

Esta determinación podrá ser realizada incluso por exclusión o mediante una norma que, al definir la competencia específica de cierto juz-

¹ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Saraiva, São Paulo, 3 vols. Sobre la competencia, ver el vol. 1, capítulos XIX al XXIV.

gado, deje implícitamente la competencia remanente al otro. Por ejemplo, imaginemos que en una comarca² existen solo dos juzgados civiles. Si la ley dispusiera que en aquella división judicial el primer juzgado solamente juzgará demandas relativas al arrendamiento, se desprende de manera implícita, pero inequívoca, que las demás demandas civiles que se distribuyan en la comarca se asignarán al segundo juzgado.

La primera indagación que se debe hacer frente a una demanda es la siguiente: ¿a qué órgano judicial la ley le atribuye competencia para juzgarla? Todo juez, después de que se establezca que no hay motivo de naturaleza personal que le impida el ejercicio de la jurisdicción (v. gr., si es hermano del demandante o demandado, o si existe una razón personal que afecte su imparcialidad —CPC, artículos 144 y 145 y § 1.º—), tiene competencia (salvo excepciones, véase el n.º 6 de este capítulo) para decidir sobre su competencia.

Se denomina *principio de la competencia sobre la competencia* al precepto que faculta al juez evaluar y decidir sobre su poder de ejercicio de la jurisdicción en una determinada demanda o en un requerimiento de naturaleza voluntaria.

La fuente de la competencia es siempre la norma jurídica. La competencia debe definirse de conformidad con las reglas encontradas en la Constitución Federal y en las constituciones de las unidades federativas, en el Estatuto de la Magistratura, en el Código de Proceso Civil, en las leyes que estructuran una determinada rama del Poder Judicial, en las leyes locales de organización judicial, en los reglamentos de cada tribunal y en cualquier otro acto emanado del órgano legalmente calificado para establecer competencias. La ley es la fuente de la competencia: o bien se establece expresamente el poder de un órgano para ejercer la jurisdicción o, en su ausencia, se presumirá su incompetencia.

² Nota del traductor. Una *comarca*, en el Derecho brasileño, es el territorio en el que un juez de primer grado ejerce su jurisdicción pudiendo comprender uno o más municipios dependiendo del tamaño y demanda de una región.

Obsérvese que estas diversas fuentes componen un sistema de distribución de la competencia y, por tanto, las normas sobre la competencia se deben interpretar sistemáticamente con respeto a la jerarquía normativa. El artículo 46 del Código de Proceso Civil establece que la demanda basada en un derecho personal o en un derecho real sobre muebles deberán ser interpuestas, como regla general, en el foro del domicilio del demandado.

Una vez establecida la naturaleza personal de la acción y localizado el domicilio del demandado en Vitória, se sabe que deberá presentarse la demanda en este lugar. Pero ¿dónde? ¿En un juzgado federal o estadual? Respondidas estas preguntas, queda aún por determinar en cuál de los muchos juzgados de la capital de Espírito Santo, que ejercen la jurisdicción civil, se interpondrá la demanda. Por sí solo, el Código de Proceso Civil no resuelve el problema. Para su solución se aplican otras leyes cuyas disposiciones se combinan con la regla del artículo 46.

Se concluye este acápite recordando que a veces dos o más jueces pueden declararse competentes o incompetentes para la misma demanda. Incluso puede surgir una controversia entre dos o más jueces sobre la acumulación o la separación de acciones. El Código de Proceso Civil llama a este fenómeno, en el artículo 66, como *conflicto de competencia* (positivo, negativo y mixto en cada una de las hipótesis referidas).

La Constitución de la República, en el artículo 102, I, *o*, y en el artículo 105, I, *d*, también le atribuye ese *nomen juris*, visiblemente más técnico que *conflicto de jurisdicción*, como aparecía, v. gr., en el artículo 802 del Código de Proceso Civil de 1939. Al conflicto entre un órgano del Poder Judicial y otro órgano no jurisdiccional (v. gr., cuando un juez y el Ministerio Público afirman o niegan, simultáneamente, su competencia para archivar un informe de investigación, que puede preceder a la acción civil pública conforme el § 1.º del artículo 9 de la Ley 7.347, del

24/07/1985) se denomina *conflicto de atribuciones*, como hace la Constitución en el artículo 105, I, g. Una vez que es iniciado el conflicto de competencia, o de atribuciones, su solución se convierte, evidentemente, en indispensable para la determinación del órgano que deberá actuar en un cierto caso.

4. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA

De conformidad con el método o sistema de Chiovenda, la competencia se establece de acuerdo con tres criterios: (i) el *criterio objetivo*, conforme al cual la competencia se determina (a) por la naturaleza de la materia tratada en la demanda, (b) por las partes en el litigio y (c) por el valor de la causa; (ii) el *criterio territorial*; y (iii) el *criterio funcional*. Examinemos brevemente cada uno de ellos, observando que no se trata de criterios que se excluyan mutuamente. Todos estos criterios concurren para la determinación de la competencia de un órgano judicial.

El *criterio objetivo* se basa en aspectos de la propia demanda tal como se ha propuesto. Su primer elemento es la *naturaleza de la materia*. La competencia se fija considerándose la rama del derecho cuya aplicación se solicita. Se dice que la competencia es establecida *en razón de la materia* (*ratione materiae*) objeto de la jurisdicción reclamada. Por esta razón, las acciones penales y civiles se distribuyen a juzgados diferentes salvo que el mismo órgano judicial concentre la competencia para ejercer la jurisdicción en las dos áreas como sucede en las pequeñas comarcas; sin embargo, si hay varios jueces competentes para decidir en un mismo campo, acciones de naturaleza diversa (v. gr., en el ámbito de las acciones civiles: jueces de familia para acciones de separación, nulidad y anulación de matrimonio, tenencia de los hijos, investigación de la paternidad, alimentos; jueces de quiebra, para quiebras y recuperaciones; jueces de huérfanos y sucesiones para inventarios y particiones, listado de bienes y acciones relacionadas con testamentos), la competencia se distribuye en función de la materia.

Se puede hablar, indistintamente, de jueces o juzgados, aludiéndose en un caso al órgano (del 1.º Juzgado Civil, del 5.º Juzgado de Familia) y en otro caso al titular. Salvo las excepciones que trata el propio Código (v. gr. artículo 45), la competencia en razón de la materia es regulada por las normas de organización judicial.

El segundo elemento para determinar la competencia mediante el criterio objetivo es la *naturaleza de las partes* (demandante, demandado o un tercero que demande al lado de una de las partes, en lugar de una de ellas o incluso en contra ambas). La condición de parte puede determinar la competencia que en este caso también se fijará en razón de esta condición (*ratione personae*). Por ejemplo, si Mateus interpone una demanda contra Cecilia para obtener la declaración de falsedad de un documento, la competencia, considerando a las partes, será de la justicia ordinaria. No obstante, si la Unión Federal, en lugar de Mateus, propusiera la misma demanda contra Cecilia, la competencia sería de la justicia federal.

La Constitución, en su artículo 109, I, establece la competencia de los jueces federales para las demandas en las que la Unión, una entidad autárquica o una empresa pública federal tengan interés ya sea como demandantes, demandadas, asistentes u oponentes. La Ley 6956 del Estado de Río de Janeiro, del 13 de enero del 2015, que regula su organización y divisiones judiciales, indica, por ejemplo, en su artículo 44, los casos en que el juzgado competente será el de la Hacienda Pública. En estos casos, se percibe que la parte califica el juzgado, haciéndolo competente, no para recibir un tratamiento privilegiado, sino porque la especialización mejora la función.

El tercer elemento para determinar la competencia mediante el criterio objetivo es el *valor de la causa*. A toda causa será atribuida un valor cierto, aunque no tenga un contenido económico inmediatamente verificable (CPC, artículo 291). La competencia puede determinarse en función del valor (*ratione valoris*) de la causa. La Ley 9.099, del 26/09/1995,

sobre los Juzgados Especiales Civiles y Penales, ofrece una ilustración adecuada cuando, en el artículo 3, I, define las causas de menor complejidad y, por tanto, la competencia del órgano judicial que esta ley regula. Según esta norma, dichas causas son aquellas cuyo valor no exceda 40 veces el salario mínimo. El Código remite a las normas de organización judicial la regulación de la competencia en razón del valor (artículo 44).

El *criterio territorial* es un medio para determinar la competencia que toma en cuenta un lugar. Se trata de un criterio geográfico del cual el derecho se sirve, ampliamente, comenzando por la regla de los artículos 21 al 23 del Código de Proceso Civil.

El criterio territorial determina el lugar de la presentación de la demanda dentro del territorio nacional. Las normas legales que lo emplean recurren insistentemente a la palabra *foro* (como se observa en el CPC, el artículo 46 y sus párrafos: foro de domicilio del demandado y del demandante; el artículo 47: foro de situación de la cosa, del domicilio del demandado, o el de elección; el artículo 48, párrafo único, I: foro de la situación de los bienes; los artículos 51 y 52: foro del domicilio del demandado; el artículo 53 y sus incisos: foro del guardián del hijo incapaz, del último domicilio de la pareja y del domicilio o residencia del alimentista, foro del lugar de la sede de la persona jurídica o del lugar del acto o del hecho para la acción; los artículos 62 y 63: foro de elección).

Cabe señalar que la palabra *foro* procede de *fores* ‘puerta de la casa’ y que dio origen a *forum*, un lugar externo, público, más allá de la puerta, donde se trataban asuntos públicos. En consecuencia, *forum* designa el lugar de las actividades públicas, incluida la administración de justicia. De este étimo proviene el vernáculo *foro* que se utiliza para referirse tanto al edificio donde funcionan los órganos judiciales como la porción territorial en cuyo ámbito un juzgado puede ejercer la jurisdicción. Cuando se dice que la demanda será interpuesta en un determinado foro, como en los abundantes ejemplos ofrecidos, se señala que será distribuida al

juzgado competente para ejercer la jurisdicción en esa porción territorial, es decir, en ese lugar.

Para fines de la administración de justicia, los Estados miembros de la Unión se dividen en *comarcas* (del germánico *marka* ‘país, frontera o lugar’) en las cuales funcionan uno o más juzgados. El artículo 110 de la Constitución, para fines de determinar la competencia territorial de los jueces federales, divide el país en secciones correspondientes a cada Estado y al Distrito Federal, fijándoles la sede en la respectiva capital, pero declarando que la ley ubicará los respectivos juzgados.

Desde la antigua Roma, un haz (*fascēs*) de varas con una hoja de hacha simbolizaba la autoridad de los magistrados. Así, la *vara* se convirtió en el símbolo de la autoridad judicial (conducir a alguien bajo la vara significa conducirlo bajo la autoridad de un juez, por orden suya). Con el paso del tiempo, el término vara pasó a designar al juzgado.³

Si la demanda se interpone en el foro del domicilio del demandado, como establece, por ejemplo, el *encabezado* del artículo 46, será presentada ante uno de los juzgados de la comarca estadual o de la sección judicial federal donde se encuentre su domicilio. No se puede interponer la demanda sin saber el lugar donde será propuesta, el cual está definido, en lo que respecta a la jurisdicción civil, en las normas de los artículos 46 al 53 del Código de Proceso Civil. No está excluida la posibilidad de que también sea definido por una ley especial, como el Decreto Ley 413, del 09/01/1969 que al tratar sobre la cobranza de títulos de crédito industrial, señala en el artículo 41 § 8.º, que el foro competente para la cobranza de la cédula de crédito industrial será el de la plaza donde se realice el pago.

³ Nota del traductor. En la versión original en portugués, el autor utiliza la palabra *vara* para designar un juzgado en el que un juez ejerce sus funciones jurisdiccionales en primera instancia. Justamente, en este párrafo el autor explica el origen de dicha palabra; sin embargo, hemos optado por traducirlo como juzgado a lo largo del libro, ya que, en Latinoamérica, en países donde se habla el castellano, no se utiliza la palabra vara para designar a un juzgado.

Asimismo, se establece la competencia mediante el *criterio funcional* que toma en consideración la posibilidad de que la función sea ejercida por un juez o juzgado determinado entre aquellos que comparten la misma competencia territorial.

La ley puede establecer, por ejemplo, que dentro de los juzgados civiles de cierta comarca solo un determinado número juzgue las acciones posesorias. Obsérvese que el territorio es el mismo y que la materia tratada en la demanda es civil, idéntica en su género a otras demandas distribuidas a otros órganos; no obstante, la ley establece que estas demandas se distribuyan a ciertos juzgados (v. gr., si hay 20 juzgados civiles en la comarca, pero solo el 1.º y el 2.º juzgarán las acciones posesorias), «por el hecho de ser más fácil o más eficaz su función», en palabras de Chiovenda. Dicho autor se consideraba a sí mismo el introductor de la denominación y del concepto de *competencia funcional* en la literatura italiana,⁴ una rica fuente de la doctrina de los procesalistas brasileños y de la vigente legislación.

La demanda no es necesariamente juzgada por el mismo juez que recibió la demanda. Los jueces se suceden en una causa, en una misma instancia, por diversas razones (v. gr., promoción, transferencia, vacaciones, jubilación o fallecimiento). También se denomina como funcional a la competencia de distintos jueces para intervenir en una misma causa ya sea dentro del mismo grado de jurisdicción o en un grado superior cuando el proceso avanza por efecto de los recursos (véase el capítulo VIII).

Es importante reiterar la observación que los criterios expuestos no se excluyen entre sí, sino que componen, en conjunto, un sistema armónico de determinación de la competencia. La naturaleza de este libro permite ilustrar con un ejemplo aplicable también, por cierto, en cual-

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Op. cit., vol. 2, p. 187.

quier obra doctrinaria. ¿Dónde debe Ester interponer una acción de nulidad del contrato de prestación de servicios contra Tomás, cuyo valor supera los 40 salarios mínimos, alegando que su firma en el documento es falsa?

Se trata, indudablemente, de una acción personal, ya que el pedido no tiene por objeto una cosa, sino una relación jurídica obligacional (en este caso, la inexistencia de dicha relación). El artículo 46 del Código de Proceso Civil responde: en el foro del domicilio del demandado. Si el demandado estuviera domiciliado en la ciudad de Río de Janeiro, la competencia corresponderá a la justicia estadual, dado que la naturaleza de las partes no califica para la justicia federal. ¿Ante cuál juzgado? Dado que la materia es civil, será en uno de los juzgados civiles conforme al Código de Organización y División Judiciales del Estado de Río de Janeiro. Si la demanda es distribuida al 1.º Juzgado Civil y el juez titular que presidió la audiencia se jubila al día siguiente antes de que haya emitido la sentencia, su sucesor juzgará la demanda.

En este ejemplo, los tres criterios para la determinación de la competencia son aplicables. El domicilio del demandado (*criterio territorial*) llevó a la demandante a interponer la demanda en Río de Janeiro. En cuanto al *criterio objetivo*: la naturaleza de las partes, como personas privadas, determinó la competencia de la justicia estadual, ya que no existía un factor que justificara el planteamiento de la demanda ante la Justicia Federal (CF, artículo 109). De acuerdo a la materia, regida por el Derecho Civil, se establece la competencia de uno de los juzgados civiles de la comarca de Río y, además, el valor de la causa, superior a 40 salarios mínimos, excluye la competencia del Juzgado Especial Civil (artículo 3, I de la Ley 9.099/95).

Si se presentara un recurso contra la sentencia, la materia haría que se remita el caso al Tribunal de Justicia de Estado. En el Tribunal de Justicia, la competencia funcional hará que el recurso sea asignado a una

cámara —que, en dicha corte, es el órgano encargado de juzgar los recursos interpuestos contra las sentencias—. Asimismo, nuevamente debido a la materia, el recurso será asignado a una *cámara civil* y no penal. En este proceso, participarán tres jueces de apelación de los cinco integrantes del órgano, definidos conforme la norma reglamentaria (una vez más, se aplica el criterio funcional).

5. *PERPETUATIO JURISDICTIONIS* Y MODIFICACIONES DE LA COMPETENCIA

El artículo 43 contiene la siguiente norma:

Se determina la competencia en el momento del registro o de la distribución de la demanda, siendo irrelevantes las modificaciones del estado de hecho o de derecho ocurridas posteriormente, salvo que se supriman al órgano judicial o que alteren la competencia absoluta.

El principio según el cual la competencia se determina en el momento de la presentación de la demanda (artículo 312) y permanece inalterable frente ante modificaciones posteriores de hecho o de derecho, salvo las excepciones previstas en la ley, se denomina *perpetuatio jurisdictiones* (perpetuación de la jurisdicción, la palabra jurisdicción es utilizada en su acepción de competencia).

Por tanto, si se presenta una acción personal en el foro del domicilio del demandado (artículo 46), un cambio posterior de su domicilio no trasladará la acción que permanecerá en el juzgado donde fue propuesta; sin embargo, la competencia del órgano judicial se verá alterada, y la acción deberá transferirse a otro juzgado, si el juzgado es desactivado (v. gr., una nueva ley de organización judicial que elimina los juzgados de quiebra), si la competencia es modificada en razón de la materia (v. gr., una ley, sin prever la competencia residual, crea juzgados especializados para acciones previamente distribuidas a juzgados comunes) o por razón de jerarquía (v. gr., una norma posterior que suprime la competencia

recursal de las cámaras civiles de un tribunal en relación a ciertas materias y que delega para el juzgamiento de un órgano especial de la misma corte).

La competencia del órgano judicial se consolida a través de su *prevención*, que constituye la fijación de la competencia de un determinado juzgado entre los varios juzgados que podrían juzgar la demanda (por ejemplo, si en una comarca hay cinco juzgados de familia y todos tienen la misma competencia, es mediante la prevención que se delimita cuál de ellos será competente).

La prevención respecto de la demanda principal atrae a las demandas accesorias (CPC, artículos 61 y 194 § 1.º), incluso si la presentación de la accesoria ocurre antes que la principal, como en el caso de las tutelas provisionales antecedentes (artículos 299 y 383), en cuyo caso se produce el fenómeno de la *prevención anticipada*. Según el artículo 240 del Código de Proceso Civil, la citación válida del demandado o su comparecencia espontánea (artículo 239 § 1.º), que la sustituye, previene la competencia con la salvedad de lo que se indicará aún en este acápite de la exposición sobre el artículo 59.

Una vez establecida la competencia, esta puede modificarse no solo en los casos previstos del artículo 43, sino también por conexión o continencia (artículo 54). Si entre dos demandas, distribuidas a juzgados distintos, conforme a los criterios de determinación de la competencia, existe conexión o continencia, ambas deben ser acumuladas en uno de ellos.

Sin embargo, si solo uno de los juzgados es competente por razón de la materia (competencia relativa) y el otro no lo es, la acumulación no procederá (CPC, artículo 54, por exclusión). En este caso, un juzgado esperará el juzgamiento del otro (artículo 313, v, *a*) por cierto tiempo (artículo 313 § 4.º). Si se han vencido los plazos previstos en el § 4.º y

no se ha emitido una decisión, el propio juzgado resolverá la materia, pero solo a efectos de emitir su propio juzgamiento (artículo 313 § 5.º).

Cuando exista conexión o continencia entre dos o más demandas se reunirán en el juzgado que prevenga que será aquel ante el cual se distribuyó la primera demanda (CPC, artículo 59).

Las partes no pueden modificar convencionalmente la competencia en razón de la materia y de la jerarquía debido a su inderogabilidad (como sucedería si pactaran que una demanda de competencia de un juzgado de familia fuera juzgada en un juzgado civil, o que un recurso destinado por ley al Tribunal Regional Federal fuera tramitado por el Tribunal de Justicia).⁵

Así lo dispone el artículo 62 del Código de Proceso Civil; sin embargo, el artículo 63 y su § 1.º permiten que las partes, a través de un documento escrito respecto a un negocio jurídico determinado, modifiquen la competencia en razón del valor y del territorio, eligiendo el foro donde se propondrán las demandas derivadas de derechos y obligaciones. De este modo, conforme a las condiciones del § 1.º del artículo 63, las partes pueden acordar pactar válidamente que la demanda sea distribuida a otro juzgado, incluso cuando la ley determine la competencia territorial de un órgano judicial o le fije la competencia en razón del valor de la causa. En consecuencia, las partes podrán escoger el foro donde irán a litigar, lo que se conoce como foro de elección (de *electio* ‘elección’, de *eligere* ‘recoger, llevar, tomar’, de *e* ‘de’ y *legere* ‘juntar o recoger’).

Si el juzgado se declara incompetente, la competencia del órgano judicial al que se distribuyó la demanda también se modifica. De igual forma, se modifica la competencia funcional del juez en cuanto persona

⁵ En algunas ocasiones ocurre que en demandas en las que la Unión Federal es demandante o demandada o tenga interés directo en la litis, y por no existir una sección judicial federal en algunas de las comarcas del interior de los estados, la demanda es juzgada por el juez singular común y, posteriormente, destinada al tribunal regional federal de la respectiva región.

si se produce la declaración de su impedimento (artículo 144) o de su sospecha (artículo 145). En este caso, la competencia del órgano judicial se mantiene, salvo que la ley de organización judicial disponga la transferencia de la demanda a otro juzgado. La preservación de la competencia puede configurarse si el impedimento o la sospecha afectan al único juez de la comarca. Por lo tanto, no sería práctico que su sustituto, proveniente de la comarca vecina, deba trasladarse para atender la demanda ni que se designe otro juez solamente para tratar dicho caso.

En lugar de modificarse la competencia de un juzgado, esta puede extenderse más allá de los límites territoriales de su comarca cuando el inmueble sobre el cual versa la demanda se encuentre situado en más de una comarca ya sea dentro del mismo Estado o en otro. Esta interpretación se deriva del artículo 60 del Código de Proceso Civil.

Aunque dicho artículo se refiera correctamente a la prevención, que opera mediante la distribución de la demanda (artículo 59), el fenómeno al que alude se conoce como prórroga. La prórroga también se configura cuando la pérdida de la competencia personal del juez o del juzgado depende de que una de las partes la alegue. Un ejemplo es el caso del artículo 145 en el cual la sospecha de parcialidad solo se presume fundada, y en la hipótesis del artículo 64, el cual será tratado en el siguiente acápite cuando la parte deja de requerir la declaración de dicha pérdida.

6. INCOMPETENCIA ABSOLUTA Y RELATIVA

Se concluye esta breve exposición con dos comentarios sobre el fenómeno de la *incompetencia* que resulta de la fijación de la competencia con violación de cualquiera de los criterios que la determinan.

La incompetencia relativa se configura cuando al fijar la competencia se viola solamente el criterio territorial, el criterio de determinación por el valor o ambos al mismo tiempo. El Código no considera que la

transgresión de uno o ambos de estos criterios sea una anomalía suficiente para comprometer la jurisdicción tanto que en el artículo 63 les permite a las partes modificar la competencia en razón del valor y del territorio.

Por esta razón, la declaración de incompetencia relativa depende de la iniciativa de una parte o de un tercero. El juez no puede declararla de oficio, es decir, independientemente de un requerimiento (artículo 64). Si bien la declaración de sospecha (artículo 145 y § 1.º) determina la modificación de la competencia funcional del juez como persona, su falta de alegación, en la forma y en el plazo de la ley, también elimina la presunción de sospecha (artículo 65). Por consiguiente, tanto la incompetencia relativa, que resulta del incumplimiento al criterio territorial o al del valor, como la competencia funcional que resulta de la sospecha del juez son prorrogables.

Se configura la *incompetencia absoluta* cuando al determinar la competencia se viola el criterio objetivo, con relación a las partes, la materia, o el criterio funcional, salvo en lo que concierne a la sospecha (no al impedimento —artículo 144— que aparta al juez del proceso). La violación de la competencia en función de la jerarquía constituye una modalidad de violación del criterio funcional. Este también se transgrede si, habiendo continencia o conexión entre las demandas, no se remitiera al juez que previene la demanda tramitada en otro juzgado. Este último será incompetente por la prevención del primero.

La incompetencia absoluta constituye un defecto insubsanable, porque, según el criterio político de la ley, priva a las partes de la garantía de justicia. Por ello puede ser alegada en cualquier momento y grado de la jurisdicción, y debe ser declarada de oficio (artículo 64 § 1.º). Así, por ejemplo, si Diva interpuso contra Edson una demanda de disolución de sociedad de hecho derivada de un concubinato y la presentó ante un juzgado de familia, suponiendo que la materia se rige por normas de esa rama del Derecho Civil, el juez de familia debe, incluso sin que se lo

soliciten, remitir la demanda a un juzgado civil. Este juzgado deberá juzgar el pedido de conformidad con las normas del derecho de las obligaciones.

Una sentencia emitida por un juez absolutamente incompetente está viciada de tal modo que el Código de Proceso Civil permite su anulación como se explica en el capítulo IX, n.º 6 de este libro.

7. ASUNCIÓN DE COMPETENCIA

Asumir (de *ad sumere* ‘tomar para sí’) significa convocar o llamar para sí como ocurre cuando alguien atrae para sí la responsabilidad por una acción o una omisión. El Código de Proceso Civil de 2015 introdujo en el derecho procesal civil positivo, mediante la creación de un incidente regulado en el capítulo III del título I del libro III (artículo 947), el instituto de la asunción de competencia.

Esta institución está seguramente inspirada en el *writ of certiorari* del derecho común por el cual una corte puede asumir la competencia para juzgar un caso de repercusión general. En el artículo mencionado, la norma establece que es admisible la asunción de competencia «cuando el juzgamiento del recurso, de la remisión necesaria o del proceso de competencia originaria involucre una cuestión de derecho relevante con gran repercusión social y sin repetición en múltiples procesos». Se observa, por la última parte del *encabezado* del artículo 947, que la asunción de competencia es excluida cuando es aplicable el Incidente de Resolución de Demandas Repetitivas regulado en el artículo 976 y ss.

Como se deduce del *encabezado*, solo se admite el instituto como un incidente dentro del trámite del recurso, de la remisión necesaria o del proceso de competencia originaria y no en los otros casos. Esta limitación restringe el ámbito del incidente. Sería mejor que, al igual que en el

desaparecido avocamiento de la Constitución de 1969, el Tribunal pudiera asumir el juzgamiento de procesos que cumplan con los requisitos de admisibilidad del instituto.

Los cuatro párrafos del artículo 947 regulan el procedimiento del incidente de asunción de competencia, pero sus presupuestos se encuentran en el *encabezado*. Como se señala allí, dicho incidente solo procede si existe una causa que sea una cuestión de derecho relevante cuya solución produzca una repercusión social y pueda extenderse a hipótesis semejantes.

Cuando el § 3.º del artículo 947 establece que la sentencia colegiada emitida en la asunción vinculará todos los juzgados, jueces y órganos fraccionarios debe interpretarse en el sentido de que dicha vinculación se aplicará a los jueces de los órganos fraccionarios sometidos al tribunal que decida el incidente.

Además, del § 4.º del mismo artículo 947 —el único que regula específicamente la asunción— se desprende que esta también procede cuando ante la configuración de una cuestión de derecho relevante resulte conveniente prevenir o solucionar divergencias entre cámaras o secciones del tribunal, así como entre secciones. En este punto, la asunción hace recordar al recurso de revisión del CPC de 1939 (artículo 853). Finalmente, obsérvese que no cabe recurso contra la decisión que ordena el inicio del incidente, sino solo contra las decisiones que apliquen lo decidido en él.

CAPÍTULO V

EL PROCESO

Sumario: 1. Concepto y función del proceso judicial.— 2. Naturaleza jurídica.— 3. Sujetos del proceso.— 4. Los terceros.— 5. Especies del proceso civil contencioso.— 6. El proceso de conocimiento.— 7. El proceso de ejecución.— 8. El proceso cautelar.— 9. El proceso de jurisdicción voluntaria.— 10. Principios procesales.— 11. El derecho procesal civil y sus normas

1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL PROCESO JUDICIAL

Para prepararme un café, que tomé antes de iniciar este capítulo, usé el *proceso* más simple: puse un poco de agua en la tetera, la llevé al fuego y después la vertí, hirviendo, en una taza en la que había colocado dos cucharaditas de café soluble y tres gotas de edulcorante. Practiqué, por tanto, una secuencia de actos. Estos actos reunidos sirvieron como instrumento de mi voluntad para obtener un resultado: el cafecito que me estimula al trabajo. Dije que usé un *proceso* porque ese es el vocablo que se emplea, en la lengua que hablo, para designar al conjunto de actos sucesivos, practicados ordenadamente, con el fin de alcanzar un resultado.

La etimología del sustantivo *proceso* revela su significado: *pro* ‘hacia adelante’ y *cedere* ‘caminar’. En esto consiste cualquier proceso: actos ordenados que se practican sucesivamente de modo que al ocaso del anterior le siga el alba del posterior hasta que se alcance un objetivo. Si hablo, para no salir del ejemplo, del *proceso de hacer café* no estoy aludiendo a un

acto aislado como poner agua en la tetera o el polvo en la taza, ni a solo dos o tres actos, sino de la reunión de todos estos.

Se practican actos ordenados y sucesivos para hacer actuar a la jurisdicción que previene o resuelve los conflictos sociales, o administra intereses sociales de relevancia. La suma de todos estos actos constituye el proceso judicial que es, como claramente se observa, el medio o el método por el cual el Estado ejerce la jurisdicción, administrando justicia. En consecuencia, el proceso es, invariablemente, un instrumento de la jurisdicción.

En el proceso judicial conviven dos realidades que la doctrina procesal contemporánea identifica como *microproceso* y *macroproceso*. Desde el punto de vista de los litigantes o del solicitante de la jurisdicción voluntaria, el proceso es el medio para obtener un acto de autoridad del Estado destinado a prevenir o cesar el conflicto, o a tutelar un interés socialmente relevante. Cuando Gustavo y Miguel se enfrentan en un juicio, estos ven al proceso como un instrumento para alcanzar la satisfacción de su propia pretensión. A simple vista, así se entiende al proceso. Y aquí se encuentra el microproceso, esto es, la realidad procesal considerada a la vista de los intereses inmediatamente en juego.

No obstante, el proceso trasciende el interés de las personas directamente involucradas, debido a que es un instrumento de pacificación social. Su función no solo es devolver la paz al grupo, sino también sirve como un método pedagógico, pues a través del proceso el Estado enseña a los justiciables a cumplir el derecho. Si lo contemplamos desde el ángulo del interés social, el proceso es un macroproceso debido a la amplitud de sus resultados.

Los litigantes, sin percibirlo, al luchar por sus intereses que resultan minúsculos en comparación con los valores sociales superiores, contribuyen a la realización de la paz y la admirable labor de creación del derecho que se materializa a través de la decisión judicial.

Ya he comenzado un ensayo titulado: «O Caçador de Esmeraldas e o Processo Judicial» en el que comparo la aventura de las partes en el proceso con la de Fernão Dias Paes Leme, cantada en el majestuoso poema de Olavo Bilac. «Y mientras ibas soñando tu sueño egoísta,/Tu pie, como el de un dios, fecundaba el desierto!».¹ Al igual que en la epopeya del abanderado, mientras las partes contienden en la búsqueda de sus objetivos, el proceso realiza el milagro de la actuación del derecho como un sistema de adaptación del hombre al grupo, interpretando, aplicando y actualizando las normas de conformidad con las necesidades sociales.

En una conferencia en la Facultad de Derecho de París, en 1949, Eduardo Couture retrató la función del proceso afirmando que este atiende simultáneamente a un fin privado y público. Es privado en lo que respecta a las partes, porque hace cesar un conflicto. No obstante, junto al interés de los contendientes, el proceso tiene una finalidad de interés público consistente en garantizar la efectividad integral del derecho. Es un instrumento de producción jurídica y un mecanismo continuo de aplicación del derecho que se materializa positivamente en las sentencias judiciales, las cuales solo pueden dictarse a través del proceso. Este, a su vez, preserva la *lex continuitatis* del derecho.²

Mientras el proceso se entendía únicamente desde la perspectiva del interés de los litigantes —como ocurrió en Europa hasta la sexta década del siglo XIX y en Brasil hasta mediados del siglo XX—, se consideraba, bajo una fuerte influencia romana, como un negocio de las partes. En esta concepción radica la visión privatística del proceso; sin embargo, una vez que se identifica el predominio del interés social en el proceso, prevaleció la concepción publicista de este como un instrumento para el ejercicio de una de las funciones del Estado. Por tanto, el proceso está regido por

¹ Nota del traductor. La versión del texto original en portugués es la siguiente: «E enquanto ias, sonhando o teu sonho egoísta, / Teu pé, como o de um deus, fecundava o deserto».

² Recomiendo, con toda insistencia, la lectura de las conferencias de Couture en París, reunidas en su magnífico libro *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, Rio de Janeiro, Konfino, s/d (excelente traducción de Mozart Victor Russomano). El fragmento citado se encuentra en la p. 67 de la tercera edición.

normas y principios de interés público que dejan poco espacio para que las partes dispongan sobre él según su voluntad, como sucede en los negocios comunes de naturaleza privada.

La idea de un proceso concebido como un duelo —un enfrentamiento entre las partes desarrollado según las reglas que estas establecen, con asistencia del juez que sentencia al final— dio paso a la concepción publicista. Según esta nueva visión, el proceso es una relación entre las personas y el Estado, el cual sustituye la voluntad de los contendientes por la suya siempre con el propósito de actuar el derecho en la búsqueda de la realización de su más alto objetivo: la paz social.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Las obras doctrinarias documentan los esfuerzos de los procesalistas para establecer la naturaleza jurídica del proceso. En la literatura procesal brasileña se destaca un libro de lectura obligatoria para quienes desean seguir las etapas de la evolución científica: *A Relação Processual Penal*,³ de Hélio Tornaghi, catedrático de la materia en la antigua Facultad Nacional de Derecho de la Universidad de Brasil. Este autor se distinguió por su destreza en el dominio tanto del proceso civil como del proceso penal, así como por su estilo de envidiable claridad y rigor técnico.

Esta obra, que constituye un hito en el desarrollo de la ciencia procesal en el país, explica con minuciosidad y precisión, y de modo muy ameno, las concepciones más importantes sobre el proceso judicial, recopiladas directamente de las fuentes por el autor, quien las enriqueció con una valiosa contribución personal. Dentro de los estrechos límites de una obra introductoria, me referiré únicamente al entendimiento predominante, aunque con la salvedad de que las elaboraciones sobre el tema han sido fecundas.

³ TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987.

A partir de la obra de Oskar von Bülow, publicada en 1868 y considerada una piedra fundamental de la procesalística, comenzó a consolidarse la teoría, hoy dominante, que el proceso es una *relación jurídica*, lo que define su verdadera naturaleza; sin embargo, esta concepción no excluye la posibilidad de ver el proceso, a lo largo de su desarrollo y mientras no se extinga, como una situación jurídica o como una institución jurídica de la cual se sirve el Estado para ejercer la jurisdicción. Las diferentes concepciones doctrinarias acaban por converger, lo que permite adoptar una posición ecléctica.

Se sabe que la relación jurídica es un vínculo entre personas regulado por el derecho. Existen innumerables vínculos que unen a los hombres, todos ellos irradiados por su humanidad, que fundamenta la declaración de Terêncio: «Soy hombre y nada de lo que interesa al hombre me es ajeno».⁴ El afecto, la simpatía, el ideal, los intereses y, paradójicamente, hasta las idiosincrasias y los rencores conectan a los hombres. Cuando este vínculo es regido por una regla de derecho, o varias, surge la relación jurídica. La palabra *relación* proviene directamente de *relatio*, cuyo origen es *relatus*, participio pasado de *referre*. Este verbo se forma a partir de *ferre* ‘llevar o traer’, más la partícula *re* (‘repetición’), lo que da a aquel verbo (*referre*) el sentido de llevar o traer de nuevo y a la palabra *relación* el sentido de ida y vuelta, de reciprocidad.

Como la jurisdicción solo se ejerce mediante iniciativa privada, el orden jurídico concede a cada persona la acción judicial, que es el derecho de invocarla. El ejercicio de la acción, mediante la demanda hace surgir no solo uno, sino varios vínculos que unen a ciertas personas en una relación reglada por el derecho. Esta relación jurídica, que surge a partir de la acción, constituye el proceso, el cual se instaura por iniciativa de la parte que reclama la prestación jurisdiccional (acción), pero se desarrolla por el interés social en la prevención o composición de la litis, o en la administración de intereses relevantes para el grupo.

⁴ Nota del traductor. La versión del texto original en portugués es la siguiente: «Sou homem e nada que interessa ao homem me é estranho»,

En consecuencia, el artículo 2 del Código de Proceso Civil establece: «El proceso comienza por iniciativa de la parte y se desarrolla por impulso oficial, salvo las excepciones previstas en la ley». Debido a que esta relación comprende una serie de actos encadenados y sucesivos orientados hacia un fin —la prestación de la función jurisdiccional del Estado— recibe el nombre de *proceso*, cuya etimología ya se examinó en el inicio de este capítulo.

El derecho eclesiástico se sirvió de esta palabra para designar la relación jurídica ahora examinada; en cambio, los romanos no la usaron, quienes solamente hablaban de *juicio* (*judicium* ‘juzgamiento’) y no de proceso.

Esta relación jurídica es instrumental, porque constituye el medio del que el Estado se vale para el ejercicio de la jurisdicción. Entre todos los medios disponibles para el juzgamiento (por ejemplo: el sorteo, la lucha corporal de los litigantes, la edad más avanzada, etc.), el proceso constituye el que más se aproxima a la perfección sin que ello implique que se pretenda insinuar que sea perfecto; por el contrario, el hombre proyecta en el proceso, creación de su ingenio, las imperfecciones que lo estigmatizan.

Como relación jurídica, el proceso es inmaterial; sin embargo, el mismo término también se utiliza para designar los *autos* (del latín *actus* ‘hecho’, de *agere* ‘actuar, hacer’, indicando lo que se ha hecho), es decir, al conjunto de hojas de papel que registran materialmente, por escrito, los actos constitutivos de la relación procesal, quedando así perpetuados. Cuando se dice que la demanda se encuentra en las fojas 2 a 15 del proceso se emplea el vocablo en esta última acepción. Por cierto, en Brasil también se llama al proceso como *feito* (todavía resuena en los corredores

forenses, v. gr., la expresión *juizados de los procesos de la Hacienda Pública*), y esta palabra viene de *factus*, participio de *facere* ‘hacer’.⁵

Me detengo en esta explicación, porque con cada nuevo salón compruebo que la mayoría de los alumnos nunca presenciaron un proceso judicial o, más específicamente, los autos de un proceso judicial. La praxis forense (es decir, la práctica que hace denominar *prácticos* a los que enseñan las costumbres del foro en la postulación y administración de justicia) usa indistintamente acción en lugar proceso y viceversa.

Por ejemplo, esto ocurre cuando se dice: *en los autos de la acción*, en realidad se quiere decir *en los autos del proceso que la acción hace surgir*. Del mismo modo, cuando se afirma que *fulano interpuso contra mengano un proceso de desalojo*, lo que realmente se pretende expresar es la interposición de una demanda en la que se formuló el pedido de desalojo. En consecuencia, los términos *acción, demanda, proceso, feito y autos* se desvían, a menudo, de su acepción precisa. No obstante, cometer el pecado de mezclar los vocablos no debería considerarse grave, ya que el lenguaje técnico también es lenguaje y conserva las figuras propias de la comunicación. Lo importante es conocer el significado de cada palabra.

Bülow fue pionero en la concepción del proceso como una relación jurídica, aunque se considere como precursor de esta teoría al filósofo Georg Hegel, a partir de su observación contenida en el § 222 de su libro *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (1821). Muchos autores, con los alemanes a la vanguardia, buscaron explicar esta relación de modos diferentes.

⁵ Nota del traductor. Hemos optado por mantener la palabra *feito*, ya que su traducción literal al español (hecho) no tendría sentido para hacer referencia al proceso. En el derecho brasileño y práctica judicial también se designa a los procesos o casos judiciales como *feito*. La expresión señalada por el autor en su idioma original es: «Varas dos feitos da Fazenda Pública». De tal forma, *varas* se traduce como ‘juizados’, mientras que *feitos* como ‘procesos’, en consecuencia, la traducción sería juzgados de los procesos de la Hacienda Pública.

En una obra introductoria como esta cabe referirse al menos a tres construcciones. En primer lugar, está la teoría de Joseph Kohler (para quien el proceso sería una relación de Derecho Privado establecida solamente entre el demandante y el demandado). En segundo lugar, se encuentra la teoría de Adolf Wach (para quien la relación jurídica se subdivide en un vínculo de Derecho Público entre cada una de las partes y el juez, y en un vínculo de Derecho Privado entre las partes —concepción triangular—). Por último, está la construcción de Julius von Planck y Korand Hellwig según los cuales el proceso es una relación angular en el cual hay un vínculo entre el demandante y el juez, y el otro entre el demandado y el juez. Según esta posición, ambos estarían sometidos a la jurisdicción del Estado que actúa para separarlos en el sentido de prohibir que uno someta al otro a su respectiva pretensión.

Me parece que la teoría sobre la relación triangular de Wach explica de manera más precisa la relación procesal, ya que las partes y el juez se encuentran recíproca y simultáneamente vinculados por derechos y deberes: la relación jurídica otorga al demandante y al demandado el derecho a la jurisdicción que invocan, el primero mediante la acción y el segundo mediante la excepción. Por su parte, el Estado es el deudor de este derecho y, a su vez, tiene el derecho de imponer su voluntad a los litigantes, quienes solo pueden acatarla como acto de autoridad estatal.

Las partes tienen el derecho de exigirse mutuamente el cumplimiento de las decisiones judiciales y una conducta compatible con la dignidad del proceso (v. gr., CPC, artículos 77 y 78), así como el deber correspondiente. Esta reciprocidad de derechos y deberes, que componen la relación jurídica procesal, se extiende a los demás sujetos del proceso de modo que cada uno es acreedor de todos y todos son deudores de cada uno.

El proceso civil contencioso constituye una relación jurídica que vincula a sus sujetos. Además, al proceso civil voluntario, en el cual también se identifican vínculos idénticos, no carece de la misma naturaleza.

3. SUJETOS DEL PROCESO

En la primera definición de la que se tiene registro, Búlgaro, profesor de la Facultad de Derecho de Boloña en el siglo XII, enseña que el *judicium* ('juicio, juzgamiento', como entonces se denominaba al proceso) es un acto que requiere de al menos tres personas: demandante, demandado y juez. Esta fórmula pasó a las fuentes cercanas del derecho brasileño. En las antiguas ordenanzas portuguesas se encuentra: «Tres personas son por derecho necesarias en cualquier juicio: un juez que juzga, un demandante que demanda y un demandado que se defienda».

Toda relación jurídica forma un vínculo entre personas. En el proceso también sucede así, pues este vincula personas entre las cuales se destacan como sujetos procesales, primarios o necesarios, siempre indispensables, el juez y las partes, demandante y demandado. El juez es determinado, ya que se conocen tanto el órgano jurisdiccional como sus integrantes. De igual manera, el demandante, de cuya iniciativa surge la relación procesal, se identifica al interponer la demanda. Por otra parte, aunque esto no suceda habitualmente, el demandado puede ser indeterminado o desconocido (CPC, artículo 259, III). Además, el Código reconoce la posibilidad de que no se sepa quién es el demandado o de que no pueda ser determinado cuando en el artículo 246, I prevé la citación por edicto (es decir, mediante una convocatoria publicada en un lugar accesible al público, en la sede del juzgado, y publicada en la prensa — artículo 257, II y III—) «cuando el citado sea desconocido o incierto».

Sobre el juez y las partes ya se ha tratado anteriormente (capítulos II, n.º 3, y III, n.º 4). Cabe recordar que cuando se alude al juez como sujeto de la relación procesal se hace referencia al órgano judicial ya sea unipersonal o colegiado. Así, mientras que en el proceso civil tramitado en primera instancia el juzgado es único, al pasar a un tribunal se convierte en colectivo y sus juzgamientos se realizan comúnmente con más de un magistrado.

El juez, como integrante de la relación procesal, evidentemente participa en ella, pero *no es parte* en sentido propio. Este sustantivo está reservado para designar, en un sentido estricto, al demandante y al demandado, o a los demandantes y demandados si hay litisconsorcio, y en una acepción más amplia al *tercero* (v. gr., artículo 996) tema que se abordará en el próximo acápite de este capítulo. La calidad de parte, en sentido procesal, solo se adquiere con la presencia en el proceso como advierte Calamandrei,⁶ independientemente de cualquier elemento extraprocesal.

Es importante reiterar que la parte en la litis no será necesariamente parte en el proceso, como ocurre en los casos de la *sustitución procesal* (capítulo III, n.º 6) o incluso cuando se interpone la demanda contra la persona equivocada. Quien se encuentre en el proceso como demandante, demandado o tercero será parte procesal; sin embargo, es más apropiado referirse al tercero mencionando su condición específica o designándolo por el *nomen juris* propio según el modo en que interviene (v. gr., asistente, oponente y litisdenunciado).

Otras innumerables personas intervienen en la relación procesal. No debe dejarse de recordar que los órganos jurisdiccionales auxiliares como los oficiales de justicia, el perito y los asistentes, el contador, el escribano, el escribiente ingresan en la relación para auxiliar al juez en el desarrollo de las múltiples actividades, las cuales por sí solo no podría gestionar.

El derecho creó una institución de capital importancia para la sociedad y para la consecución de los fines del Estado, otorgándole un relevante papel en el proceso judicial de cualquier naturaleza: el Ministerio Público que, conforme a los artículos 127 al 130 de la Constitución Federal, ejerce una de las funciones esenciales a la justicia. Una de las características del Ministerio Público o uno de sus principios institucionales, como señala el § 1.º del artículo 127 de la carta, es su *independencia*

⁶ CALAMANDREI, Piero. «Istituzioni di Diritto Processuale Civile». En *Opere Giuridiche*, vol. IV, Morano, Napoli, 1970, p. 422.

funcional. No está sometido a ninguno de los poderes del Estado cuando opera junto a ellos.

En el proceso civil, el Ministerio Público actúa, muchas veces, imparcialmente como fiscal de la ley, *custos legis* (*custos* ‘guardián, defensor’, *legis* ‘de la ley’). Esto ocurre en los casos en los que por la relevancia de los intereses en juego la ley considera necesaria su presencia destinada a garantizar mediante sus varias manifestaciones, llamadas *promociones*, el adecuado cumplimiento de las normas jurídicas. Aquí el órgano actúa como abogado de la norma, defensor de su integridad positiva (CF, artículo 129, II, III, IV), con independencia del interés de las partes.

No obstante, el Ministerio Público (MP) también actúa en beneficio de una parte cuando la ley considera necesaria su presencia en el proceso para representarla (estando prohibido que este órgano represente judicialmente a entidades públicas —CF, artículo 129, IX—) o para defender sus intereses, asistiéndola según las circunstancias particulares. En el cumplimiento de este encargo, el Ministerio Público es necesariamente parcial (CF, artículo 129, I, III, IV, V; CPC, artículos 177 y 178, II).

Cuando el MP interpone una demanda judicial se convierte en parte (en la terminología forense, la sigla MP se utiliza tanto para designar a la institución como a sus integrantes. Además, en el lenguaje coloquial ya ha surgido, de manera informal, el pintoresco sustantivo «emepeía», que es la forma femenina de MP reservada para las mujeres que actúan en el Ministerio Público).

Cuando interviene como *custos legis* o para proteger los intereses de una parte, que no representa, su función procesal se designa con el mismo nombre de la institución: *Ministerio Público*. Independientemente del rol que desempeñe en el proceso, el Ministerio Público siempre será un sujeto de la relación procesal.

El proceso judicial es una relación jurídica eminentemente técnica. Debido a la ausencia de formación jurídica, las partes carecen de condiciones para postular en el proceso la tutela de sus propios intereses. Si en muchas ocasiones no comprenden las normas aplicables a las situaciones sociales, mucho menos conseguirán entender el sentido de las reglas que regulan la jurisdicción. En consecuencia, las partes convocan a quien pueda representarlas en el proceso y que hablará por ellas de manera adecuada.

El *abogado* (de *advocatus*, de *ad* ‘junto a, cerca de’ más *vocatus* ‘llamado, convocado’), que ejerce una función esencial a la justicia (CF, artículo 133), es otro sujeto de la relación procesal al que le compete representar a las partes en el proceso. Con el fin de garantizar la amplia defensa de las personas que reclaman la jurisdicción civil, el artículo 103 del Código de Proceso Civil ordena, de manera perentoria: «La parte será representada en juicio por un abogado regularmente inscrito en la Orden de los Abogados del Brasil».

Solo es abogado quien posee habilitación legal, adquirida mediante la inscripción en la Orden de los Abogados de Brasil (Ley 8.906, del 04/07/1994, que regula el Estatuto de Abogacía y la Orden de los Abogados del Brasil, artículo 3). Las facultades de derecho no forman abogados, solo bachilleres. La condición de abogado es alcanzada solo después del ingreso en la lista de la Orden.

Sin abogado, la parte no puede postular en el proceso civil. Las leyes especiales (v. gr., artículo 9 de la Ley 9.099, del 26/09/1995, de los Juzgados Especiales, Civiles y Penales) admiten, excepcionalmente, que la parte postule en causa propia. El párrafo único del artículo 103 dispensa de abogado a la parte si esta tuviera habilitación legal, aunque la prudencia no lo recomiende, conforme a la verdad del viejo proverbio inglés: «quien es su propio abogado tiene por cliente a un tonto». Tal vez se podría decir, en lugar de tonto, «un apasionado» o demasiado temeroso,

o exageradamente audaz, pero siempre perturbado por la emoción, pésima consejera, que perjudica el entendimiento e impide una buena defensa. Debido a que el abogado es sujeto de la relación procesal, su ausencia compromete la validez y la eficacia del proceso.

No se puede olvidar a los practicantes, quienes también son sujetos del proceso en sus limitadas, pero estimables funciones.

Algunas partes disponen de representación especial en el proceso. La Unión Federal es representada en el proceso con los integrantes de su Abogacía General (CF, artículo 131), salvo en la ejecución de la deuda activa de naturaleza tributaria en cuyo caso es representada por la Procuraduría General de la Hacienda Nacional (CF, artículo 131 § 3.º). Los estados y el Distrito Federal están representados mediante sus procuradores (CF, artículo 132), al igual que los municipios si contaran con dicho cargo, y las entidades de la Administración indirecta. La defensa de los necesitados en el proceso se lleva a cabo a través de la Defensoría Pública (CF, artículo 134), salvo cuando no haya un defensor, quien será designado por la OAB o por el juez.

Todas las personas que, de algún modo, intervienen en el proceso se convierten en sujetos de la relación procesal, incluso el testigo que se pronuncia sobre los hechos ante el juez, o el cartero que entrega las citaciones e intimaciones cuando la ley las permite por vía postal. Al igual que en una orquesta en la cual desde el imponente violín hasta el humilde triángulo son instrumentos necesarios o útiles para crear una cautivadora armonía en los sonidos, en el proceso judicial desde el juez hasta quien cose con aguja e hilo las demandas y otras piezas en los autos, también todos desempeñan un papel fundamental. Esta actuación conjunta hace posible la jurisdicción que es el sustituto civilizado de la justicia privada y un instrumento de realización para la paz social.

Victor Nunes Leal, uno de los más grandes jueces del Supremo Tribunal Federal de todos los tiempos, acostumbraba recordar que cuando

Juscelino Kubitschek visitaba Brasilia, aún en construcción, preguntaba a los obreros qué estaban haciendo. Las respuestas eran específicas: colocando un ladrillo, levantando una pared o instalando una viga. Un día, el presidente le preguntó a un trabajador que excavaba profundamente la tierra donde se cimentarían los fundamentos del monumento más hermoso de la nueva ciudad: «¿Y tú qué haces ahí abajo?». La respuesta conmovió tanto a Juscelino que saltó a la excavación para abrazar al obrero: «Presidente, estoy construyendo una catedral». Es urgente que cada sujeto del proceso se comprometa con su función de constructor de catedrales.

4. LOS TERCEROS

Como consecuencia de que la vida en sociedad se compone de un conjunto indeterminado de relaciones regidas por el derecho, los conflictos sociales no se agotan en la divergencia entre los titulares de la pretensión y de la resistencia que se enfrentan. De algún modo, se acaban involucrando terceras personas que, no siendo los contendientes, son alcanzadas por la litis. Por ello mismo, la prestación jurisdiccional, en muchas ocasiones, trasciende el universo de los vínculos exclusivos entre el demandante y demandado y alcanza a otras personas. En consecuencia, el derecho admite que estas personas ingresen voluntariamente en la relación procesal o que sean convocadas para ser integradas, porque sufrirán inevitablemente las consecuencias de lo que se decida en ella, o porque la prevención o solución de la litis solo tendrá plena utilidad y eficacia si se extiende a ellas la prestación jurisdiccional.

Las personas que intervienen voluntariamente en el proceso o que son llamadas a ingresar en este se denominan *terceros*. Se les designa así porque no ocupan en la relación procesal la posición de demandante ni la de demandado; sin embargo, también se convierten en sus sujetos. Cabe realizar una salvedad: si el juez, al verificar que la eficacia del proceso exige la presencia de más de una persona en su polo activo o pasivo (litisconsorcio necesario), ordena el ingreso de la persona faltante. Esta

no comparecerá como tercero, sino en la posición de demandante o en la de demandado, conjuntamente con la otra u otras que ya se encuentran en esa situación.

Tal vez dos ejemplos contribuyan a esclarecer lo que acabo de exponer. En primer lugar: el subarrendamiento, como se sabe, es un contrato derivado del arrendamiento y está subordinado a este. El arrendatario utiliza la cosa en arrendamiento —v. gr., un inmueble— y la cede también en arrendamiento, en todo o en parte, a otra persona. Dado que lo accesorio sigue a lo principal si el arrendamiento se extingue, el subarrendamiento también lo hará (Ley 8.245, del 18/10/1991, de Arrendamiento, artículo 15). Así, si el arrendatario es demandado en una acción de desalojo, el subarrendatario tendrá interés en la victoria de este. De lo contrario, si se declara fundado el pedido de desalojo del arrendador, finalizará el arrendamiento y, por consiguiente, también se extinguirá el subarrendamiento.

Segundo ejemplo: Julio contrató a Enrique para la ejecución de una obra en su apartamento. Enrique, al actuar con impericia, causó daños a Gabriel. Como el artículo 932, III, del Código Civil hace al empleador o comitente responsable por la reparación de los perjuicios causados por sus empleados, servidores y dependientes, Gabriel presenta una demanda de indemnización contra Julio. Este último, demandado, quiere recuperar de Enrique lo que pagó a Gabriel conforme a lo dispuesto por el artículo 934 del Código Civil.

En el primer caso, el subarrendatario tiene interés jurídico en que la sentencia sea favorable al arrendatario, su subarrendador, porque de ello depende la subsistencia del subarrendamiento. En el segundo caso, Julio tiene interés en traer a Enrique al proceso para obtener de este lo que pagó a Gabriel. En una u otra hipótesis, la ley permite la intervención de los terceros (subarrendatario y Enrique, la primera es voluntaria; la segunda, forzada). En el primer caso, es de naturaleza voluntaria porque el tercero sufrirá la eficacia de la sentencia; en cambio, en la segunda es

forzada, porque la situación litigiosa solo cesará por completo si la prestación jurisdiccional se extiende a todos los involucrados. A grandes rasgos, esta es la razón por la cual se admite la intervención de terceros en el proceso.

Las principales modalidades de intervención de terceros son reguladas por el Código de Proceso Civil en los artículos 119 al 132. Estas son: la *asistencia*, en la cual se admite que el tercero litigue al lado de una parte cuando tenga interés jurídico en que la sentencia le sea favorable (artículos 119 a 124); la *denuncia de la litis* (artículos 125, donde se usa la palabra *litis* en su acepción de proceso), mediante la cual se convoca al proceso al tercero (denunciado) para que la sentencia emitida contra el denunciante declare su responsabilidad (en realidad, existen dos demandas y dos relaciones procesales formalmente reunidas en una sola: aquella en la que el denunciante es parte y la que este instaura contra el denunciado); y el *llamamiento al proceso* por el cual se convocan a coobligados con la finalidad de que la sentencia les declare su responsabilidad (artículo 130).

La *oposición* no constituye, rigurosamente, una modalidad de intervención de tercero, por ello, el Código de 2015 la retiró de esa categoría (artículo 682). Esta consiste en la demanda propuesta por un tercero cuando pretende, en todo o en parte, la cosa o el derecho sobre la que litigan el demandante y demandado. El tercero, llamado *oponente*, propone una demanda contra el demandante y demandado, que pasan a ser sus demandados como litisconsortes necesarios, formándose otra relación procesal paralelamente a la originaria. Así, por ejemplo, sería el caso de que Hilda y Amelia se disputen, en una demanda de la primera contra la segunda, la propiedad de un terreno, y Lucía, que reclama el inmueble para sí, presente contras las dos una *oposición* destinada a excluir la pretensión de ambas y satisfacer la suya.

La asistencia es una figura típica de la intervención de terceros y, por ello, el Código vigente prefirió distinguir la asistencia simple de la

litisconsorcial, a diferencia de los códigos anteriores que regulaban la asistencia junto con el litisconsorcio. Existen otros casos de intervención de terceros como el recurso del tercero perjudicado. Cabe señalar que el *tercero* solo adquiere la condición de integrante del proceso después de su intervención ya sea forzada (la denuncia de la litis, el llamamiento al proceso o el incidente de la desconsideración de la personalidad jurídica) o voluntaria (la asistencia y el recurso de tercero perjudicado) cuando se convierte en sujeto de la relación procesal.

5. ESPECIES DEL PROCESO CIVIL CONTENCIOSO

Se dice que el proceso civil es contencioso (del latín *contentiosus* ‘relativo a una disputa’; de *contentio* ‘esfuerzo, discusión’, proveniente de *contendere* ‘armar, luchar’) si se destina a prevenir o resolver una litis. Se le llama voluntario (*voluntarius*, de *voluntas* ‘voluntad’) o gracioso (*gratiosus* ‘que hace un favor, un obsequio’; de *gratia* ‘agrado, beneficio’. En consecuencia, aquello que no resulta de *contenda*, sino que depende solo de la voluntad de la parte) si se inicia para la mera administración de intereses que el derecho reputa socialmente relevantes.

Gran parte de la doctrina niega la existencia de un proceso si la jurisdicción es voluntaria. Por tanto, se reserva el vocablo para designar, exclusivamente, al instrumento de actuación de la jurisdicción contenciosa. No encuentro fundamento lógico para este entendimiento y volveré al asunto más adelante, en el acápite 9 de este capítulo.

El proceso civil contencioso se divide en tres especies: *proceso de conocimiento o cognitivo*, *proceso de ejecución, ejecutivo o ejecutorio*, y *proceso cautelar* («*tutela provisoria*»). Estas especies se presentan en los tres tópicos siguientes. Obsérvese, desde ya, que la clasificación de las acciones en cognitivas o de conocimiento, ejecutivas o ejecutorias, y cautelares no considera la acción en sí misma, sino la relación procesal que su presentación desencadena.

6. EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

La litis es un fenómeno social que ocurre dentro de un grupo lejos de la vista del Poder Judicial. Para que este pueda resolverla correctamente se hace necesario que el juez la conozca, esto es que la comprenda mediante un análisis de la pretensión y la resistencia que originan el conflicto. Cuando las partes, y también los terceros, someten sus pretensiones al juzgamiento de los jueces les presentan sus pleitos, exponiendo los hechos a los cuales atribuyen consecuencias jurídicas. Todo ello se realiza para que los jueces sean conscientes de un fenómeno social que hasta ese entonces ignoraban. En consecuencia, el proceso se desarrolla mediante la práctica de innumerables actos de postulación y de convencimiento al juzgado sobre la veracidad de los hechos cuya existencia se afirma o se niega. Se denomina *proceso de conocimiento* o *cognitivo* a la relación procesal en la cual se presenta la litis inminente o actual al juez para que con conocimiento de ella se prevenga o resuelva.

El juez juzga respecto a lo que toma conocimiento, pudiendo incluso emitir un juzgamiento sobre un conflicto diferente del real en el caso de que no coincida la verdad revelada en el proceso con la verdadera situación conflictiva tal como ocurre en el grupo social.

Después de que conoce la pretensión de las partes y de eventuales terceros intervinientes, el juez revela en el acto de juzgamiento su sentimiento acerca del derecho de cada uno. *Sentencia*, por cierto, es el acto de *sentir*. El juez puede incluso hasta equivocarse, como le sucede a los humanos. Este comete un *error de inteligencia* cuando entiende mal el proceso al no asimilar en su totalidad los elementos puestos bajo sus ojos. En cambio, el juez incurre en un *error de voluntad* cuando habiendo comprendido el proceso, no manifiesta en la sentencia su verdadero sentimiento, sino que lo distorsiona con el propósito de decidir a favor de una de las partes.

Por ejemplo, si en la demanda de Ricardo contra Horacio para el cobro de una deuda, el juez simplemente no advirtió la existencia de un documento que demostraba el pago y, en consecuencia, condenó al demandado, habría cometido un perdonable error de comprensión, que acredita su humanidad; sin embargo, el juez incurriría en pecado grave si habiendo visto el documento que acredita el pago de la deuda, fingiera ignorarlo o no le atribuyera la debida eficacia por estar guiado por el propósito de condenar al demandado a toda costa. En este caso, dicho juzgador estaría cometiendo un ignominioso error de voluntad que compromete definitivamente la integridad de quien ejerce una función que involucra el compromiso ineludible de juzgar con imparcialidad.

Muchos procesalistas dirán que el juez al dictar la sentencia hace actuar la voluntad concreta de la ley. Una vez concebida regla jurídica de modo abstracto y genérico, el juez la aplica al caso que se le presenta como si hubiera sido formulada para la solución de la controversia. Esta es la doctrina de Enrico Tullio Liebman, procesalista italiano y profesor en Milán, quien era un judío que se refugió de la persecución nazifascista en São Paulo durante la Segunda Guerra Mundial. Brasil le debe a dicho autor el movimiento de divulgación de la ciencia procesal europea a partir del cual se desarrolló la procesalística nacional. Su principal discípulo, Alfredo Buzaid, es el autor del Código de Proceso Civil de 1973 para el cual incorporó muchas de las enseñanzas recibidas de su maestro.

La doctrina de Liebman tiene más de ideología que de realidad. No se puede decir que en la sentencia el juez haga actuar, salvo en un plano idealista, la voluntad concreta de la ley, porque si fuera así dejaría de ser una sentencia como lo es el acto que aplica erróneamente el derecho. Aunque el juez deba hacer actuar la voluntad de la ley en la sentencia, esto no siempre ocurre. Por lo tanto, se debe ver la sentencia como un acto de la voluntad estatal de prevenir o componer la litis aun cuando se aplique erróneamente el derecho. Seguramente, se dirá que existen medios para oponerse al juzgamiento *injusto* (esto, es contrario al derecho).

Ciertamente, sí; sin embargo, no se puede impedir que el último de los juzgamientos sea también injusto.

La conclusión a la que llevan estas breves consideraciones, que representan un añadido a lo que se ha dicho, con ánimo didáctico en el capítulo I de este libro, es esta: el Estado, al asumir la función jurisdiccional, se obliga a aplicar el derecho. No obstante el juzgamiento de sus agentes, los jueces de todas las instancias no siempre alcanzan ese objetivo. A pesar de ello, el juzgamiento prevalece por la voluntad estatal de resolver la litis para atender la necesidad de pacificación del grupo social.

El proceso de conocimiento es el proceso por excelencia. Las otras dos especies, aunque sean autónomas, dependen en cierta medida de él. En estas especies se encuentran muchas de las instituciones de la primera y a ellas se aplican innumerables de sus principios y normas como, por cierto, proclama el párrafo único del artículo 771 del Código de Proceso Civil. Dicho artículo establece que al proceso de ejecución se aplican subsidiariamente las disposiciones que rigen el proceso de conocimiento. El mismo fenómeno ocurre con relación al proceso cautelar incluso en la ausencia de norma explícita.

La estructura del proceso cognitivo es eminentemente *dialéctica* (adjetivo del griego *dialektikós*, relativo a la dialéctica ‘arte de discutir y argumentar’), esto es, caracterizado por el debate, por la discusión o por la confrontación entre tesis y antítesis. Esta estructura comprende la demanda del demandante, la contestación del demandado (o, al menos, la oportunidad para que el demandado postule algún acto), la presentación de ambas partes de los medios de convencimiento de la verdad de lo que alegan, que el juez también puede buscar por su cuenta, y el juzgamiento del órgano judicial.

Cuando en el inciso LV del artículo 5, la Constitución Federal incluye entre los derechos y garantías fundamentales a la *amplia defensa* no se refiere solo a la prerrogativa del demandado de oponerse al pedido del

demandante, sino al derecho de las partes (demandante, demandado, tercero o Ministerio Público) de defender sus pretensiones, tanto es así que la norma constitucional alude correctamente a *los litigantes* y no solo a uno de estos.

Asimismo, cabe aclarar, por ser oportuno, que al incluir entre los mismos derechos y garantías fundamentales al debido proceso legal (artículo 5, LIV), la Constitución no solo ordena el respeto a las normas que rigen el proceso, sino exige la observancia de cualquiera de las normas jurídicas, las cuales deben aplicarse conforme a la voluntad que expresan: debido proceso legal es el adecuado proceso de actuación de cualquier norma jurídica.

7. EL PROCESO DE EJECUCIÓN

La sentencia puede imponer una obligación de pagar alguna suma, de dar alguna cosa cierta o incierta, de hacer algo o de una abstención de una práctica, como cuando se condena al demandado a pagar la cuantía de tantas unidades monetarias, a entregar el automóvil en su poder, o los 10 bueyes de cierta raza, a promover el cierre de una ventana indiscreta o a no llevar a cabo el inminente despojo de la posesión.

Una sentencia que impone una obligación se le denomina *condenatoria*. Frente a ella, el deudor de la obligación puede cumplirla espontáneamente o negarse a atender su mandato. En esta última hipótesis surgirá otra litis entre el acreedor y el obligado. Como consecuencia de que está prohibido el uso de la fuerza para la satisfacción de la pretensión que emerge de la sentencia, cuando a esta se opone una resistencia, y si no fuera viable la autocomposición, le restará al acreedor volver a dirigirse al Estado para reclamar la jurisdicción. En este caso, será para solicitar la satisfacción de su crédito reconocido en el acto decisorio. Una nueva demanda será interpuesta, casi siempre en los mismos autos del proceso del cual se emitió la sentencia. Se establecerá otra relación procesal. Está consistirá en los actos a ser practicados para asegurar el cumplimiento

del mandato transgredido y la consecuente satisfacción del derecho del acreedor.

Se llama *proceso de ejecución* a este proceso que se muestra autónomo y que es distinto de aquel en el que se dictó la sentencia a ser ejecutada. *Ejecución* proviene de *exsecutio*, y esta de *exsequi* ‘seguir hasta el final’ o ‘acabar’. La *acción ejecutiva, ejecutoria* o de ejecución inicia este proceso y tiene por presupuesto fáctico el incumplimiento del deudor conforme se lee en el artículo 786 del Código de Proceso Civil: «La ejecución puede ser iniciada en caso el deudor no satisfaga la obligación cierta, líquida y exigible contenida en el título ejecutivo».

Es momento de decir que la Ley 11.232, del 22/12/2005, añadió el capítulo x al título VIII del libro I del CPC de 1973 bajo el título «Cumplimiento de sentencia». Este capítulo trasladó al libro I de aquel Código el cumplimiento de la sentencia, estableciendo en su artículo 475-I que «el cumplimiento de la sentencia se realizará conforme a los artículos 461 y 461-A de esta Ley o tratándose de una obligación por cuantía cierta, por ejecución en los términos de los demás artículos de este capítulo».

No importa el lugar donde se encuentre, el cumplimiento de la sentencia no integra el proceso cognitivo. Es, por sus características, un proceso de ejecución como revela el contenido de las normas del aludido capítulo X. Por cierto, el artículo 475-R, que resulta de la mencionada Ley 11.232 regula que: «Se aplican subsidiariamente al cumplimiento de la sentencia en lo que corresponda las normas que rigen el proceso de ejecución de título extrajudicial».

Nótese que para promover el cumplimiento de la sentencia o la ejecución, el acreedor necesita estar en la situación jurídica de exigir el cumplimiento de la obligación. Esta situación jurídica, materializada en la sentencia condenatoria, se denomina *título, título ejecutivo* (del latín *titulus* ‘inscripción, rótulo, cartel o letrero’, que parece que proviene de *titus*,

una paloma brava y ruidosa que se exhibía por su parloteo). El título es el presupuesto legal de toda ejecución. Un título está relacionado a una situación jurídica como las mencionadas en el Código Civil artículos 1.238, 1.242 y 1.260; sin embargo, el vocablo se extiende a su expresión material. De este modo, se designa también como título a una escritura de compraventa, la certificación del registro inmobiliario o la sentencia que documenta el acto de jurisdicción. La situación jurídica legitimante del cumplimiento de la sentencia o de la ejecución se materializa en el título ejecutivo. En el artículo 515, el Código de Proceso Civil enumera los *títulos ejecutivos judiciales* que provienen de la función jurisdiccional del Estado.

Diversas razones de naturaleza política, vinculadas inicialmente a la necesidad de dar mayor rapidez a ciertos negocios mercantiles, llevaron al derecho a equiparar determinados créditos documentados por escrito con las sentencias condenatorias. Con ello, el derecho transformó estos documentos en título susceptibles de ejecución. Estos son los *títulos ejecutivos extrajudiciales*, porque no son creados en el proceso mediante una sentencia condenatoria, sino por la determinación de la ley sin que se admita su formación por la sola voluntad de las partes. Así, el Código de Proceso Civil enumera, en el artículo 784, los títulos que se ejecutan como si se tratasen de sentencias condenatorias (v. gr., la letra de cambio, la nota promisorio, el duplicado, la *debenture*, el cheque y el crédito garantizado por hipoteca), que están dispensadas de la actividad jurisdiccional de cognición, porque la ley los dota de eficacia ejecutiva.

El presupuesto jurídico del proceso de ejecución es el título ejecutivo judicial o extrajudicial. Por ello, con la claridad de la disposición del artículo 786 del Código de Proceso Civil se señala: «La ejecución puede ser iniciada en caso el deudor no satisfaga la obligación cierta, líquida y exigible materializada en el título ejecutivo». *Nulla executio sine titulo*.

En el proceso de ejecución no hay sentencia condenatoria, ya que la obligación ya consta en el título a ser ejecutado. Se realiza una verificación formal de la existencia del título y se emite una orden judicial al deudor para que cumpla con la obligación. En caso de incumplimiento, se llevan a cabo los actos necesarios para la satisfacción del derecho del acreedor independientemente de la voluntad del deudor.

Por ejemplo, se procede al embargo ejecutivo y a la venta de los bienes del deudor para pagarse el crédito de dinero con el respectivo producto obtenido; se entrega la cosa al acreedor incluso si es necesario retirarla del deudor o localizarla y aprehenderla; se obtiene la prestación de la obligación de hacer por un tercero cuando esto fuera posible, pero a costa del deudor; o se cobran los daños y perjuicios al deudor si incumplió la obligación de no hacer y no haya manera de restituir la situación al estado anterior.

Cabe preguntarse si el deudor queda en estado de indefensión, lo que sería un absurdo en casos como una sentencia condenatoria emitida en un proceso en el que no haya sido citado, o una nota promisorio con una supuesta firma suya que es falsa. El deudor sí tiene derecho de defensa, pero no la ejerce dentro del mismo proceso de ejecución, sino a través de una demanda denominada oposición del deudor mediante la cual buscará la declaración de ineficacia del título. La oposición inicia un proceso de conocimiento que es evidentemente accesorio al proceso de ejecución. Lo mismo se puede decir de la impugnación mencionada en el artículo 525 § 1.º.

En el proceso de ejecución, el Estado es parcial. Este se pone de lado del demandante de la acción ejecutiva, denominado acreedor o ejecutante para satisfacerle la pretensión crediticia, independientemente de la participación del demandado, deudor o ejecutado; sin embargo, esto no quiere decir que el proceso de ejecución o el cumplimiento de la sentencia se destinen a oprimir al demandado. En este se busca la satisfacción del derecho del ejecutante, que ya consta en el título, pero del modo

menos gravoso para el ejecutado (Código de Proceso Civil, artículo 805), que no siempre incumple la obligación con el deliberado propósito de dejarla insatisfecha.

Solo se ejecutan las sentencias declaradas como títulos ejecutivos judiciales por la ley (v. gr., CPC, artículo 515) o los títulos extrajudiciales a los que la norma expresamente atribuya esta condición (CPC, artículo 784).

Algunas veces, la sentencia no determina el objeto del título ni especifica su valor (v. gr., cuando se condena al demandado a reparar todos los daños pasados y futuros originados por el accidente, aunque sin declarar el monto; cuando se ordena el pago de la suma necesaria para la restauración del inmueble dañado sin indicar el valor respectivo; cuando se condena al deudor al pago de la suma cobrada con intereses, la actualización monetaria, honorarios del 10 % sobre la condena y el resarcimiento de los gastos procesales sin especificar la cuantía correspondiente). En estos casos, la sentencia será *ilíquida*.

Para determinar su alcance es necesario liquidarla ya sea mediante operaciones aritméticas, a través del arbitrio del juez o mediante la prueba de ciertos hechos (v. gr., la ocurrencia de un daño posterior a la sentencia, pero originado en el accidente). El Código establece el inicio de un proceso preparatorio a la ejecución, aunque de naturaleza cognitiva que es denominado *liquidación de la sentencia* (artículos 509 a 512).

Solo puede ser objeto de ejecución el título de la obligación que sea *líquida, cierta y exigible*. Así lo establece el artículo 783 del Código de Proceso Civil que es redundante, porque se refiere a la ejecución para la cobranza de un crédito cuando toda ejecución se dirige a la cobranza de un crédito en la acepción de esta palabra en el derecho de las obligaciones.

Respecto a los requisitos señalados, la liquidez consiste en la determinación del objeto del título. Por su parte, la certeza es el atributo de la existencia del título tal como la ley lo define (CPC, artículos 515 y 784, donde se establecen los títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales). Por último, la exigibilidad se manifiesta en la ausencia de un hecho impeditivo a la ejecución. En consecuencia, no es posible solicitar una prestación fuera del momento indicado en el título (v. gr., no se puede exigir el pago de la promisoría antes de la fecha de su vencimiento ni cabe pedir los frutos pendientes, concedidos en la sentencia, antes del momento propio para su solicitud).

El proceso de ejecución, así como el cumplimiento de la sentencia, solo concluye cuando se declara fundada definitivamente la impugnación o la oposición, con la consecuente declaración de ineficacia del título. Asimismo, dicho proceso podrá finalizar por la renuncia al crédito, mediante la composición entre el acreedor y el responsable, con la satisfacción de la obligación (CPC, artículo 924, I, II, III, IV y V) que no será plena si no hubiere un patrimonio suficiente del deudor.

La responsabilidad patrimonial rige el proceso de ejecución (artículo 789) en el sistema jurídico al que pertenece el brasileño (capítulo X, n.º 2). Esta responsabilidad dejó de ser corporal desde la aparición en Roma de la *Lex Poetelia Papiria* en el año 326 a. C. A pesar de ello, la prisión del deudor de alimentos está permitida por la Constitución (artículo 5, LXVII; CPC, artículo 528 § 3.º), aunque es considerada como inadecuada, vejatoria y obsoleta por la corriente doctrinaria a la que me adhiero. Esto se debe a que no constituye un mecanismo para satisfacer el derecho del acreedor, sino un medio muy excepcional de forzar al deudor al cumplimiento de la obligación.

El Código de Proceso Civil establece, en el artículo 925, que la extinción de la ejecución solo produce efecto cuando es declarada mediante sentencia. Por tanto, es infundada la suposición de que no hay sentencia en el proceso ejecutivo.

8. EL PROCESO CAUTELAR

El proceso civil contencioso se divide en tres partes. La primera, y sin duda la más compleja, corresponde al proceso de conocimiento. La segunda abarca el proceso de ejecución mediante el cual se hace efectiva la sentencia condenatoria independientemente de la voluntad del deudor. La tercera especie es el proceso cautelar el cual es tratado en este acápite.

Es importante comenzar con la observación de que el Código de Proceso Civil de 1973 reguló el proceso cautelar de manera autónoma en su libro III (artículos 796 a 889), mientras que el código vigente no le dedicó un libro, sino lo incluyó en el libro V de su Parte General bajo el título de «Tutela provisional».

Sin embargo, dado que la ubicación normativa no altera la naturaleza jurídica de las instituciones es necesario reconocer que la ley del 2015 no eliminó el proceso cautelar del derecho positivo —lo que sería imposible—, sino que lo reguló bajo otra denominación en el título indicado.

A pesar de ello, diversas disposiciones del libro V hacen referencia a medidas cautelares como se observa, v. gr., en el párrafo único del artículo 294, en el artículo 301 y en el título del capítulo III del mismo libro en el cual se señala que sus normas regulan el procedimiento de la tutela cautelar. Por tanto, las normas que regulan la tutela de urgencia se interpretan como reglas que materializan el proceso cautelar.

No obstante, cabe señalar que la tutela de evidencia, regulada en el título III del mismo libro (artículo 311), no forma parte de la jurisdicción cautelar, como se desprende de los incisos de este artículo. En realidad, como ya ha señalado, se trata «del adelantamiento del juzgamiento de la litis al momento mismo de este acto».

La morosidad en el proceso no es infrecuente y retrasa la prestación jurisdiccional tanto en el proceso de conocimiento como en el de ejecución. Esta demora obedece a múltiples factores desde la complejidad de la relación jurídica procesal desarrollada en innumerables actos hasta las condiciones, nunca ideales, de la administración de la justicia, especialmente precarias en el tercer mundo.

Una de las representaciones de Themis, la diosa de la justicia, ubicada en el Palais de Justice en París, la retrata con ojos vendados, sosteniendo la balanza y la espada, pero con el pie apoyado, de manera significativa, sobre una tortuga. La realidad, conocida y proclamada, es que la justicia demora y esto puede terminar frustrando la eficacia de la sentencia o perjudicando la ejecución. Como bien expresa el verso de Tomás Antônio Gonzaga, «la gloria que llega tarde, llega fría». Los procesalistas de todo el mundo luchan por dar *efectividad* al proceso, transformándolo en un instrumento de rápida resolución de la litis sin comprometer el ejercicio del derecho de defensa de las partes. Solo se alcanza esta meta conciliándose los ideales de seguridad y de celeridad, un desafío de difícil realización.

Imaginemos que Claudio y Afonso litiguen por la propiedad de una caja de vinos que está en poder del demandado. Para adornar estas líneas insípidas con un ejemplo literario, pensemos en una caja de *Romanée-Conti de 1858, o de Chambertin cosecha de 1861, sobre los cuales* Eça de Queiroz escribió, en *O Mandarin*, que «quien bebe la primera copa no dudará, para beber la segunda, en asesinar a su padre [...]».⁷

Puede ocurrir que en el momento en que la sentencia dicte que los vinos embriagantes pertenecen al demandante, el demandado ya los haya bebido. Por consiguiente, la pretensión del demandante no podría satisfacerse, salvo por la vía indirecta, e insatisfactoria, de la compensación

⁷ Nota del traductor. la versión original en portugués es la siguiente: «quem bebe o primeiro cálice não hesitará, para beber o segundo, em assassinar seu pai [...]».

monetaria. Además, no puede descartarse la posibilidad de que el demandado, sabiendo de la demanda futura, oculte las botellas o consuma el vino.

Este ejemplo evidencia la necesidad de proteger el bien, el derecho e incluso a la persona (piénsese en un niño cuyo padre, tras una separación, amenaza con sacarlo del país) que ya es parte de la decisión en un proceso judicial de conocimiento, o de la ejecución, con la finalidad de garantizarse la eficacia práctica de la jurisdicción contenciosa o incluso voluntaria.

Para satisfacer esta necesidad, el derecho creó, paralelamente al proceso cognitivo y ejecutivo, una tercera especie del proceso cuya formación también depende de la interposición de una demanda en la cual se formule un pedido pertinente. Aquí entra en juego la figura del *proceso cautelar*, cuyo adjetivo proviene, evidentemente, de *cantela* ‘cuidado, precaución’, de *cautus* ‘precavido, prudente, prevenido’, participio pasado de *cavere* ‘tener cuidado’ (*cave canem* ‘cuidado con el perro’, advierte la expresión latina).

El proceso cautelar se destina al ejercicio de la jurisdicción requerida para la obtención de una medida transitoria y urgente, capaz de resguardar una cosa, una persona, el derecho o el hecho que será objeto del proceso principal de conocimiento o de ejecución, asegurando así su eficacia.

Si existe la probabilidad de que el demandado destruya u oculte un bien como en el ejemplo de la caja de vinos; si un padre separado, en litigio con la madre por la custodia del menor, amenaza sacar al niño del país; si se solicita una pensión alimentos, pero es necesario atender de inmediato las necesidades del alimentado; si se pretende utilizar en el proceso la declaración de una persona cuya muerte se aproxima debido a su avanzada edad o a su estado de salud; si se busca documentar el estado ruinoso de un bien para repararla inmediatamente sin esperar la

sentencia de reparación de daños; o si el deudor de una nota promisoría a ser ejecutada está a punto de transferir sus bienes con el ánimo de excluirlos de la ejecución, en estos y muchos otros casos semejantes se solicita una medida cautelar cuya eficacia puede extenderse hasta la extinción del proceso principal.

Los presupuestos para la obtención de la tutela cautelar, es decir, de la protección transitoria solicitada son el *fumus boni juris* y *periculum in mora*.

El *fumus boni juris* significa, literalmente, el humo del buen derecho que se refiere a la probabilidad de que el derecho alegado por el demandante exista. Esta evaluación se realiza mediante una cognición superficial muy sumaria y sin una investigación profunda, basándose únicamente en lo que se vislumbra o percibe de manera parcial, sin una observación completa.

Por su parte, el *periculum in mora* (el peligro en la demora) se configura cuando la demora en la jurisdicción cognitiva o ejecutiva, derivada de la natural morosidad del proceso, genera un riesgo de un probable daño grave o de una reparación difícil o imposible.

Dos artículos del Código de Proceso Civil explican la esencia del proceso cautelar. Por un lado, el artículo 297 establece que el juez podrá determinar las medidas que considere adecuadas para garantizar la efectividad de la tutela provisional. Por otro lado, el artículo 305 exige la indicación de la litis y su fundamento, de la exposición sumaria del derecho que se busca proteger y del peligro de un daño o riesgo para el resultado útil del proceso.

Cabe resaltar que no es correcto suponer que el proceso cautelar solo se admite como un accesorio del proceso de conocimiento, ya que también se aplica para asegurar el resultado exitoso del proceso de ejecución. Las hipótesis del artículo 813 del Código anterior muestran que

la tutela de urgencia es aplicable en situaciones semejantes a las previstas en dicha norma.

Ante la posibilidad de que la parte, al tener conocimiento de la demanda cautelar, frustre sus objetivos y comprometa la eficacia de la medida (v. gr., haciendo desaparecer el bien que se quiere conservar, destruyendo el documento cuya custodia se pretende hasta que se declare su falsedad o autenticidad, o celebrando el acto jurídico cuya práctica se quiere evitar), procede la tutela de urgencia que puede otorgarse incluso de manera liminar (artículo 300 § 2.º). Es decir, puede ser concedida desde el inicio del proceso (*liminaris* ‘solera de puerta, entrada’) o después de adoptadas las medidas destinadas a la demostración de la necesidad de la providencia. Se concede la medida *inaudita altera parte*, sin oír a la otra parte, es decir, al demandado de la acción cautelar. En estos casos, se anticipa la medida cautelar.

Cabe señalar que el solicitante del pedido de tutela urgencia no será únicamente el demandante del proceso principal, sino también podría ser el demandado o incluso el tercero debido a que estos también pueden necesitar de la medida cautelar (v. gr., si el demandante de la acción reivindicatoria del bien inmueble ya se ha apoderado de la cosa, el demandado puede tener interés en que se mantenga en su estado actual hasta que se defina la propiedad. Asimismo, en el caso de un litisdenunciado que quiera oír la declaración de un testigo que se encuentra a punto de mudarse del país).

A diferencia de la cognitiva o ejecutiva, la jurisdicción cautelar puede ejercerse incluso sin la iniciativa o manifestación de las partes. Por ejemplo, esto ocurre cuando el juez ordena que el inventariante conserve en su poder suficientes bienes para pagar al acreedor cuyo crédito es discutido (artículo 643 y párrafo único) o cuando autoriza la venta de los bienes embargados en la ejecución si están sujetos a deterioro o depreciación (artículo 852, 1).

La solicitud de tutela de urgencia, como ya se ha dicho, es una demanda cautelar que puede presentarse antes del proceso principal de conocimiento o ejecución, así como durante su desarrollo, aunque siempre depende del principal. El juzgado competente para la tutela de urgencia será el mismo que corresponda a la demanda principal, sea futura o esté interpuesta. Si el proceso principal se encuentra en el tribunal por motivo de un recurso, la demanda cautelar se presenta ante el respectivo relator cuya decisión podrá ser impugnada mediante el agravo interno conforme al artículo 1.021.

La ley admite la concesión de providencias claramente cautelares dentro del proceso de conocimiento o de ejecución: se trata de cautelares *incorporadas* como la liminar en el proceso posesorio, de naturaleza cognitiva (CPC, artículo 562), el embargo ejecutivo (artículo 831) o el embargo cautelar (artículo 830) sobre los bienes del deudor en el proceso de ejecución.

Es oportuno hacer un comentario sobre el contenido del proceso cautelar, el menos estudiado de las tres especies del proceso civil contencioso. Entre las diversas doctrinas sobre el tema, conviene traer la doctrina de José Alberto dos Reis. Este espléndido procesalista, ya fallecido, fue catedrático de Proceso Civil de la Facultad de Derecho de la Universidade de Coimbra, y el principal arquitecto del Código de Proceso Civil portugués de 1939. Su vasta obra, notable por su profundidad y extrema claridad, ha sido difundida solo entre los especialistas brasileños, lamentablemente.

Dos Reis consideraba que el proceso cautelar implica una apreciación provisional de la relación litigiosa.⁸ En este proceso, el juez examina dicha relación bajo una cognición sumaria con el propósito de otorgar

⁸ DOS REIS, José Alberto. *A Figura do processo cautelar*. Porto Alegre, Ajuris, 1985, p. 25.

una medida transitoria y urgente destinada a garantizar la eficacia práctica de la prestación jurisdiccional en el proceso de conocimiento o en el de ejecución.

Cuando el proceso principal es de jurisdicción voluntaria no está excluida la posibilidad de una solicitud de tutela de urgencia preparatoria o incidental. De hecho, las enajenaciones judiciales previstas en el artículo 730 del Código de Proceso Civil constituyen medidas cautelares que tienen la misma naturaleza de las medidas a la que alude el artículo 739, III. Si surge la necesidad de una medida transitoria y urgente, ya sea antes del inicio del proceso de la jurisdicción graciosa o después de esta, procede la tutela de urgencia. En consecuencia, la tutela de urgencia puede presentarse en las jurisdicciones voluntaria y contenciosa.

La transitoriedad caracteriza a la tutela de urgencia que conserva su eficacia mientras esté pendiente el proceso principal, pero puede ser revocada o modificada en cualquier momento (CPC, artículo 296).

Sin embargo, en algunas ocasiones la medida de tutela de urgencia, incluso si es otorgada de manera liminar, puede prevenir o resolver la litis de modo definitivo. En estos casos, la doctrina afirma que la medida cautelar es *satisfactiva*, aunque me parece una mejor palabra el adjetivo *satisfactoria*.

Veamos un caso muy ilustrativo que llegó a mi conocimiento: en la víspera de una cirugía de las amígdalas, recomendada con toda urgencia por el médico, la mamá del menor, que lo acompañaba, informó al papá que prefería someterlo al tratamiento de una curandera. Con el respaldo de las declaraciones médicas que documentaban la apremiante necesidad de la intervención, el papá requirió al juez que ordene la entrega del niño con la finalidad de someterlo a la cirugía inaplazable. En este caso, una vez concedida la liminar y realizada la operación, el conflicto es solucionado.

Se presenta una hipótesis ontológicamente idéntica, por ejemplo, cuando un accionista obtiene del juez una orden que impide la celebración de una asamblea, que al demandante no le interesa si se realiza, pero que solamente no quiere que tenga lugar en la fecha de la convocatoria. Se observa que existen casos en los cuales mediante la tutela de urgencia se resuelve el conflicto sin necesidad del proceso principal.

Esto ocurre cuando se debe satisfacer lo que el inmenso James Goldschmidt, profesor de Berlín, llamó *necesidades primarias*,⁹ las cuales si no son atendidas de inmediato ya no se podrán atender de modo eficaz. En estas hipótesis, no es necesaria la presentación de la demanda principal. Por lo tanto, la sanción prevista en el artículo 302, III, conjuntamente con el artículo 309, I, del Código de Proceso Civil, no se aplica al solicitante del requerimiento de la tutela.

La composición definitiva de la litis no es extraña al proceso cautelar tal como está regulado en el derecho positivo brasileño. Tanto es así que el Código de Proceso Civil, en su artículo 310, permite al juez, por razones de economía procesal y utilidad de la jurisdicción, declarar la prescripción de la pretensión del demandante —lo que solo puede hacer a pedido del demandado de la cautelar— o la caducidad de su derecho, lo que se admite que se haga independientemente de la iniciativa de parte.

9. EL PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Ya se ha explicado la jurisdicción voluntaria como la administración de intereses sociales de relevancia entregada por la ley al Poder Judicial. Gran parte de la doctrina niega el carácter jurisdiccional a esta actividad. Yo mismo escribí, hace más de treinta años, en el opúsculo que dio origen a este libro:

⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Labor, 1936, p. 747.

La jurisdicción voluntaria, en rigor, no es jurisdicción, sino mera atribución que la ley hace a los órganos jurisdiccionales para administrar intereses de relevancia social como podría haber entregado a cualquier otro. De hecho, la llamada jurisdicción voluntaria ya se ejerció a través de órganos no jurisdiccionales.¹⁰

Según esta interpretación, la jurisdicción voluntaria se asemeja, en cierta medida, al ingenioso poema infantil «A casa» de Vinícius de Moraes: «Era una casa/muy divertida/no tenía techo/no tenía nada».¹¹ Aunque la llamen *jurisdicción* y se ejerza mediante la declaración del derecho, los doctos dicen que, en realidad, no se trata de una verdadera jurisdicción. Según esta mirada, existiría un derecho de invocarla, pero no se reclamaría a través de una demanda, sino a través de un *requerimiento* o *provocación*. Quien la interpone no sería un demandante, sino un *interesado*, y como tal jamás un demandado.

Asimismo, la persona contra quien se formula la solicitud no enfrentaría una sentencia, sino una *providencia* que nunca se obtiene, según esta doctrina, a través de un proceso, sino de un simple *procedimiento* como si pudiera existir un movimiento sin un objeto. Del mismo modo, no existiría una litis a pesar de que a una pretensión se le oponga una resistencia. Tampoco existiría una sentencia, sino una *providencia*. Léase el artículo 720 del Código de Proceso Civil y el esmero con el que el legislador profesa una fe en la interpretación expuesta:

El procedimiento tendrá inicio mediante provocación del interesado, del Ministerio Público o de la Defensoría a los que corresponde formular el pedido debidamente instruido con los documentos necesarios y con la indicación de la providencia judicial.

El artículo 721 se refiere a la citación de los *interesados*; sin embargo, el artículo 724 no sigue esta doctrina cuando alude a la *sentencia*.

¹⁰ BERMUDEZ, Sergio. Mi *Iniciação*, p. 21.

¹¹ Nota del traductor. La versión original en portugués es la siguiente: «Era uma casa/muito engraçada/não tinha teto/não tinha nada».

Reformulo mi entendimiento anterior y, adhiriéndome a Pontes de Miranda,¹² considero hoy que la jurisdicción voluntaria es una especie de función jurisdiccional del Estado invocada mediante una demanda, en ejercicio del derecho de acción, que da lugar a un proceso. Este proceso culmina con una sentencia que resuelve o previene una litis entre dos o más personas que participan como demandante y demandado, o al menos satisface a una pretensión.

El proceso de jurisdicción voluntaria posee características propias que no desvirtúan su naturaleza como relación jurídica. Será *lineal* cuando se establece solo entre el demandante y el juez como en los casos en que una persona natural pide el cambio de su nombre (artículos 56, 57 y 58 de la Ley 6.015, del 31/12/1973, que regula los registros públicos). En cambio, será *angular* cuando se formula el pedido contra una parte como en los casos de la interdicción (artículo 751).

Entre las particularidades del proceso de jurisdicción voluntaria se destacan la posibilidad de que no se destine necesariamente a la prevención o composición de una litis. Este será un caso en el que habrá una pura administración de un interés social relevante como, por ejemplo, en la homologación del divorcio o separación consensual de los cónyuges —artículo 731 y ss—.

Asimismo, otra particularidad radica en la dispensa de la obligación del juez de observar criterios de legalidad estricta, «pudiendo adoptar en cada caso la solución que considere más conveniente u oportuna» conforme lo establece el artículo 723, párrafo único, norma expresa que es necesaria para el juzgamiento por equidad (artículo 140, párrafo único). De este modo, el juez podrá adaptar la ley a las circunstancias específicas, atemperándola a la necesidad de atender la situación concreta del justiciable. Además, el juez podrá flexibilizar la rigurosidad de la norma

¹² Léase a Francisco Pontes de Miranda citado a partir de su exposición introductoria sobre los procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria en los *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, t. XVI, cuya primera edición es de 1977.

o construir una solución paralelamente a esta, pero sin ir en contra de su precepto (v. gr., en la separación consensual, la mujer decide retomar su apellido de soltera, pero los cónyuges solicitan que para atender las necesidades de un hijo menor con problemas emocionales ella conserve el apellido de casada durante cierto tiempo después del divorcio).

Equidad, aequitas en latín, proviene de *aequus*, de origen griego, que significa ‘razonable, conveniente o igual’. En un excelente estudio sobre la jurisdicción voluntaria, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, procesalista español a quien la hedionda dictadura de Franco obligó a refugiarse en México (al igual que a otro colega suyo, Santiago Sentís Melendo, quien se protegió en Argentina, donde desarrolló una fecunda actividad editorial de divulgación en lengua española de obras fundamentales de la procesalística), muestra que cada sistema de derecho positivo selecciona mediante criterios de conveniencia del legislador la materia objeto de la jurisdicción voluntaria.¹³

Por ello, no es raro encontrar que en un país se trate como un caso de jurisdicción voluntaria lo que en otro país se incluye en la jurisdicción contenciosa. Por ejemplo, en Brasil, el inventario quedó en el ámbito de esta última (CPC, artículo 610 y ss.), cuando en otras legislaciones se sitúa en la jurisdicción voluntaria. Por consiguiente, no existe un criterio seguro para delimitar la jurisdicción voluntaria sin que se contemple un determinado sistema de derecho positivo.

10. PRINCIPIOS PROCESALES

Como toda ciencia, el *procesalismo*, la ciencia del proceso, está regido por *principios* (de *princeps* ‘el principal’, palabra que es formada por *primus*, ‘el primero’ y *capere* ‘tomar, agarrar, coger’: aquello que toma primero, lo predominante). Muchos de estos principios han sido explícitamente

¹³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. «Premisas para determinar la naturaleza de la llamada jurisdicción voluntaria». En *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México D. F., Inst. Inv. Jurídicas, 1974, t. I, p. 115 y ss.).

transformados en normas legales. Otros se encuentran en ellas de modo implícito, y aún se desprenden otros dentro del sistema integrado por estas normas. Nombremos, con una breve explicación, alguno de los más importantes principios procesales que el juez debe observar cuando ejerce la jurisdicción y las partes cuando realizan actos postulatorios. Corresponde al magistrado recurrir a estos también para suplir las lagunas del ordenamiento jurídico (CPC, artículo 140).

El *principio de inercia* rige la jurisdicción que, salvo excepciones, solo se ejerce mediante la iniciativa de parte (CPC, artículo 2). El *principio de igualdad* (artículo 139, I) refleja en el proceso la igualdad reconocida en la Constitución (artículo 5, *encabezado* e inciso 1). Este principio exige un tratamiento idéntico a las partes en el proceso cuando se encuentren en la misma situación, mientras que aquellas que se sitúen en posiciones diversas merecerán un tratamiento diferenciado.

Una de sus derivaciones de este principio es la obligatoriedad de oír a la parte contraria o de concederle la oportunidad de manifestarse antes de cualquier pronunciamiento judicial. *Audiatur altera parte* ('debe oírse a la otra parte' como lo establece el Código, por ejemplo, en el artículo 437 § 1.º). De hecho, un elemento derivado de este precepto es el *principio del contradictorio*, garantía constitucional (CF, artículo 5, LV), que garantiza la dialéctica procesal configurada en el debate y discusión, inherente al *principio de la amplia defensa* (CF, artículo 5, LV), el cual exige conceder a los participantes del proceso oportunidades adecuadas para exponer sus pretensiones.

El *principio dispositivo* limita la actividad jurisdiccional a la postulación de las partes (artículos 2, 490 y 492). Estas pueden incluso someter solo una parte del conflicto a la decisión del Estado (v. gr., cuando el demandante, pretendiendo un inmueble y un mueble, solo solicita la reivindicación del primero). Además, las partes tienen el poder de ejercer, a su criterio exclusivo, ciertos derechos procesales como el de recurrir (artículos 998, 999 y 1.002) o de ejecutar (artículo 775).

El *principio de economía procesal*, uno de los preceptos cardinales del proceso contemporáneo, ordena que se prescinda de la práctica de actos inútiles. Debido a que la jurisdicción es onerosa tanto para el Estado como las partes, debe ejercerse en la medida en que resulte aprovechable sin admitir las prácticas ociosas, superfluas e innecesarias. Vinculado a este principio, está el *principio de utilidad* que exige dejar de lado todo lo que es ajeno a los fines del proceso e impide que su resultado se vea comprometido por un elemento inútil (*utile per inutile non vitiatur*: 'lo útil no se vicia por lo inútil'). Un ejemplo de este principio sería la imposibilidad de anular un proceso debido al vicio en la citación del demandado, aunque este haya comparecido espontáneamente y ejercicio, de modo regular, su derecho de respuesta).

Los principios de economía y de utilidad dan lugar a otro principio: el de la *prevalencia del fondo sobre la forma*. Este principio está claramente enunciado en una de las normas más expresivas del Código de Proceso Civil, el artículo 277: «Cuando la ley prescriba determinada forma, el juez considerará válido el acto si, en caso haya sido realizado de otro modo, cumpla su finalidad». El *principio de celeridad* (artículo 139, II), estrechamente vinculado a estos, exige la duración razonable del proceso para que produzca los resultados propios a su finalidad.

En la Constitución se encuentran recogidos el *principio de publicidad* de los actos procesales y el *principio de la fundamentación de las decisiones judiciales* (artículos 5, LX, y 93, IX), los cuales también son consagrados por el Código de Proceso Civil en sus artículos 189, 489, II y 490. Ambos preceptos tienen como finalidad permitir la fiscalización de la función jurisdiccional por parte de las partes y de la sociedad.

Asimismo, la Constitución reconoce el *principio del juez natural* en su artículo 5, XXXVII al prohibir la creación de juzgados o tribunales de excepción. En consecuencia, se establece que el juzgamiento de las partes debe ser realizado por el órgano competente conforme a ley. El sis-

tema de la competencia del Código de Proceso Civil respeta este principio al declarar la inderogabilidad de la competencia (artículo 62) y permitir la alegación de la incompetencia absoluta o relativa del órgano judicial (artículo 64), pudiendo incluso ser alegada la declaración de incompetencia absoluta en cualquier momento y grado de la jurisdicción (artículo 64 § 1.º).

El *principio de libre investigación* (artículo 370) permite al juez ordenar pruebas por iniciativa propia, ya que no solo el proceso penal, sino también el civil de contenido publicista buscan el descubrimiento de la verdad para la justa resolución de la litis. Por su parte, el *principio de libre apreciación de las pruebas* (artículo 371) otorga libertad al juez para atribuir a las pruebas el valor que les corresponda sin establecer una jerarquía entre ellos en la cual una prueba valga más que la otra.

Las partes se encuentran vinculadas entre sí y con el Estado por el *principio de lealtad procesal*, de intenso contenido moral, que les exige observar la verdad, conducirse con buena fe y abstenerse de practicar actos dilatorios (artículo 77). El *principio de la derrota* impone al vencido la obligación de responder por los gastos procesales y los honorarios del abogado de la parte vencedora (artículo 82 § 2.º) debido al hecho objetivo de la derrota que genera la presunción de que el perdedor forzó, indebidamente, a su adversario a recurrir a la jurisdicción.

El *principio de preclusión* impide que se retorne a etapas procesales ya superadas, evitando la repetición de actos ya realizados o no llevados a cabo en el respectivo plazo, con el fin de garantizar el avance del proceso hacia la prestación jurisdiccional demandada.

Muchos otros principios se aplican al proceso contencioso y voluntario (v. gr., el *principio del doble grado de jurisdicción* y el *principio del doble examen*, examinados en el capítulo VIII, n.º 1, de este libro). Los denominados *principios de concentración, de inmediación, de la irrecorribilidad de ciertas decisiones y de la predominancia de la palabra oral sobre la escrita* integran un

conjunto denominado *sistema de la oralidad*. Debido a que están relacionados al procedimiento, serán examinados en el capítulo VII, n.º 8.

11. EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y SUS NORMAS

Derecho procesal civil: así se designa al conjunto de normas que regulan el ejercicio de la jurisdicción civil.

En primer lugar, es *derecho* porque consiste en un conjunto de reglas que regulan la vida social en uno de sus ámbitos.

En segundo lugar, es *procesal*, porque rige, principalmente, la relación jurídica mediante la cual la jurisdicción actúa; sin embargo, no se excluye su aplicación directa en el grupo social que ocurre cuando estas normas se cumplen, espontáneamente, sin la necesidad de un acto de voluntad estatal (v. gr., cuando el perturbador o el despojador al saber que el juez concederá, liminarmente, el interdicto posesorio, abandona el inmueble solo por la noticia de que el poseedor afectado irá al proceso; cuando el alimentante entrega los alimentos que no pretendía pagar para no sufrir la prisión que lo forzará al cumplimiento de la obligación; cuando el vencido cumple la sentencia para evitar la ejecución; y cuando los cónyuges presentan su demanda de separación observando los requisitos de la norma pertinente).

En tercer lugar, es *civil*, porque regula la jurisdicción que aplica, principalmente, las normas que no son objeto de una jurisdicción especial (penal, penal-militar, laboralista o electoral). No obstante, no se excluye la aplicación de reglas de derecho objetivo necesarias a la prevención o solución de las litis, o para la administración de intereses sociales relevantes.

Durante mucho tiempo, y aún hoy, se hizo referencia al derecho procesal como *derecho judicial* (de *judex* 'juez'). Ambas expresiones se han usado indistintamente, aunque esta última indique, con propiedad,

las normas relacionadas a los jueces y sus auxiliares en los diversos aspectos del ejercicio de sus funciones desde su investidura hasta la organización de los órganos del Poder Judicial.

Las normas procesales son formales o instrumentales, ya que están destinadas a hacer efectivas otras normas denominadas sustanciales o materiales, las cuales regulan las relaciones dentro del grupo social. En una clasificación superada, cuyos vestigios todavía se perciben en el lenguaje forense, Jeremias Bentham denominó el derecho relacionado con el proceso como *adjetivo*, porque a través de la dinámica que le imprime calificaría a las demás normas que son sustantivas.

Es fundamental comprender que no es la ubicación dentro del ordenamiento jurídico lo que determina la naturaleza procesal de una regla jurídica, sino su finalidad. Existen normas procesales en la Constitución (véanse, por ejemplo, las indicadas en el acápite anterior) y en los innumerables códigos y leyes sin que su ubicación las desnaturalice, incluso si son heterotópicas (del griego *heteros* ‘otro, diferente’ y *topos* ‘lugar’: normas que se encuentran fuera de su lugar, esto es, en leyes que no conciernen a la materia objeto de estas).

Debido a que regulan la jurisdicción, las normas procesales están íntimamente vinculadas al derecho constitucional. Este aspecto ha sido constantemente resaltado entre los brasileños por la brillante y añorada procesalista Ada Pellegrini Grinover, titular insigne de Proceso Penal en el Largo de São Francisco, quien siempre se esforzó por vincular el derecho procesal con los principios recogidos en la Constitución. Eduardo Couture llegó a afirmar que las leyes del proceso no son más que «el texto que regula la garantía de justicia contenida en la Constitución».¹⁴

¹⁴ Cf. el trabajo «Direito de Petição e Estado de Direito» en mi libro *Direito Processual Civil - Estudos e Pareceres*. *Op. cit.*, pp. 166, notas 1 y 2, y 167.

Si de la Constitución emanan todas las normas —ya sean creadas de conformidad con ella o materializadas mediante el fenómeno de la *receptión* (también denominado *absorción compatible*) de leyes promulgadas bajo órdenes constitucionales anteriores—, entonces la carta política es la fuente primaria del derecho procesal. En esta norma suprema, así como en sus leyes complementarias, se encuentran innumerables reglas del proceso. No obstante, en su inmensa mayoría las normas relativas al ejercicio de la jurisdicción civil se encuentran reunidas y sistematizadas en el Código de Proceso Civil, que es una ley ordinaria, la Ley 13.105, del 16/03/2015, en vigor desde el 18/03/2016 (artículo 1.045).

Un código (de *codex* ‘tablilla de escribir’, de *caudex*, tronco del árbol de donde se retiraba la madera —y, por tanto, el escrito, el registro hecho en ella, la ley y la colectánea de leyes—) es, como dice Clóvis Beviláqua, el autor del Código Civil de 1916:

[...] una organización lógica de reglas jurídicas. Gracias a la sistematización, que los simplifica, ordena y esclarece, los preceptos adquieren una mayor nitidez de forma y una mayor fuerza imperativa de lo que tendrían si se mantuvieran dispersos o desordenadamente amontonados.¹⁵

Con un total de 1.072 artículos, el Código de Proceso Civil brasileño está compuesto de una Parte General y una Parte Especial, a diferencia de los ordenamientos procesales civiles alemán y austriaco (ZPO), que se dividen únicamente en párrafos.

La Parte General se divide en seis libros, mientras que la Parte Especial está conformada por cuatro libros, con un último libro que es llamado *Libro Complementario*. La palabra libro, proviene de *liber*, que designaba la capa ubicada entre la corteza y el tronco de ciertos árboles sobre la cual se escribía. En un código o una ley, esta palabra se emplea para designar sus principales divisiones.

¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, 9ª ed., Rio de Janeiro, F. Alves, 1951, vol. I, pp. 84 y 85.

Cada libro se subdivide en títulos, que a su vez se organizan en capítulos y, en algunos casos, en *secciones*. Las normas de estos capítulos se organizan en *artículos*. Los artículos están divididos en *incisos*, designados por números romanos, también llamados *números* o *ítems*, en *párrafos* y en *apartados*, denominadas también como *letras*. A la parte principal del artículo, cuando está dividida en incisos, párrafos o apartados, se reserva el nombre latino de *caput*¹⁶ (cabeza).

Muchas normas procesales son objeto de leyes específicas, llamadas *leyes especiales*, porque se encuentran fuera del Código. Así, v. gr., la nueva Ley de Mandato de Seguridad (Ley 12.016, del 07/08/2009), la Ley de Alimentos (Lei 5.478, del 25/07/1968), la Ley de la Acción Popular (Ley 4.717, del 29/06/1965), la Ley de la Acción Civil Pública (Ley 7.347, del 24/07/1985) y la Ley de Quiebras y Recuperación de Empresas (Ley 11.101, del 09/02/05) que sustituyó a la Ley de Quiebras (Decreto-Ley 7.661, del 21/06/1945).

En esta oportunidad, rindo homenaje al eminente y añorado jurista brasileño Theotonio Negrão. En su estudio, en São Paulo, este notable abogado reunió una impresionante colección de leyes procesales junto con la jurisprudencia relevante y a partir de 1974 hizo a los profesionales del derecho beneficiarios de su fecundo trabajo, publicando un volumen titulado *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor* en su 48.^a edición en el momento en que reviso estas líneas.

En las notas a pie de página, que son miles, se indican las normas relacionadas a cada artículo, así como la jurisprudencia correspondiente. Asimismo, no se deja de registrar las opiniones del autor dando a la obra un contenido doctrinario. Se trata, sin lugar a dudas, del mejor *vade mecum* procesal (literalmente, ‘va conmigo’, nombre con el que, desde tiempos inmemorables, se designan a los volúmenes de colecciones de leyes que se deben tener siempre a la mano, y que bajo la influencia del portugués

¹⁶ Nota del traductor. En este libro he optado por traducir *caput* como *encabezado*, conforme señalé en la nota a pie de página número 3 del capítulo I.

se convierte en la palabra *vademeco* escuchada en el foro, pero que no se encuentra registrada en los léxicos) jamás publicado en el país. Es de consulta obligatoria para los que desean tener una guía panorámica del derecho procesal civil positivo brasileño.

Theotonio Negrão encontró dignos sucesores en José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli y João Francisco Nunes da Fonseca que prosiguen el trabajo con la misma competencia y perspicacia del fallecido autor. Por ello también estos merecen todos los aplausos.

El Código de Proceso Civil será mejorado por una serie de leyes destinadas a corregir sus defectos, suprimir sus omisiones y perfeccionar sus normas. En 1985, el Gobierno de la República nombró una comisión de cinco juristas, que tuvo el honor de integrar, para revisar el Código de 1973. Presentamos un proyecto de modificaciones que fue utilizado en la reforma general del Código de Proceso Civil realizada por las Leyes n.ºs 8.950, 8.951, 8.952 y 8.953, todas del 13/12/1994; por la Ley 9.079, del 14/07/1995; por las Leyes n.ºs 9.139, del 30/11/1995; 10.352, del 26/12/2001; 10.358, del 27/12/2001; 10.444, del 07/05/2002; 11.187, de 19/10/2005; por la Ley 11.232, del 22/12/2005; y por otras que siguieron y seguirán.¹⁷

¹⁷ Véase, de mi autoría, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

CAPÍTULO VI

PRESUPUESTOS PROCESALES, DESARROLLO Y ACTOS DEL PROCESO

Sumario: 1. Los presupuestos procesales y su clasificación.— 2. Presupuestos relativos al juez.— 3. Presupuestos relativos a las partes.— 4. Presupuestos objetivos.— 5. Desarrollo del proceso (formación, suspensión y extinción).— 6. Hechos y actos procesales.— 7. Actos postulatorios.— 8. Actos de prueba.— 9. Actos de jurisdicción.— 10. Actos decisorios (despachos, decisiones interlocutorias y sentencias).— 11. Forma de los actos procesales.— 12. Tiempo y lugar de los actos procesales.— 13. Comunicación de los actos procesales

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y SU CLASIFICACIÓN

La existencia, validez y eficacia de cualquier acto o relación jurídica dependen de ciertos requisitos llamados *presupuestos* (de *pre* ‘aquello que viene antes’, del latín *prae* ‘adelante’ y *supuesto*, participio de *suponer*, de *supponere* ‘colocar debajo, aproximar o dar por verdadero’, en consecuencia, ‘aquello que ya se considera existente’). Los requisitos de existencia, validez y eficacia del proceso se denominan *presupuestos procesales*. El Código de Proceso Civil no se valió de dicha expresión, optando en su lugar por «presupuestos de constitución y de desarrollo válido y regular del proceso» (artículo 485, IV). La doctrina alemana incluye dentro de los presupuestos procesales las condiciones de la acción; sin embargo, los autores brasileños, siguiendo los pasos de la tradición italiana, como es común, separan los dos conceptos.

Adopto, en líneas generales, la clasificación de los presupuestos procesales del gran procesalista gaucha Galeno Lacerda en su libro *Despacho saneador*, obra clásica de la literatura procesal brasileña. Los presupuestos procesales se agrupan en *subjetivos* y *objetivos*. Por un lado, los presupuestos procesales *subjetivos*, concernientes a los integrantes de la relación procesal, se refieren *al juez* (*investidura, competencia e imparcialidad*), a *las partes* y a *los terceros* (*capacidad de ser parte, capacidad procesal o de estar en juicio y capacidad postulatoria*). Por otro lado, los presupuestos procesales *objetivos* se refieren a la relación procesal en sí misma, tal como se manifiesta, y se materializan en la *inexistencia de hechos impositivos* para la formación, desarrollo y extinción del proceso, así como en la *subordinación del proceso a las normas legales*.

2. PRESUPUESTOS RELATIVOS AL JUEZ

El primero de los presupuestos relativos al juez es la *investidura*. La persona o personas que ejercen la jurisdicción en el proceso, en todos los grados en que se tramite la causa, deben estar investidas de las funciones de juzgar conforme a la Constitución y las leyes. Sin un juez que esté regularmente investido el proceso será nulo e incluso hay quien llega a sustentar la posición de la inexistencia.

La *competencia* del juez y del órgano jurisdiccional, que ya ha sido tratada en el capítulo IV de este libro, es el segundo de los presupuestos ahora examinados. El § 4.º del artículo 64 de la ley vigente, innovando respecto al código anterior, establece la subsistencia de los efectos de la decisión del juzgado incompetente hasta que otra sea emitida, si corresponde, por el juzgado competente. La prolongación de esta eficacia puede, conforme al mismo párrafo, ser impedida tanto por el propio juzgado incompetente antes de remitir los autos al juzgado competente, como por este último.

La *imparcialidad* constituye el tercer presupuesto procesal relativo al juez. No es exagerado afirmar que un juez parcial transforma el órgano

en el que actúa en un juzgado o tribunal de excepción, prohibido por la Constitución (artículo 5, XXXVII). La parcialidad del juez se presume de manera absoluta, aunque no haya sido cuestionada o declarada en los casos de impedimento, expresamente recogidos en el artículo 144 del Código de Proceso Civil. Las hipótesis del artículo 145 solo fundamentan la imputación de parcialidad del juez. A pesar de ello, aún podrá ejercer la jurisdicción si su sospecha no fuera alegada en el plazo y en las formas legales. No obstante, una vez que es declarada la sospecha por el propio juez (artículo 145 § 1.º) o por el tribunal, el proceso quedará irremediablemente comprometido por la falta del presupuesto señalado si el juez no es apartado.

3. PRESUPUESTOS RELATIVOS A LAS PARTES

En sus diferentes manifestaciones, el derecho regula la vida de las *personas*. Solo las personas pueden someterse al mandato de las normas jurídicas y solo estas pueden ejercer los poderes que estas normas les otorgan. Por ello mismo, el concepto jurídico de persona la presenta como un ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones.

La personalidad, que es un atributo únicamente de las personas, les confiere la *capacidad de ser parte*, la cual se configura como el primero de los presupuestos procesales relativos a las partes y a los terceros intervinientes en la relación procesal.

Las personas pueden ser físicas (o naturales) y jurídicas (o morales). La ley procesal no regula la personalidad, ya que esta es objeto de las normas de derecho material; sin embargo, así como se otorga personalidad a las personas físicas o jurídicas, el derecho procesal también se la atribuye a ciertos entes para que puedan ingresar en el proceso. En efecto, se trata de las llamadas *personas formales*, las cuales son universalidades a las que la ley atribuye la condición de personas. Por ejemplo, es el caso del espolio, de la herencia vacante, de la masa en quiebra, del

condominio en la propiedad horizontal y de las sociedades no constituidas regularmente.

Por lo tanto, la capacidad de ser parte se relaciona con la personalidad, ya que es una consecuencia de esta y no puede existir sin ella. El proceso iniciado por una persona muerta (v. gr., el demandante falleció antes de la interposición de la demanda) o contra una persona muerta (v. gr., el demandado murió sin que el demandante supiera de ese hecho) será nulo.

En el caso del *nasciturus*, cuyos derechos la ley resguarda (CC, artículo 2), tiene anticipada su personalidad y, en consecuencia, no le falta capacidad de ser parte. No obstante, si nace muerto, el proceso se extinguirá.

La *capacidad procesal* o *capacidad para estar en juicio* constituye el otro presupuesto procesal relacionado a las partes. El artículo 70 del Código Procesal Civil establece: «Toda persona que se encuentre en el ejercicio de sus derechos tiene capacidad para estar en juicio». El presupuesto de la capacidad procesal es la capacidad de ser parte. No obstante, no es suficiente que la persona que integra el polo activo o pasivo de la relación procesal, o el tercero que intervenga, tenga personalidad física, jurídica o formal. También es necesario que se encuentre en el ejercicio de sus derechos (CPC, artículo 70), teniendo capacidad plena, o que se haga representar o asistir si su capacidad fuera limitada.

Conforme al artículo 71, «el incapaz será representado o asistido por sus padres, tutor o curador según lo dispuesto por la ley». En algunos casos, la ley procesal condiciona la adquisición de capacidad a algún requisito adicional que establece. Así, para interponer demandas que versen sobre derechos reales inmobiliarios, un cónyuge solo adquiere la capacidad procesal si cuenta con el consentimiento del otro, o con un acto judicial que reemplace el consentimiento, por ventura, denegado (artículos 73 y 74).

En los supuestos contemplados en el § 1.º del artículo 73, en el cual se exige la citación de ambos cónyuges para ser considerados como demandados en ciertas demandas, no se trata de casos relacionados a la capacidad procesal, sino de litisconsorcio necesario.

Las personas jurídicas y las formales pueden ejercer su capacidad procesal a través de representantes legales según lo dispuesto por la ley. El artículo 75 del Código de Proceso Civil regula el modo de representación de estas personas como también lo hacen las leyes especiales respecto a otras que no están enumeradas en dicho artículo. Sin la debida representación o asistencia, en los casos en que una persona no se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos no se configurará la capacidad procesal. Cuando la falta de capacidad fuera subsanable (v. gr., el menor relativamente incapaz participó en el proceso, pero sin asistencia; o cuando la persona jurídica no se hizo representar por quien la ley o sus actos constitutivos designan), el juez debe permitir la corrección de la irregularidad (artículo 76).

No es suficiente que la persona, en pleno ejercicio de sus derechos o debidamente asistida o representada, participe en el proceso. Al ser una relación jurídica eminentemente técnica, como se señaló en el capítulo anterior, el proceso requiere que la parte sea representada por alguien con capacidad para actuar en su nombre. Por ello, la ley exige que su representación en el proceso sea realizada por un abogado que haya sido inscrito regularmente en la Orden de Abogados del Brasil.

El artículo 103 del Código de Proceso Civil establece que este requisito solo se dispensará si la propia parte cuenta con habilitación profesional. Las partes deben estar representadas por un abogado, mientras que las personas jurídicas de derecho público lo harán a través de sus procuradores. No obstante, las leyes especiales pueden eximir la obligación de contar con un abogado, como ocurre con la Ley 9.099, del 26/09/1995, de los juzgados especiales. Su artículo 9 faculta a las partes a comparecer sin asistencia en las causas cuyo valor no supere

los veinte salarios mínimos. Para aquellas de cuantía superior, la presencia del abogado es indispensable.

Cuando la parte y el tercero son representados por un abogado legalmente habilitado (CPC, artículo 103) adquieren la *capacidad postulatoria* que constituye el tercer presupuesto procesal de los que se ha examinado. La capacidad postulatoria, es decir, la capacidad de actuar en juicio, se adquiere mediante la integración del binomio *parte-abogado*, ya que ninguno de estos elementos, por sí solo, es suficiente para configurarla. En consecuencia, es necesario que la parte (ya sea por sí misma, si está en pleno ejercicio de su capacidad, o representada o asistida cuando la ley lo exija) otorgue poderes al abogado. De lo contrario, salvo en las excepciones expresamente contempladas en la ley, no existirá la capacidad postulatoria, la cual debe concurrir con los demás presupuestos procesales.

4. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

Los presupuestos procesales objetivos son requisitos relativos al proceso en sí mismo, como objeto, como un fenómeno jurídico con independencia de las personas de sus sujetos.

Algunos de estos presupuestos son *extrínsecos*, es decir, están relacionados con situaciones que ocurren fuera del proceso, pero cuya verificación es esencial para determinar la validez y la eficacia de su constitución, desarrollo y extinción. En ese sentido, es imprescindible que no existan obstáculos para la formación y continuación del proceso.

La litispendencia, la cosa juzgada y la perención (pérdida del derecho a interponer la demanda establecida por ley como en el caso del § 3.º del artículo 486) constituyen tales obstáculos (artículo 485, v). Por lo tanto, la *ausencia de hechos impeditivos* para la constitución, el desarrollo o la terminación de la relación procesal es presupuesto objetivo extrínseco.

En algunas ocasiones, un mismo hecho puede representar, simultáneamente, la falta de un presupuesto procesal subjetivo y objetivo. Por ejemplo: la muerte de una persona antes del inicio del proceso conlleva a la pérdida de la capacidad de ser parte y, en consecuencia, de la capacidad procesal y postulatoria. Esto debido a que, como hecho jurídico, la muerte impide la instauración válida y eficaz del proceso, y obstaculiza su continuación en acciones intransmisibles como las de separación y divorcio.

Otros presupuestos objetivos son *intrínsecos* a la relación procesal. Estos se configuran en la *subordinación del proceso a las normas jurídicas* que lo rigen de manera imperativa y cuyo cumplimiento es ineludible, ya que si se incumplen supondría una violación del debido proceso legal (v. gr., la citación o el comparecimiento espontáneo de la parte son requisitos de validez del proceso conforme al artículo 239 y su § 1.º, o la validez de la sentencia está condicionada a los elementos esenciales indicados en el artículo 489).

La transgresión de las normas que regulan el proceso, tanto en su esencia como en su existencia, priva a la relación procesal de validez y eficacia, lo que genera su nulidad. No se debe perder de vista que en la verificación de estos presupuestos rige el sistema de nulidades del Código de Proceso Civil (artículos 276 a 283) bajo la inteligente norma del artículo 277. Al aplicarse esta norma excluye la posibilidad de inexistencia de presupuestos intrínsecos. El proceso judicial debe cumplir los requisitos de la ley, salvo cuando esta misma permita que su precepto se efectúe de un modo diferente a lo previsto en la norma.

La falta de cualquiera de los presupuestos procesales, los cuales deben presentarse de manera copulativa sin que ninguno de estos pueda ser incumplido, acarrea la extinción del proceso sin posibilidad de un pronunciamiento sobre el mérito (CPC, artículos 485, IV y V) o compromete dicho juzgamiento, convirtiéndolo en nulo o ineficaz.

5. DESARROLLO DEL PROCESO (FORMACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN)

El proceso judicial, como relación jurídica, no existe para perdurar indefinidamente. Una vez finalizado, permanece únicamente registrado en los autos que lo materializan como documento que testifica el ejercicio de la jurisdicción en la causa que constituye su objeto. Como instrumento de la jurisdicción, el proceso se extingue tan pronto alcanza su finalidad de permitir la actuación de la función jurisdiccional o en el momento en que se verifica su ineptitud para producirla.

La instrumentalidad del proceso, tratada magistralmente por el eminente procesalista Cândido Rangel Dinamarco en la tesis con la que conquistó una de las cátedras de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidade de São Paulo,¹ también manifiesta su temporalidad. Al igual que los seres humanos nacen, viven y mueren, el proceso judicial también tiene tres etapas fundamentales: su comienzo, su formación y su extinción.

Un proceso que subsistiera indefinidamente contravendría su propia naturaleza, del mismo modo que Asverus, el judío de la leyenda, maldicho por Cristo con la pena de la eternidad, niega la condición humana. En ciertas circunstancias, la relación procesal se suspende, quedando paralizada como una escena inmóvil de una película o de una obra teatral, para luego reanudarse conforme a su inexorable predestinación. El Título I del Libro VI del CPC regula la formación, suspensión y extinción del proceso, las cuales se tratarán en sus aspectos fundamentales.

«El proceso comienza por iniciativa de parte», dice la primera oración del artículo 2 del Código de Proceso Civil. Ya se ha explicado que la calidad de parte se adquiere por la simple presencia en la relación pro-

¹ RANGEL DINAMARCO, Cândido. *A Instrumentalidade do Processo*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1993.

cesal sin ninguna otra consideración. Al proponer la acción (CPC, artículo 312) mediante la demanda, la parte proponente —el demandante— a inicio a la relación procesal que comienza de manera lineal.

En efecto, puede concebirse como una línea inclinada en cuya extremidad inferior se encuentra el demandante y en la punta superior, el órgano judicial. El proceso solo se angulariza con la integración del demandado en la relación ya sea mediante su citación o su comparecencia espontánea. Se habla de angularización imaginando un ángulo agudo, representado por una «v» invertida (∇), donde el juez ocupa el vértice, el demandante se sitúa en la extremidad de la línea izquierda y el demandado en la derecha. Esta configuración no es incompatible con la concepción triangular de la relación procesal, basta con unir las extremidades inferiores mediante una línea que represente la reciprocidad de derechos y deberes entre demandante y demandado.

Una vez que es completada la relación procesal con la integración del demandado, el proceso «se desarrolla por impulso oficial» conforme a la segunda parte del artículo 2. Es importante reiterar que el proceso no constituye un negocio de las partes, sino una relación jurídica de derecho público en la cual predomina el interés social. Por esta razón, el Código confía su continuación al juez, quien no debe quedarse, indefinidamente, a la espera de la iniciativa de las partes; sin embargo, en la práctica forense, esta situación ocurre con frecuencia debido a diversos factores, ninguno de los cuales puede atribuirse a la ley que pone al alcance del órgano judicial medios eficaces para llevar adelante el proceso.

En algunas ocasiones es necesario paralizar el proceso o, mejor dicho, suspender su dinámica para garantizar su regular desarrollo. El artículo 313 enumera en sus ocho incisos los casos en los que procede la suspensión del proceso. Así, por ejemplo, la muerte de cualquiera de las partes, de su representante legal o de su abogado exige la suspensión del

trámite procesal (artículo 313, I) hasta que el sucesor de la persona fallecida se incorpore al proceso, se regularice su representación o se restaurezca su capacidad postulatoria.

El Código también permite la suspensión del proceso por la concención de las partes (artículo 313, II) por el plazo máximo de seis meses (§ 4.º) con el fin de que estas busquen, extrajudicialmente, la composición de la litis. Las hipótesis de suspensión del proceso no se limitan al artículo 313, como se puede apreciar en su inciso VIII que señala «en los demás casos que este Código regula» (v. gr., la suspensión para subsanar la incapacidad procesal o la irregularidad en la representación prevista en el artículo 76, así como la suspensión del proceso ejecutivo en los casos del artículo 921 cuyo inciso I, que se remite al artículo 311, es dispensable, debido a que además del párrafo único del artículo 771 las disposiciones generales del libro I no se restringen a la Parte Especial).

La suspensión del proceso, evidentemente, no extingue la relación procesal que se encuentra solamente detenida en su avance. Durante la suspensión solo se pueden practicar actos de urgencia determinados por el juez para evitar un daño irreparable, salvo en el caso de alegación de impedimento y de sospecha (CPC, artículo 314).

El proceso solo se extingue mediante una *sentencia* estable, inmutable e insusceptible de modificación dentro de la misma relación procesal (véase el capítulo IX). De hecho, mientras la sentencia pueda ser sustituida no se configura una entrega de la prestación jurisdiccional, sino solo una mera *presentación* de dicha prestación, llamada *oferta* en la doctrina procesal.

Cuando se habla de *sentencia* extintiva del proceso, el término se emplea en un sentido más amplio que el de un acto del juez singular de la

primera instancia, ya que también abarca el significado de *sentencia colegiada*,² denominación que recibe el juzgamiento de los tribunales. Si la relación procesal se prolonga más allá de la sentencia del juzgado de primer grado debido a la interposición de un recurso, será la sentencia colegiada del tribunal, emitida en el trámite del recurso, el acto que extinga el proceso (véase el capítulo VIII).

La sentencia, entendida aquí como el acto decisorio tanto del juez singular de primera instancia como del tribunal (sentencia colegiada), extingue el proceso sin juzgarse el mérito o bien con una decisión sobre este. Se denomina *sentencia terminativa* a aquella que extingue el proceso sin un juzgamiento sobre el mérito y *sentencia definitiva* a la que extingue el proceso con un juzgamiento sobre el mérito, es decir, declarando la fundabilidad o infundabilidad del pedido formulado por el demandante en su demanda.

Se puede considerar la sentencia terminativa como un modo anormal de extinción del proceso, pues frustra el objetivo de la jurisdicción que es prevenir o resolver la litis, o administrar el interés social relevante, manteniendo la estabilidad del grupo social; sin embargo, en muchas ocasiones resulta imposible decidir el mérito como demuestra el análisis de los incisos del artículo 485 del Código de Proceso Civil.

Si al examinar la demanda el juez verifica la imposibilidad de juzgar el mérito, este extingue el proceso desde su inicio mientras la relación aún es lineal, rechazando dicha demanda (CPC, artículo 485, I, y artículo 330). Lo mismo ocurre en muchos otros casos como, por ejemplo, si están ausentes los presupuestos procesales (artículo 485, IV y V) o las condiciones de la acción (artículo 485, VI).

² Nota del traductor. El autor utiliza el término *acórdão* para referirse a las sentencias colegiadas. Asimismo, el autor indica que está proviene de *cor* que significa 'corazón'. Esta palabra es usada por el autor para representar el símbolo del sentimiento de los jueces, ya que un *acórdão encerraría el sentimiento de la mayoría o de la unanimidad de los integrantes del órgano colegiado acerca de la cuestión discutida*.

La extinción del proceso sin juzgamiento del mérito es un fenómeno intraprocesal de eficacia limitada al proceso donde ocurre. Esto no impide que el demandante vuelva a interponer la demanda, salvo que el proceso fuera extinguido con la declaración de perención, litispendencia o de cosa juzgada (artículos 486 y 485, v).

Puede parecer extraño que la ley permita al demandante volver a presentar una demanda cuyo proceso ya se ha extinguido; sin embargo, debe entenderse que el demandante puede volver a invocar la jurisdicción después de haber solucionado el obstáculo que impide el juzgamiento del mérito. Aun cuando no lo haga, el derecho de provocar la jurisdicción es pleno, lo que obliga al Estado a responder a la invocación en cumplimiento de su deber que asumió al prohibir a las partes hacer justicia por sus propias manos. De hecho, incluso en el caso del artículo 485, v, el demandante puede interponer de nuevo la demanda, iniciando otro proceso destinado a ser extinguido sin el juzgamiento del mérito por aplicación de la regla del artículo 486. Además, quedará sujeto a la sanción del artículo 79, ya que estará, de manera evidente, litigando de mala fe al plantear una pretensión contra el texto expreso de la ley (artículo 80, i). Incluso en este caso, el simple replanteamiento de la demanda, manifiestamente improcedente, obligará al Estado a dar una respuesta a través de una sentencia terminativa.

La extinción del proceso con juzgamiento del mérito ocurre a través de una sentencia que resuelve la litis, declarando fundado o infundada el pedido formulado en la demanda o en la reconvencción (CPC, artículo 487, i). Lo mismo sucede en los casos del reconocimiento de la fundabilidad del pedido formulado en la demanda o en la reconvencción (artículo 487, III) siempre que dichas manifestaciones sean eficaces.

Asimismo, el proceso se extingue con una decisión sobre el mérito cuando se declara la caducidad del derecho del demandante o la prescripción de su pretensión (artículo 487, II), así como por la homologación de la transacción entre las partes (artículo 487, III, b).

En todos estos casos, la jurisdicción alcanzará su propósito de impedir el inicio del conflicto o de resolverlo, permitiendo que el proceso alcance su finalidad última como instrumento para la realización de la paz social mediante la administración de la justicia.

6. HECHOS Y ACTOS PROCESALES

En un sentido amplio, todo fenómeno susceptible de influir en el proceso constituyendo, protegiendo, modificando o extinguiendo derechos o situaciones procesales se considera un acto hecho procesal. El Código de Proceso Civil adopta la doctrina que considera a los hechos como acontecimientos involuntarios y vincula los actos a la voluntad, estableciendo así una distinción entre el hecho y el acto (v. gr., artículo 21, III: hecho ocurrido o acto practicado; artículo 53, IV: lugar del acto o del hecho).

Atendiendo a esta distinción, puede afirmarse que los hechos procesales son fenómenos involuntarios que repercuten en el proceso (por ejemplo, un incendio que genera la paralización de las actividades forenses o destruye los autos, una lluvia que interrumpe la realización de un acto externo o una enfermedad que impide la presencia del juez). En cambio, los actos procesales constituyen las actuaciones realizadas por todos los sujetos del proceso, tanto principales como secundarios, dentro de la relación procesal.

Dentro de esta concepción restrictiva, el pago del crédito reclamado en la demanda realizado al demandante fuera del proceso o una transacción extrajudicial constituyen actos jurídicos, pero solo serán actos procesales si alguna de las partes introduce estos fenómenos en el proceso o si la sentencia los toma en cuenta para extinguir la relación procesal. Es evidente que el acto procesal es un acto jurídico, y el acto que se realiza en el proceso contrariamente a la ley es un acto ilícito.

Existen muchas maneras de clasificar los actos procesales, como lo demuestran las obras doctrinarias. En un intento de simplificación compatible con la naturaleza de este libro, los actos procesales se pueden agrupar según un criterio subjetivo que considera a las personas que los practican en el proceso, o un criterio objetivo que atiende a la naturaleza y finalidad de los propios actos.

De conformidad con el primer criterio, los actos pueden ser del órgano judicial y sus auxiliares, o de las partes (empleándose este término en su sentido más amplio para referirse a todas aquellas personas que, sin formar parte del órgano judicial ni ser sus auxiliares, actúan en el proceso). Así, por un lado, los actos del órgano judicial son los practicados por el juez y por todos los órganos jurisdiccionales auxiliares, ya sean permanentes o temporales (actos del escribano, del escribiente, del contador, del perito y asistentes, del testigo, etc.). Por otro lado, los *actos de las partes* serán los del demandante, del demandado, del tercero interviniente, de los abogados, procuradores, defensores públicos y del Ministerio Público.

Considerados objetivamente, los actos procesales pueden ser divididos en actos postulatorios, actos de prueba y actos de jurisdicción. Los *actos postulatorios* son aquellos, en general, mediante los cuales se solicita la jurisdicción: desde la demanda, que concretiza el derecho de acción, la respuesta, que materializa el derecho de excepción, hasta los múltiples requerimientos y pedidos que se presentan en el proceso. Los actos de prueba son aquellos que buscan convencer sobre la certeza de lo que se alega en el proceso. Los *actos de jurisdicción* son los que expresan la voluntad estatal en la dirección del proceso desde su formación hasta su extinción. Los siguientes acápites se ocupan de los actos postulatorios, de prueba y de jurisdicción.

7. ACTOS POSTULATORIOS

Postular (de *poscere* ‘pedir con insistencia’) significa reclamar, rogar o suplicar. A lo largo del proceso, las partes, principalmente, solicitan la prestación jurisdiccional en la forma de las diferentes decisiones que los órganos jurisdiccionales van emitiendo hasta que se extinga la relación procesal por una sentencia estable (terminativa o definitiva).

El principal acto de postulación del demandante es la petición inicial (CPC, artículo 319) en la cual formula el pedido de actuación jurisdiccional concretizando así el derecho de acción a través de la demanda. Asimismo, el demandante realiza peticiones cuando se pronuncia sobre la respuesta del demandado, a la que se aludirá (se llama réplica a la respuesta a la contestación) cuando plantea incidentes, cuando propone una acción incidental, cuando se pronuncia sobre un documento incorporado a los autos, cuando interpone recursos o cuando hace cualquier otro requerimiento.

El demandado postula ejerciendo el derecho de excepción (derecho de invocar la jurisdicción) a través de su respuesta. Esta se realiza a través de tres medios.

El primero de estos es la *contestación* en la cual el demandado concentra su defensa (CPC, artículo 336 —de *contestari* que significa ‘formado por testigos’ por el hecho de que el demandado llamaba personas en su auxilio para convencer de la veracidad de sus afirmaciones, por lo tanto ‘invocar, pedir auxilio’)—. La segunda modalidad de respuesta es la *reconvención* (de *re* ‘movimiento hacia atrás’ y *convenire* ‘venir juntos, encontrarse’; por tanto, ir en contra). Se trata de una demanda que el demandado interpone contra el demandante dentro del mismo proceso (artículo 343), aunque no siempre es admitida. Al igual que el demandante, el demandado puede interponer una acción incidental y realizar otras manifestaciones procesales similares, incluyendo la interposición

de recursos. Se denomina tréplica a la respuesta del demandado frente a la réplica del demandante.

Los terceros intervinientes ingresan al proceso a través del acto postulatorio de su intervención. Una vez que son admitidos, pueden presentar diversas solicitudes al órgano judicial e incluso interponer recursos. Cuando el Ministerio Público actúa como fiscal de la ley o en favor de una parte postula en ambas condiciones, pues también pide la jurisdicción. A pesar de que los abogados, procuradores y defensores normalmente actúen en nombre de sus representados, como si estos postularan, también pueden manifestarse en nombre propio, por ejemplo, al declarar su domicilio o comunicar su modificación (artículo 106), al renunciar al mandato y solicitar la intimación del mandante (artículo 112), o al proporcionar información al juzgado respecto a su condición.

Si bien existen actos de las partes que no constituyen actos postulatorios (v. gr., la composición realizada en el juicio o una simple declaración), la inmensa mayoría de estos sí tienen esa naturaleza. No siempre son efectuados por escrito, ya que en determinados momentos procesales las partes y terceros, a través de sus respectivos abogados o por sí mismos, así como el Ministerio Público, hacen uso de la palabra oral para exponer sus razones y pretensiones como ocurre en la audiencia, tratada en el próximo capítulo o con ocasión del juzgamiento de ciertos recursos (capítulo VIII).

8. ACTOS DE PRUEBA

En el libro *O Conde de Abranbos*, Eça de Queiroz retrata la figura del «obeso y obtuso» juez de apelación Amado:

Sin motivo, de repente, se obstinaba. Y entonces actuaba como un obstáculo bruto, inerte y material como una enorme roca en el camino. Era una resistencia pasiva y densa: sus mejillas se volvían más hinchadas, sus

párpados caídos más pesados, y sin dar razones, gruñía con poco ruido:
- No estoy para los autos... No va... No es el momento.³

A pesar de ello, el juez tiene que estar para los autos. La ley lo obliga a juzgar «la prueba que obra en los autos independientemente del sujeto que la haya promovido» (CPC, artículo 371).

Si bien la máxima acuñada en el derecho canónico: *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en los autos, no está en el mundo) supone una evidente exageración, este proverbio también encierra una gran verdad. En efecto, aunque el juez no puede decidir dejando al margen ciertas circunstancias del mundo que lo rodea ni ignorar la norma aplicable —aun cuando no haya sido alegado en el proceso—, la ley convierte al juez, en cierta medida, en un incrédulo.

Salvo alguna excepción, el juez debe convencerse de la exactitud de lo declarado en relación con los hechos. El conjunto de medios mediante los cuales se demuestra la veracidad de las alegaciones producidas en el proceso —y también cada uno de estos medios— recibe el nombre de *prueba* (del latín, *probatio*, derivado de *probare* ‘ensayar, examinar’, cuyo étimo es *probus* ‘aquello que es de buena calidad, aquello que es bueno’).

A pesar de lo mencionado, la función investigadora del juez no se restringe al examen de las pruebas producidas por las partes. El juez puede, de oficio (esto es, por razón del cargo que ejerce independientemente de que se soliciten), ordenar las pruebas necesarias para el juzgamiento del mérito (CPC, artículo 370). No obstante, una vez que las pruebas han sido ofrecidas por las partes o recabadas por su propia iniciativa, el juez está obligado a decidir con base en ellas, tanto así que el

³ Nota del traductor. La versión del texto original en portugués es la siguiente: «Sem razão, de repente, embirrava. E era então como o obstáculo bruto, inerte, material, dum enorme pedregulho numa estrada. Era uma resistência passiva e espessa: as bochechas tornavam-se-lhe mais balofas, as pálpebras papudas mais pesadas, e sem dar razões, rosnava surdamente: – Não estou pelos autos... Não vai... Não me calha».

artículo 371 lo fuerza a lo siguiente: «indicará en la decisión las razones de la formación de su convencimiento».

La verdad real, esa «verdad verdadera» que el proceso busca descubrir, puede no ser alcanzada debido a las comprensibles limitaciones humanas impuestas por diversos factores; sin embargo, en los autos se construye una verdad que puede corresponder con la realidad, distanciarse de ella o incluso ser ajena a esta, pero que está en conformidad con la verdad del proceso, ya sea aparente o formal. Con esta verdad se ejerce la función jurisdiccional, dado que es imposible garantizar al juzgador la exactitud absoluta de los hechos. Más que juzgar conforme a la verdad, el Estado se obliga a juzgar y a pacificar el grupo social mediante la administración de justicia.

La primera de las normas que rige la prueba en el Código de Proceso Civil se encuentra en el artículo 369, el cual establece que las partes tienen el derecho de emplear todos los medios legales, así como aquellos moralmente legítimos, incluso si no están expresamente previstos en la ley siempre que sean aptos para demostrar la verdad de los hechos en los que se fundamenta la demanda o la contestación. Esta norma se ajusta al inciso lvi del artículo 5 de la Constitución: «Son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos».

Otro principio fundamental es la carga de la prueba que le corresponde a quien alega un hecho (artículo 373, I y II, aplicables, sin ninguna duda, también a los terceros). No obstante, existen casos en los que la prueba no es necesaria (artículo 374), como cuando se afirma un hecho notorio que sea de conocimiento general en un lugar y momento determinado (v. gr., si Fabio se obligó a cumplir una obligación el día de la independencia de Brasil, no es necesario probar ante el Poder Judicial nacional de que se trata del 7 de septiembre).

Los medios de prueba (o, simplemente, las pruebas) admitidos por el Código y que se recaban a través de actos de prueba, ya sea por iniciativa de las partes o por orden del juez, se dividen en la *prueba documental*, la *prueba oral* y la *prueba pericial*.

La *prueba documental* (*documento* que proviene del latín *docere* ‘enseñar’, es aquello que se enseña, aquello que se exhibe) está constituida por los elementos materiales con los que se demuestra la veracidad de las alegaciones; sin embargo, no se limita únicamente a textos escritos, sino que se extiende también a cualquier objeto susceptible de generar certeza sobre los hechos.

Por ejemplo, podrán ser documentos los papeles, dibujos, cosas y hasta personas cuando de estas, y no de sus manifestaciones, se extrae la convicción, por ejemplo, en la identificación del autor de un acto o de una abstención, así como en las muestras de sangre y cabello que son tan útiles para determinar la filiación. De la misma manera, la inspección judicial mediante la cual el juez verifica personas o cosas (CPC, artículo 481) constituye un acto de prueba documental.

La *prueba oral* (del latín *os* ‘boca’) abarca la declaración que las propias partes o terceros intervinientes realizan ante el juez (de ahí que se denomine *declaración personal* - artículo 139) y el testimonio de una persona ajena a la relación procesal que comparece al proceso para declarar sobre los hechos de la causa: el *testigo* (de *testis* ‘aquel que está o asiste como tercero’). Cuando el perito y los asistentes, sobre los cuales se hablará más adelante, comparecen al proceso para brindar *esclarecimientos verbales* sobre su informe y dictamen jurídico (artículo 477 § 3.º) practican un acto de prueba oral que complementa la pericia.

Cuando la prueba de un hecho depende del conocimiento técnico o científico, el juez, quien no domina todas las ramas del saber, se sirve de un perito (artículo 156). Asimismo, las partes pueden designar especialistas para auxiliarlo que se llaman asistentes técnicos (artículo 465 § 1.º,

II). Las pruebas que estos producen, tras las verificaciones necesarias, se denomina *técnica* (del griego *tekhnikos* ‘arte, destreza, habilidad’) o *pericial* (del latín *peritia* ‘conocimiento adquirido por el uso, experiencia’) y se formaliza en un texto escrito llamado *informe*⁴ si es realizado por un perito, o *dictamen jurídico*⁵ si es emitido por los asistentes. El juez no está sujeto al resultado de la prueba pericial, pudiendo formar su convicción con base en otros elementos o hechos probados en los autos (artículo 479).

Con la breve descripción realizada se concluye que los actos de prueba, también llamados actos de *instrucción* (debido a que permiten conocer al órgano jurisdiccional los hechos del proceso), son realizados por el juez, sus órganos auxiliares, las partes y los terceros o por las personas que los practican.

Estos actos proporcionan al juez los elementos necesarios para formar su convicción y este pueda valorarlos libremente conforme al *principio de la libre apreciación de la prueba*. A partir de este principio el juez no debe crear ninguna jerarquía entre los medios probatorios que están todos en el mismo nivel, aunque siempre está obligado a fundamentar los motivos de la formación de su convencimiento (CPC, artículo 371: por tanto, no es suficiente que el juez afirme, por ejemplo, que el inquilino causó daños al inmueble o que fulano provocó el accidente, sino que debe expresar las razones de su certeza).

⁴ Nota del traductor. He optado por traducir la palabra del portugués *laudo* como *informe* debido a que en nuestro idioma se utiliza la palabra *laudo* como decisión final del árbitro en un procedimiento arbitral o inclusive para decisiones parciales respecto al objeto del proceso arbitral. Respecto al origen de la palabra portuguesa *laudo*, el autor señala que es la 1ª persona del indicativo de *laudare* que significa ‘elogiar, aprobar’, etc., en el sentido de “yo apruebo”. Asimismo, añade que en lengua portuguesa se acostumbra llamar *louvado* al perito.

⁵ Nota del traductor. He optado por traducir la palabra del portugués *parecer* como *dictamen jurídico*, debido a que la palabra *parecer* no es usada en el español en el lenguaje forense de los procesos. Respecto a dicha palabra, el autor señala que proviene de *parere* que significa aparecer o ser manifestado.

9. ACTOS DE JURISDICCIÓN

El ejercicio de la función jurisdiccional le corresponde al juez y a todos aquellos que lo auxilian. Esta función se materializa a través de actos del Estado, destinados a administrar la justicia, los cuales deben practicarse conforme a ley. Los actos de los órganos jurisdiccionales auxiliares reflejan el desempeño de sus funciones que, aunque sean importantes, son limitadas (por ejemplo: los oficiales de justicia realizan citaciones, notificaciones, embargos, etc.; los tasadores determinan el valor de los bienes para diferentes fines; los contadores efectúan operaciones de cálculo; el personal de los registros y secretarías custodian los autos y los trasladan conforme a los mandatos judiciales o legales).

10. ACTOS DECISORIOS (DESPACHOS, DECISIONES INTERLOCUTORIAS Y SENTENCIAS)

No todos los actos del juez corresponden a un juzgamiento del mérito, pues también emite actos que no tienen este contenido (v. gr., cuando interroga a la parte o hace preguntas a los testigos, firma oficios o lleva a cabo la inspección de personas y cosas); sin embargo, los actos de mayor relevancia entre los que práctica el juez son los actos decisorios.

Son tan predominantes que el legislador no consideró necesario calificarlos en el *encabezado* del artículo 203 en el que simplemente los denominó *pronunciamientos del juez*, sin añadirle el adjetivo *decisorios*. En un sentido amplio, las decisiones (de *decidere* ‘cortar, poner término, finalizar’) del juez son la sentencia, las decisiones interlocutorias y los despachos enumerados en orden inverso en los tres párrafos del artículo 203.

El § 3.º del artículo 203 se valió de un criterio de exclusión para definir al despacho, tarea que, por cierto, no le corresponde al legislador. Allí se establece, en síntesis, que los despachos son todos los pronunciamientos que no sean sentencias ni decisiones interlocutorias. La tradición académica ridiculiza este método de definición por exclusión:

«¿Qué es un navío?», pregunta el profesor de Derecho Comercial. «Un navío es todo lo que flota», responde el alumno improvisado. «¿Entonces el pato es un navío?», ironiza el profesor, frente a lo cual el alumno, con una sonrisa desconcertada, responde: «Un navío es todo lo que flota... menos el pato».

En lugar de afirmarse que un despacho es simplemente todo aquello que no sea una sentencia o una decisión interlocutoria, tal vez, el legislador si hubiera insistido en aventurarse en el ámbito de la doctrina podría haber señalado que los despachos son los actos por los cuales el juez impulsa el proceso, dándole una continuidad.

Por ejemplo, será el caso cuando el juez admite la demanda y ordena la citación (artículo 334), si solicita al demandante que haga una réplica (artículo 350), si ordena el pronunciamiento de una parte sobre los documentos presentados por la otra (artículo 437 § 1.º), si concede una providencia requerida por el Ministerio Público, si fija la fecha para la práctica de un acto o la actuación de una prueba o si se esclarece una duda del funcionario judicial. En efecto, en todos estos casos se estará emitiendo un despacho.

Este verbo «despachar» ingresó al portugués posiblemente a través del provenzal *despeechier* que, sin duda, se formó del latín *impedire* con la preposición *de*, usada como prefijo de negación: ‘desimpedir, remover un obstáculo’, por lo tanto, dar curso, continuidad e impulso.

La doctrina ofrece diferentes clasificaciones de despachos. Algunas de estas carecen de utilidad científica o práctica. El Código de Proceso Civil destacaba, dentro de la categoría de los despachos, los *despachos de mero expediente*, mencionados expresamente en el artículo 1.001 como actos de mero ordenamiento del proceso que se asemejan a los demás, pero caracterizados por el hecho de que no pueden causar perjuicio a nadie. Esta es su singularidad.

Por ejemplo, sería el caso del despacho que ordena la incorporación de una petición para su posterior apreciación, el que ordena la sustitución de una carátula deteriorada de los autos, el que manda a corregir la defectuosa numeración de las fojas y el que solicita una información al archivo.

Si de un despacho se deriva una pérdida o derrota desfavorable de una parte (capítulo VIII, n.º 2), pierde su naturaleza de acto de mero expediente; sin embargo, la Ley 11.276, del 07/02/2006, modificó la antigua redacción del artículo 504 del CPC de 1973, adoptando la misma redacción que el artículo 1.001 del Código vigente. Este artículo establece, simplemente, que «no procede recurso contra los despachos». Esta redacción incluye, evidentemente, los despachos de mero expediente que son una especie del género despachos.

Por otra parte, a lo largo del proceso surgen cuestiones que afectan su curso normal y cuya resolución es esencial para su desarrollo. Estas cuestiones configuran los *incidentes procesales* (de *incidere*, caer sobre o encima) como los que se derivan de la verificación de la incapacidad procesal, de la irregularidad en la representación de una parte (artículo 76) o de la impugnación del valor atribuido a la causa (artículo 293).

Recientemente, una alumna me hizo una observación señalando que cabría comparar el incidente procesal con un penal en un juego de fútbol, que puede ocurrir durante el partido sin constituir un acto indispensable para su desarrollo. El § 2.º del artículo 203 reserva el término *decisiones interlocutorias* (de *interloqui* ‘interrumpir hablando’) para referirse a los actos que resuelven las cuestiones incidentales o incidentes (véase el capítulo VIII, ítem 6).

Es importante que no se confundan las cuestiones incidentales con las acciones incidentales. Estas últimas son demandas que se interponen en el transcurso de un proceso, ya sea dentro del mismo expediente o en un expediente separado, siempre que guarden relación con la materia

tratada. Incluso pueden interponerse antes de la formación del proceso, pero en todos los casos implica la formulación de un pedido autónomo de prestación jurisdiccional, como ocurre en la reconvencción o en la acción cautelar, anterior o posterior a la presentación de la demanda principal. El juzgamiento de estas demandas se hace mediante la sentencia. Cuando la acción incidental es anterior a la demanda principal se configura una especie de incidente por anticipación.

El acto decisorio más importante es la *sentencia* (de *sentire* ‘sentir’, porque refleja el sentimiento del juez acerca del derecho aplicable), que el § 1.º del artículo 203 define como «el pronunciamiento a través del cual el juez, con fundamento en los artículos 485 y 487, pone fin a la fase cognitiva del procedimiento común, así como extingue la ejecución».

En este texto, la palabra sentencia comprende también a la sentencia colegiada (juzgamiento colegiado emitido por los tribunales —artículo 204—) siempre que esta tenga el mismo contenido; sin embargo, el proceso puede prolongarse en otro grado de la jurisdicción mediante la interposición de un recurso (capítulo VIII).

Son *terminativas* las sentencias (y las sentencias colegiadas) que extinguen el proceso sin la resolución del mérito (artículo 485) y *definitivas* las que se pronuncian sobre el mérito (artículo 487), declarando fundado o infundado el pedido formulado en la demanda o en la reconvencción, y estableciendo una prestación destinada a resolver la litis o a administrar el interés social relevante.

Las sentencias definitivas pueden ser de tipo *declarativas* (de *declarare*, dar a conocer, manifestar, esclarecer) o *meramente declarativas* cuando se limitan a declarar la existencia, inexistencia o el modo de ser de una relación jurídica, así como la autenticidad o falsedad de un documento (CPC, artículo 19, I y II). Todas las sentencias que declaran infundado el pedido, rechazándolo, son declarativas negativas. También tienen esta

naturaleza aquellas que declaran la extinción del proceso de ejecución (artículo 925), ámbito en el cual no corresponde emitir alguna sentencia sobre el mérito; sin embargo, en estos casos se admiten las terminativas.

Dichas sentencias definitivas también podrán ser de tipo *condenatorias* (del latín *condemnare*, de *cum damno* ‘con daño, con pérdida, en detrimento’). Estas se caracterizan por su imposición de alguna prestación consistente en la obligación de entregar una cosa, de pagar cierta cuantía, de hacer o de no hacer.

De otro lado, parte de la doctrina brasileña, encabezada por Pontes de Miranda, considera como sentencia mandamental (de *mandare* ‘encargar, confiar, ordenar’) aquella que contiene una orden dirigida, especialmente, a la autoridad. Un ejemplo de ello son las sentencias que conceden un mandato de seguridad - CF, artículo 5, LXIX y LXX) en las que se impone una práctica o abstención. No obstante, parece que este tipo de sentencias podrían estar dentro de la categoría de las sentencias condenatorias.

Finalmente, un último tipo de sentencias son las constitutivas (del latín *constituere*, de *cum* ‘con’ y *statuere* ‘poner en un estado, establecer’) que modifican relaciones o situaciones jurídicas como las que decretan la separación judicial o las que anulan un acto afectado por uno de los vicios de la voluntad.

Cabe resaltar, como bien enseña Pontes de Miranda, que ninguna sentencia posee una naturaleza exclusivamente declarativa, condenatoria, mandamental o constitutiva.⁶ En efecto, todas las sentencias definitivas contienen algo de uno de estos tipos, dado que, por ejemplo, para condenar o modificar una relación o situación jurídica el juzgamiento, necesariamente, debe declarar. Asimismo, se debe añadir aquí que el concepto de sentencia definitiva del proceso de conocimiento puede ser

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado das Ações*, São Paulo, Ed. Rev. Tribunais, 1970, t. I, p. 117 y ss.

extendido a las sentencias definitivas emitidas en los procesos cautelares, aunque estas últimas carecen del carácter permanente de las primeras debido a su naturaleza transitoria.

La denominación *sentencias determinativas* (de *determinare* ‘demarcar, limitar’, incluso en el tiempo, poniendo un término, un fin) se debe a que al resolver sobre relaciones jurídicas de carácter continuado su comando solo persiste mientras que no se modifiquen las circunstancias que regula. Estas sentencias pueden ser revisadas si se produce una modificación en el estado de hecho o de derecho (CPC, artículo 505, 1). Por ejemplo, esto ocurre con las sentencias que conceden alimentos cuya vigencia depende de si perduran las necesidades del alimentado y de las posibilidades del alimentante, pudiendo ser modificadas en caso de variación de cualquiera de las circunstancias de ambas personas.

Finalmente, cabe señalar que al clasificar las acciones según la sentencia a la que están dirigidas (v. gr., las acciones condenatorias, constitutivas y declarativas), en realidad, lo que se clasifica no es la acción, sino la sentencia reclamada: se llama condenatoria a la acción de cobro de un crédito, pero si el pedido resulta infundado, la acción cambia de categoría y pasa de condenatoria a declarativa negativa, lo que evidencia la impropiedad de esta clasificación desde un punto de vista estrictamente técnico.

11. FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES

El derecho procesal contemporáneo hace pocas exigencias en cuanto a la forma de los actos procesales. El Código de Proceso Civil brasileño, siendo un código moderno, no se dejó atar ni a las formas ni a las fórmulas. Por ello sorprende y causa admiración el éxito de los formularios en los cuales se pretende enseñar formas y fórmulas como si la omisión de estas pudiera generar perjuicios a la parte. Nada de eso. El artículo 188 del Código de Proceso Civil es claro:

Los actos y los documentos procesales no dependen de una forma determinada, salvo cuando la ley expresamente lo exija, considerándose válidos los que, realizados de otro modo, cumplan su finalidad esencial.

*Documento procesal*⁷ es la documentación de un acto o hecho realizado por el funcionario judicial encargado del proceso (v. gr., el acta de la audiencia prevista en el artículo 367 o el acta de las primeras declaraciones del inventariante en el artículo 620). El artículo 208 establece que «la documentación de la incorporación, vista, conclusión y otros semejantes contendrán notas fechadas y rubricadas por el escribano o por el jefe de la secretaría».

Cuando se incorpora un pedido o se pone los autos a disposición de las partes para que los examinen en cumplimiento de un mandato judicial o legal se deja constancia mediante una nota. Generalmente, esta nota se efectúa mediante un sello en el cual el funcionario judicial declara el acto que practicó, indicando la fecha y su firma. El documento de conclusión (conclusión: de *concludere* ‘cerrar, concluir’ - el funcionario judicial cierra una etapa y envía los autos al juez) es una nota semejante que recoge el envío de los autos al juez para que este practique algún acto de su competencia.

La estricta observancia de la forma depende de una previsión expresa en la ley (artículo 188). La sentencia, por ejemplo, es un acto procesal solemne sujeto a una forma determinada cuyo incumplimiento acarrea su nulidad. Obsérvese que el artículo 489, en su *encabezado*, alude a sus elementos *esenciales*: la parte expositiva, la fundamentación y la parte dispositiva. En el caso de las sentencias colegiadas deben ir encabezadas

⁷ Nota del traductor. He optado por traducir la expresión portuguesa *termo processual* como *documento procesal* debido a que una traducción literal como término procesal no es utilizado en la práctica procesal ni en los códigos procesales de países de lengua castellana. El autor respecto a dicho nombre en portugués señala que proviene del latín *terminus* que significa ‘marco, límite’ y, por tanto, el registro de lo que se practicó.

por un resumen de la materia decidida, llamada sumilla,⁸ aunque no es parte indispensable del fallo. La ausencia de la sumilla no anula la sentencia colegiada, ya que la ley no prevé tal sanción.

Los actos procesales se rigen por el principio de publicidad. En consecuencia, se practican en público, salvo en circunstancias especiales (CF, artículos 5, LX, y 93, IX; CPC, artículo 11, párrafo único). Ello implica que estén bajo la observación de todos incluso de las personas sin algún interés directo en el proceso. Desafortunadamente, pocos actos adoptan la formal oral que depende de la autorización expresa de la ley (v. gr., CPC, artículos 364 y 937), predominando la forma escrita (v. gr., artículos 319 y 335).

Es obligatorio el uso del idioma oficial (artículo 192) que es la lengua portuguesa (CF, artículo 13). Solo se admite la incorporación de un documento en lengua extranjera cuando es acompañado de la versión en lengua portuguesa, tramitada por vía diplomática, por la autoridad central o firmada por un traductor juramentado (CPC, artículo 192, párrafo único). Un intérprete actuará, designado por el juez, para traducir documentos dudosos en lengua extranjera, traducir declaraciones en idioma extranjero y también para la interpretación simultánea de las declaraciones de las partes y testigos con deficiencia auditiva que se comuniquen por medio de la lengua brasileña de señas o equivalentes (artículo 162).

12. TIEMPO Y LUGAR DE LOS ACTOS PROCESALES

El libro bíblico de Eclesiastés, capítulo 3, versículo 1, proclama que «todas las cosas tienen su tiempo y todas ocurren bajo el cielo según el tiempo que a cada una le fue prescrita». Lo mismo sucede en el proceso en el que la ley establece un plazo para la práctica de cualquier acto por

⁸ Nota del traductor. He optado por traducir la palabra en portugués *ementa* como 'sumilla', debido a que sería la traducción más cercana haciendo referencia a un resumen. Respecto a la palabra *ementa*, el autor señala que está conformada por *e* que significa 'de' y *mens* que significa 'razón, intento, voluntad' y, por tanto, idea, pensamiento.

parte de las partes, de los terceros, del Ministerio Público, del juez y sus auxiliares. Los actos se realizan en días útiles, entre las 6 a las 20 h. No obstante, las normas de organización judicial pueden restringir el funcionamiento forense, siempre con el respeto de los límites del artículo 212. Su § 2.º, al permitir la práctica extemporánea de actos urgentes, muestra que la ley contrapone la expresión *días útiles* a los domingos y feriados. Estos últimos están definidos en normas federales, estatales y locales.

Se llama *plazo* (de *placitus*, participio de *placere* ‘agradar, verse bien’; por tanto, aquello que agradó. Día o momento fijado como el término inicial) al lapso de tiempo que transcurre entre dos momentos, llamados *términos* (de *terminus* ‘límite’). El primero se denomina *término inicial* (término *a quo* ‘desde el cual, punto del cual se parte’ y también juzgado o tribunal *a quo*, órgano del que emanó la decisión recurrida). Por su parte, el segundo es conocido como *término final* (término *ad quem* ‘hacia el cual, límite al que se llega’ y también el órgano judicial ante el cual se recurre).

Asimismo, otra clasificación utilizada respecto a los plazos es la que se subdivide en *perentorios* y *dilatorios*. Por un lado, los plazos se denominan *perentorios* (de *perimere* ‘destruir, aniquilar, agotar’) cuando fijan los límites para la práctica de un acto procesal, es decir, cuando dentro de estos el acto debe llevarse a cabo (v. gr., artículos 335, 1.003 § 5.º, 829, 306 y 721). Por otro lado, se denominan a los plazos como *dilatorios* (de *dilatare*, alargar, extender) cuando separan momentos procesales sin que sea necesario realizar ningún acto dentro de estos. Por ejemplo, es el caso del plazo del edicto de citación (artículo 257, III) a partir de cuyo término final comienza a correr el plazo para la respuesta del demandado, o el caso del plazo del artículo 334 que posterga la citación del demandado por el mínimo de 20 días desde la fecha de su defensa para darle tiempo de prepararla.

En el cómputo del plazo solo se consideran los días útiles (artículo 219). Conforme al artículo 224, que convirtió en norma a un principio general del derecho, los plazos serán contados excluyendo el día de

inicio e incluyendo el día de vencimiento. No obstante, es importante prestar atención a los tres párrafos de esta norma. El § 1.º utiliza el verbo *protrair* (de *pro* ‘hacia adelante’ y *trahere* ‘traer’) que significa avanzar o postergar.⁹

En esta norma se establece que tanto el día de inicio como el de vencimiento serán contados en el primer día útil siguiente al día en que el horario forense fuera cerrado antes o iniciado después de la hora habitual, o si hubiera indisponibilidad de una comunicación electrónica. Así, en cuanto a los días de inicio y de vencimiento se aplicará el *encabezado* del artículo 224.

La suspensión del plazo, que es diferente de la suspensión del proceso, implica la paralización del cómputo del plazo sin perjuicio del tiempo ya transcurrido. Una vez que cese la causa de la suspensión (v. gr., artículos 220 y 221), el plazo continuará únicamente por el tiempo restante. Por su parte, la *interrupción* del plazo implica que este se reiniciará completamente una vez que la respectiva causa haya cesado (v. gr., artículo 1.004 en el cual se habla que el plazo será restituido).

Los plazos existen para todos los actos procesales: para las partes, las cuales, si la ley o el juez no fijan otro, deben realizar el acto en cinco días (artículo 218, § 3.º); para los funcionarios judiciales (artículo 228); y para los jueces (artículo 226) que están sujetos a sanciones y hasta a la pérdida de la competencia funcional (artículo 235).

⁹ Nota del traductor. He optado por mantener el verbo original en portugués utilizado en el § 1.º del artículo 224 para mantener el sentido e idea desarrollada en el párrafo. El § 1.º del artículo 224 establece lo siguiente en portugués: «§ 1.º Os dias do começo e do vencimento do prazo serão *protraídos* para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica». La traducción de dicho párrafo sería: «Los días del comienzo y del vencimiento del plazo serán contados desde el primer día útil siguiente si coincidieran con el día en el que el horario forense termine antes o iniciado luego de la hora normal o haya indisponibilidad de la comunicación electrónica».

Existen reglas especiales sobre los plazos como la del artículo 180 conforme a la cual cuando una de las partes es el Ministerio Público, el plazo para manifestarse en los autos se duplica. Asimismo, el artículo 229 establece que en caso de que haya litisconsortes representados por distintos abogados, los plazos para todas sus manifestaciones se computan por duplicado (incluyéndose, en este caso, las otras modalidades de respuesta —artículo 335—) en cualquier juzgado o tribunal sin necesidad de requerimiento previo. También están las del artículo 223, 2.^a parte y §§ 1.^o y 2.^o, que permiten la restitución del plazo a la parte si no realizó el acto por justa causa.

Es fundamental prestar mucha atención a estas reglas y a la observancia de los plazos, terror de los abogados, ya que conforme al artículo 223 del Código de Proceso Civil, «Transcurrido el plazo, se extingue el derecho de practicar o corregir el acto procesal». A este cierre se le denomina *preclusión*, la cual será tratada, en adelante, en el capítulo IX, n.º 1.

En cuanto al *lugar de los actos procesales*, el Código de Proceso Civil dedica, específicamente, solo el artículo 217. En este se determina la práctica de los actos, ordinariamente, en la sede del juzgado; sin embargo, excepcionalmente, los actos se pueden practicar en otros lugares en razón de deferencia hacia la persona (v. gr., el artículo 454), de interés de la justicia (v. gr., artículo 483) o de obstáculo alegado por el interesado y aceptado por el juez.

13. COMUNICACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES

La comunicación de los actos a las partes del proceso y a otras personas que no formen parte de este es necesaria. El Código de Proceso Civil dedica todo el capítulo I del título II de su libro IV a la comunicación de los actos procesales (artículos 236 a 275). Los actos judiciales se practican por orden del juez si deben llevarse a cabo dentro de los límites

territoriales de su competencia, pero son solicitados mediante una carta si su ejecución tuviera que ocurrir fuera de estos límites (artículo 236).

Las cartas son *de orden*, cuando emanan de un tribunal superior dirigido al juez unipersonal subordinado al que se le ordena la práctica de un acto; son *exhortativas* (de *exhortatio* ‘pedir’), cuando el acto debe realizarse dentro del territorio nacional; y *rogatorias* (de *rogare* ‘preguntar, pedir preguntando’), cuando están dirigidas a una autoridad judicial extranjera (artículo 237).

Así, v. gr., ocurre cuando el juez de apelación del Tribunal de Justicia de São Paulo envía una carta de orden a un juez civil de Santos para que allí se tome la declaración de un testigo, cuando el juez del 1.^{er} Juzgado Civil de Natal envía un exhorto al juez civil de Guarapari con el mismo fin, y cuando el juez de Bagé envía una carta rogatoria al juez competente de París con el mismo propósito.

El cumplimiento de las cartas rogatorias depende de la legislación del país destinatario e incluso puede estar sujeto a un tratado o convención entre Estados soberanos. Por su parte, el cumplimiento de las cartas de orden y exhortativas solo puede ser rechazado en los casos expresamente señalados en la ley (artículo 267). Por tanto, son obligatorios, pues no se trata de un favor, aunque las antiguas fórmulas aún practicadas solo por tradición, puedan sugerir lo contrario. Un ejemplo pintoresco de este tipo de expresiones aún se lee al final de algunos exhortos: «procediendo así Vuestra Excelencia hará justicia a las partes y a mí especial mercé, lo que igualmente haré cuando me sea solicitado».

Se convoca a la parte al proceso a través de la *citación* (de *citare* ‘mover, provocar’). La citación es el acto mediante el cual se integra a una persona en la relación procesal. Al definirla, el artículo 238 tuvo el cuidado de incluir también al interesado, pensando en la jurisdicción voluntaria y en la posibilidad de que se pueda citar a alguien que no necesariamente deba ocupar el polo pasivo de la relación procesal (v. gr., si hay un litisconsorcio

necesario pasivo y no todos los litisconsortes están en el proceso, el juez ordenará citar a quien falte - párrafo único del artículo 115).

La citación es un presupuesto procesal objetivo intrínseco al proceso y su ausencia, que solo puede suplirse mediante el comparecimiento espontáneo del citado, así como su nulidad, conlleva a la nulidad del proceso y la ineficacia de la prestación jurisdiccional (artículo 239 y § 1.º). La citación tiene diversos efectos (artículo 240) y puede llevarse a cabo por correo, mediante un oficial de justicia, a través del escribano o del jefe de la secretaría si el citado comparece en el archivo, por edicto o por medio electrónico (artículo 246).

El artículo 269 define el acto por el cual se informa a alguien (partes en un sentido amplio y sus representantes, o personas ajenas al proceso) sobre los actos y documentos del proceso, llamándolo *intimación* (de *intimare* ‘introducir, inscribir, traer hacia adentro, convertirlo en cercano’).

Las partes son notificadas, por medio de sus abogados, a través de la sola publicación de los actos en la prensa oficial, cuando esta exista, siempre que en la publicación consten, bajo sanción de nulidad, los nombres de las partes y los abogados y estos sean suficientes para su identificación.

En los lugares donde no haya prensa oficial, el escribano o jefe de secretaría notifica personalmente a los abogados, redactando el acta correspondiente o mediante una carta certificada con acuse de recibo si estos están domiciliados fuera del juzgado (artículo 273, I y II). Se admite la notificación por un oficial de justicia siempre que sea ordenada por el juez (artículo 275), en cuyo caso se realiza de la misma manera que una citación por el oficial de justicia. Evidentemente, deben ser notificadas las personas ajenas al proceso que deban practicar algún acto en este (v. gr., los testigos —artículo 455—), así como las partes cuando se exija su comparecimiento o su notificación personal (v. gr., artículos 385 § 1.º, y 485 § 1.º).

Nadie está obligado a incorporarse al proceso ni a practicar en este algún acto sin haber sido citado o notificado. Por esta razón, la citación y la notificación constituyen puntos de referencia (no, necesariamente, como el inicio del plazo - véase el artículo 231) para la actividad procesal a la que están destinada. Bajo la forma de intimación, el Código incluye actos de citación como del reconvenido para contestar (artículo 343 § 1º) o el del ejecutante para impugnar la oposición del deudor (artículo 920).

La Ley 11.419, del 19/12/2006, que «dispone sobre la informatización del proceso judicial», regula el uso de medios electrónicos en la tramitación de procesos judiciales, la comunicación de actos y la remisión de piezas procesales (artículo 1). En el artículo 2 se admite el envío de peticiones, recursos y la práctica de actos procesales en general a través de medio electrónico. Asimismo, en el artículo 4 se permite a los tribunales la creación del *Diario de Justicia Electrónico*, disponible en un sitio web de acceso público a la red mundial de computadoras. Dado que un análisis detallado de esta ley excede los limitados alcances de este libro, cabe destacar que representa una evolución en los medios de comunicación de los actos procesales con la incorporación de herramientas que hoy están al alcance de todos. En ausencia de estos recursos se utilizan los medios tradicionales.

CAPÍTULO VII

EL PROCEDIMIENTO

Sumario: 1. Idea de procedimiento.— 2. Clasificación del procedimiento.— 3. Procedimiento común.— 4. Procedimientos sumario, sumarísimo y especiales.— 5. Procedimientos en el proceso de ejecución.— 6. Procedimientos en el proceso cautelar.— 7. Procedimientos en la jurisdicción voluntaria.— 8. Sistema de oralidad y sus principios

1. IDEA DE PROCEDIMIENTO¹

Me siento a escribir mientras una bellísima y vibrante voz llena mi sala cantando «Garota de Ipanema», en la grabación del *compact disc* *Ella abraça Jobim*. Recuerdo que en otro álbum, *Montreux*, Ella Fitzgerald también interpreta la composición de Tom y Vinícius, pero de modo diferente. La canción y la letra no cambian; sin embargo, ambas interpretaciones difieren en la manera en que la cantante vocaliza la melodía y repite los versos. Hay una variación en el ritmo, la entonación y la duración. Del mismo modo, el proceso judicial, aunque la relación jurídica —tratada en los dos capítulos anteriores— siga siendo la misma, varía en su *modo* de desarrollarse. En algunas ocasiones será más rápido, mientras que en otras se prolongará más, en otras ocasiones será más complejo y en otras más simple, compuesto por un mayor o menor número de actos.

¹ Sobre el tema tratado en este capítulo, véase mi artículo «Considerações sobre o procedimento». En *Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 4 y ss. También mi artículo «Notas sobre o procedimento ordinário e o procedimento sumaríssimo no CPC», en la segunda serie de la misma obra, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 4 y ss.

Se denomina *procedimiento* al modo en que se desarrolla el proceso. Por tanto, se trata del proceso en su dinámica, en la manera en que se inicia, prosigue y se extingue. João Mendes de Almeida Júnior, procesalista de São Paulo, donde dio lecciones sobre esta ciencia en los inicios del siglo pasado, fue el primer autor brasileño en distinguir *proceso* de *procedimiento* y explicó:

El sufijo nominal *mentum* se deriva del griego *menos*, que significa principio de movimiento, vida, fuerza vital, y de *to* que es una partícula expletiva. Como sufijo nominal expresa el acto en su modo de hacer y en la forma en que es realizado, es decir, representa el acto regularmente formalizado.²

El Código de Proceso Civil distingue cuidadosamente ambos conceptos, como corresponde a la buena técnica. No obstante, aunque algunos intolerantes lo consideren un error grave, no es un crimen atroz emplear proceso en lugar de procedimiento cuando se quiere aludir al primero en su dinámica, en su modo de avanzar, ya que incluso el lenguaje científico puede servirse de metonimias.

José Carlos Barbosa Moreira, el más grande procesalista brasileño de la actualidad, y una figura destacada en la procesalística mundial actual, publicó un *best-seller* en numerosas ediciones titulado *O Novo Processo Civil Brasileiro*.³ Aunque esta obra de lectura indispensable tenga este título, principalmente, se centra en el procedimiento. La diferencia entre proceso y procedimiento radica en que el proceso es el conjunto de todos los actos constitutivos de la relación jurídica destinada al ejercicio de la jurisdicción (noción estática), mientras que el procedimiento es el

² MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. *Direito Judiciário Brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. F. Bastos, 1940, pp. 264 y 265.

³ Obra de la editorial Forense.

orden o la manera en que se desarrollan los actos procesales (ídea dinámica).⁴

2. CLASIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En cuanto a la forma que imprime a los actos procesales, el procedimiento puede ser escrito u oral (sobre la expresión *procedimiento oral*, véase el último acápite de este capítulo en el cual se trata sobre el *sistema de oralidad*). En cuanto a su aspecto dinámico, se extrae del Código de Proceso Civil la clasificación de procedimiento en *común* y *especiales* (artículo 318, párrafo único).

El procedimiento común es exclusivo del proceso de cognición el cual, sin embargo, también se desarrolla en los procedimientos especiales establecidos en el título III del libro I del propio Código de Proceso Civil o en leyes especiales. En el proceso de ejecución existen varios procedimientos, todos ellos especiales y que son diseñados en función de la naturaleza de la prestación que el título ejecutivo judicial o extrajudicial hace exigible.

3. PROCEDIMIENTO COMÚN

Sería ideal establecer un procedimiento específico para cada tipo de demanda, determinado por el juez al admitirla, considerando la mejor manera de desarrollar una relación procesal específica; sin embargo, pueden preverse el desorden y los inconvenientes de una norma de ese tenor debido a la adopción de distintos criterios por cada magistrado cuyas funciones se complicarían por la necesidad de concebir proyectos procedimentales como un arquitecto que diseña una obra de ejecución futura. Por ello, la ley establece un procedimiento para el proceso ejecutivo

⁴ Sobre la diferencia entre proceso y procedimiento, el muy recordado Wellington Moreira Pimentel, magistrado y profesor en Río de Janeiro, *Comentários ao CPC*, vol. III, 2.^a ed., São Paulo, Ed. Rev. Tribunais, 1979, pp. 8 a 14.

que debe ser seguido salvo que una norma expresa ordene la aplicación de otro: el *procedimiento común*.

La importancia del procedimiento común queda demostrada con el párrafo único del artículo 318 cuando establece que se aplica subsidiariamente a los demás. Cuando se habla de una *acción ordinaria* se refiere a una *acción cuyo proceso sigue el procedimiento común*. En consecuencia, se emplea la *acción ordinaria* cuando la ley expresamente no ordena la adopción de otro procedimiento (v. gr., acción de consignación en pago, de rendición cuentas, de conservación y reintegración de la posesión —de posesión, siendo una fórmula imperfecta, pero tradicional en el ámbito forense empleada también por el Código de Proceso Civil—). En realidad, cuando se mencionan estas acciones se alude al procedimiento que rige el proceso derivado de su interposición. En estos casos, no se clasifica la acción, sino solo el procedimiento.

La doctrina suele mencionar a las *fases del procedimiento* (postulatoria, probatoria o instructoria y decisoria) considerando el elemento predominante en sus etapas. Prefiero hablar de actividades dentro del procedimiento, ya que la postulación, la prueba y las decisiones ocurren en todos los momentos procedimentales.

Examinemos, de manera general y rápida, remitiéndonos a las disposiciones del título I, el procedimiento común tal como lo estructura el Código de Proceso Civil. No se debe omitir el hecho de que al regularlo el legislador introdujo en su sistemática normas ajenas de carácter no procedimental (v. gr., las concernientes al pedido) e incluyó allí correctamente otras aplicables a todos los procedimientos, sin importar el tipo de proceso.

El procedimiento común comienza con la demanda escrita que deberá cumplir con los requisitos de los artículos 319 y 320. El juez puede admitirla, ordenando la citación del demandado (artículo 334) o decretar antes de ello su subsanación. Al juez le corresponde rechazarla en los

casos previstos del artículo 330 entre los cuales se destaca la ineptitud de la demanda definida en el § 1.º de esta norma. La improcedencia liminar de la demanda es una sentencia terminativa (artículos 203 § 1.º y 485, 1) que da lugar al recurso de apelación (artículo 1.009), pero con la posibilidad de que el propio juez revise la sentencia (artículo 331).

Cuando el demandado es citado o comparece espontáneamente (artículo 239 § 1.º) responde en 15 días (artículo 335) a través de la contestación. La contestación, regulada en los artículos 336 al 341, es el acto de defensa del demandado en el cual debe alegar toda la materia con la que impugna la pretensión del demandante. Se llama principio de eventualidad al precepto que exige la presentación de todas las defensas procesales (las del artículo 337) o materiales (las que se oponen a la pretensión —v. gr., pago, compensación, nulidad de contrato, etc.—), incluso si son contradictorias entre sí para el caso (eventualidad) en el que el órgano judicial rechace una o algunas, y acoja otra u otras.

La falta de contestación se denomina *rebeldía* (de *rebellis* ‘el que se rebela’; *rebelare* de *re* ‘nuevamente’ y *bellum* ‘guerra’ —rebelarse, de ahí aquel que se rebela contra la citación para comparecer al proceso—). La rebeldía produce el nefasto efecto de hacer que se presuman verdaderos los hechos afirmados por el demandante (artículo 344); sin embargo, esta presunción no conduce necesariamente a la fundabilidad de la pretensión. Si los hechos no producen la consecuencia jurídica pretendida por el demandante, el juez declara infundado el pedido (v. gr., la ausencia de contestación hace presumir verdadera la alegación de la demanda de posesión de un inmueble por seis meses, pero este tiempo es insuficiente para generar la usucapión que se pretende que sea declarada en la sentencia).

La rebeldía no produce el efecto del artículo 344 en los supuestos previstos en el artículo 345 o cuando los hechos narrados en la demanda sean inverosímiles, pero sí genera siempre la sanción establecida en el artículo 346. A pesar de ello, no impide que el demandado intervenga en

el proceso en cualquier momento, recibéndolo en el estado en que se encuentre. La rebeldía es una especie de *contumacia* que consiste en la abstención de una parte en la realización de un acto que le corresponde (de *contumax* —de *cum* ‘con’, y *tumere* ‘estar hinchado, ensorbecido, orgulloso, desdeñoso’—).

Cuando la reconvencción es realizada debe estar contenida en la contestación (artículo 343), ya que no se admite que sean presentadas en momentos diferentes. La reconvencción constituye una demanda del demandado, en este caso reconviniendo, contra el demandante, *reconvenido*, dentro del mismo proceso de la demanda principal (artículo 343), y tiene un carácter autónomo (artículo 343 § 2.º). Asimismo, este acto exige la citación del demandante de la demanda principal, que en este caso es demandado, en la forma de intimación incluso electrónica a su abogado para contestar en un plazo de 15 días (artículo 343 § 1.º).

Luego de estos actos, el juez procede a las *providencias preliminares*, denominadas así porque son preparatorias al juzgamiento. Si la rebeldía se configura por el hecho objetivo de la ausencia de contestación y no se generan sus efectos, el juez ordenará al demandante que especifique las pruebas (orales) que pretenda actuar en la audiencia (artículo 348).

Si el demandado reconoce el hecho sobre el cual se funda la demanda, pero opone un hecho impeditivo (v. gr., prescripción o caducidad), modificativo (v. gr., novación) o extintivo (v. gr., pago, compensación, confusión, etc.), el juez escuchará al demandante en réplica (de *re-plicare*, replegar hacia atrás) en un plazo de 15 días (artículo 350). Conforme al artículo 351, el juez procederá del mismo modo si el demandado alega una de las defensas del artículo 337 o si incorpora documentos (artículo 437 § 1.º). Asimismo, el juzgador ordenará que la parte responsable subsane cualquier irregularidad o nulidad subsanable (artículo 351). Superada la etapa de las providencias preliminares, el procedimiento avanza hacia la sentencia.

Según el artículo 139, II, el juez es el principal guardián del principio de celeridad. Este principio exige el juzgamiento sin dilaciones innecesarias y tan pronto como el proceso se encuentre en condiciones de emitir la sentencia. El Código de Proceso Civil, inspirándose en la legislación alemana, denomina al conjunto de métodos que pone a disposición del juez para emitir sentencia como *juzgamiento conforme al estado del proceso*.

El juez debe proceder a la *extinción del proceso* conforme al artículo 354 si se encuentra ante cualquiera de los supuestos previstos del artículo 485 que generan una sentencia terminativa o si se configura alguna de las hipótesis de los incisos II y III del artículo 487 que conlleva a una sentencia definitiva. Asimismo, le corresponde al juez emitir un *juzgamiento anticipado de la litis*, resolviendo directamente la pretensión (es decir, sin la realización de la audiencia), en tres supuestos: si la cuestión de mérito es exclusivamente de derecho; si existe una cuestión de hecho y de derecho, pero no hubiera la necesidad de actuar la prueba (oral) en audiencia; y, por último, si se produce la rebeldía y esta genera el efecto del artículo 344 sin que se haya solicitado la prueba (artículo 355).

De la misma forma, el juez deberá juzgar anticipadamente la litis incluso si admite la prueba pericial, siempre que una vez que sea actuada y garantizada la manifestación de las partes sobre ella, no sea necesario ordenar más prueba oral, que sería la única en justificar la audiencia. El artículo 357 confirma esto.

Si el caso no da lugar a la extinción del proceso (artículo 354) ni al juzgamiento anticipado de la litis (artículo 355), entonces el juez, conforme al artículo 357, emitirá el *despacho saneador* (que es llamado así por el propio CPC en el artículo 377 —de *saneare*, del latín *sanare* ‘curar, sanar’, que proviene de *sanus* ‘con salud, saludable’—).

De acuerdo con la clasificación que el código otorga a los actos decisorios en el artículo 203, y solo bajo esta clasificación, el despacho saneador será una *decisión interlocutoria* conforme al § 2.º de dicha norma

siempre que en este se decida algún incidente (v. gr., si en la contestación se alegó la ineptitud de la demanda, la incompetencia absoluta o la carencia de acción por la falta de las respectivas condiciones, o cualquier otra defensa preliminar y el juez, en el momento del despacho saneador, decide la cuestión después de escuchar al demandante de conformidad con el artículo 351).

El juez emitirá el despacho saneador en la misma audiencia de conciliación, en la que también fijará la fecha de la audiencia de instrucción, siempre que la causa verse sobre derechos disponibles, salvo que en dicha audiencia se haya obtenido un acuerdo. Si no corresponde la realización de la audiencia de conciliación, el juez procederá con el saneamiento después de las providencias preliminares, salvo si ya estuviera en condiciones de sentenciar.

Al declarar saneado el proceso y considerándolo apto para recibir el juzgamiento de mérito, el juez admite pruebas, incluyendo el examen pericial, nombra al perito y faculta a las partes para que designen a sus respectivos asistentes técnicos. Asimismo, el juez fija la audiencia de instrucción y juzgamiento si hubiera pruebas que tengan que ser actuadas.

No hay motivo lógico o jurídico para que el juez fije la audiencia solamente por haber admitido la prueba pericial. El Código, en su estructura y en el artículo 357, solo permite la fijación de la audiencia de instrucción si en esta deben actuarse pruebas orales. La simple admisión de la prueba pericial no es razón suficiente para forzar al juez a fijar la audiencia.

Nótese que el proceso rechaza los actos innecesarios y la audiencia solo tendrá utilidad si en esta se actúa alguna *prueba oral* como lo establece el Código de Proceso Civil cuando crea en el artículo 355 el juzgamiento anticipado de la litis. Por tanto, al admitir la pericia, el juez solo debe fijar la audiencia si existen razones determinantes para ese acto, puesto que, en gran medida, dicho acto vuelve más lento el proceso por el congestionamiento de la agenda judicial. Si no hay razones suficientes (aunque estas

pueden surgir después de la pericia —v. gr., cuando una de las partes solicita esclarecimientos verbales al perito y asistentes, o si la pericia demuestra la conveniencia de la declaración personal de una de las partes o de la prueba testimonial—), el juez admite la prueba pericial, recaba la manifestación de las partes sobre el informe y dictamen jurídico y, posteriormente, si se verifica la necesidad de la prueba oral fija la audiencia. En caso contrario, si la audiencia es innecesaria, el juez juzga anticipadamente la litis aplicando el artículo 355, I.

En el artículo 300, el Código permite al juez anticipar la tutela, esto es, conceder, antes de la sentencia, la pretensión del demandante siempre que se cumplan los requisitos del artículo 311.

El legislador incluyó en el título I del libro I de la Parte Especial el extenso capítulo XII que reúne 115 artículos (artículos 369 al 484) y que regula la prueba. Evidentemente, la prueba no se utiliza únicamente en el proceso de conocimiento, ya que se destina a cualquier tipo de proceso y puede llevarse a cabo en cualquier procedimiento. Asimismo, la materia regulada en el capítulo XII no posee naturaleza exclusivamente procedimental. No obstante, dentro de la regulación de la prueba se distinguen normas relacionadas al modo de su actuación, las cuales integran un sistema que se podría identificar como *procedimiento probatorio*.

Es importante señalar algunas de las reglas fundamentales del capítulo XII que conforman el procedimiento probatorio (o la fase de instrucción): en la sección I, vale la pena prestar atención al artículo 449 con la observación que alude a la prueba oral, así como a los artículos 385, 377 y 380. Por otra parte, en la sección IV, cabe mencionar los artículos los artículos 385 y 386 con la anotación de que si bien existe una normal moral que obliga a decir la verdad —además de lo establecido en el artículo 77, inciso I—, no se prevé sanción alguna para la parte que falte a la verdad en su declaración en virtud del principio según el cual nadie puede ser obligado a autoincriminarse.

En la sección V, se destacan los artículos 390 y 394 con la advertencia de que la confesión no conlleva necesariamente a la victoria de la parte adversaria (v. gr., esto ocurre si se confiesa la existencia de una convención sobre la renuncia a los alimentos —prohibida por el artículo 1.701, primera parte del Código Civil—, cuando se confiesa un hecho inverosímil o cuando el hecho reconocido no genera las consecuencias jurídicas pretendidas por la parte contraria).

En la sección VI, todos los artículos, salvo el 400, contienen normas de contenido procedimental. Al regularse la prueba documental en la sección VII del capítulo XII, el Código de Proceso Civil concentró las normas procedimentales relativas a esta en la subsección II (artículos 430 al 433), así como en la subsección III (artículos 434 al 438). Cabe destacar que la alegación de falsedad constituye una demanda incidental. Las reglas relativas al procedimiento de actuación de la prueba testimonial se encuentran en la subsección II (artículos 450 al 463) de la sección IX.

Las reglas procedimentales relativas a la prueba pericial se establecen en todas las disposiciones de la sección X (artículos 464 al 480). Todas las reglas de la sección XI (artículos 481 al 484) están dedicadas a la inspección judicial que es un medio por el cual el juez examina personas o cosas y también se esclarece sobre aspectos técnicos. El juez puede ordenar la reconstrucción de los hechos mediante una representación (artículo 483, III) que es más conocida por su utilización en la investigación criminal.

En los últimos párrafos, no tuve como objetivo hacer una selección rigurosa de las normas procedimentales del sistema probatorio, sino únicamente el propósito de destacar aquellas en las cuales predomina dicha característica.

Es comprensible que el Código haya ubicado a la *audiencia* (*audientia*, de *audiens* ‘oyente’, de *audire* ‘oír’) de *instrucción* (*instructio* ‘acción de adaptar o ajustar’, de *instruere* ‘ordenar o disponer’, en consecuencia, el acto

de esclarecer y de esclarecerse, de aprender) y de *juzgamiento* (latín *judicium*, de *judex* ‘juez’, palabra que proviene de *judicare* ‘juzgar’, compuesta por *jus* ‘derecho’ y *dico* ‘yo digo’: yo digo el derecho) en el capítulo I del título I dedicado al procedimiento común.

La *audiencia de instrucción y de juzgamiento* es un acto procedimental que si bien no es exclusivo del procedimiento común, claro está, sí proporciona un auxilio a los demás procedimientos (artículo 318, párrafo único). La audiencia se destina a la búsqueda de conciliación si es jurídicamente admisible, a actuar la prueba oral (declaraciones personales, declaraciones de los testigos, esclarecimientos verbales del perito y asistentes), a los debates de las partes a través de sus abogados, al pronunciamiento del Ministerio Público únicamente en los procesos en los que interviene y a la emisión de la sentencia.

Todo ello es expresado verbalmente, motivo por el cual la audiencia no se debe realizar si no es necesaria la actuación de la prueba oral. Si no se emite la sentencia en la audiencia de juzgamiento, y se posterga para un momento posterior, la audiencia tendrá un contenido exclusivamente de instrucción. El juez preside la audiencia la cual es pública, excepto en los casos en que el proceso se tramite bajo secreto de justicia (artículo 368), y en esta se ejerza el poder de policía (artículo 360).

En el día y hora señalados, el juez declara abierta la audiencia y ordena llamar a las partes y a sus abogados (artículo 358). El pregón (de *praeco* ‘pregonero público, heraldo’, el prefijo *prae* indica delante de, adelante, aquello que viene en frente) es un anuncio hecho en voz alta en la antesala del juez. Este espacio es el lugar donde los abogados, partes y otras personas acostumbran a esperar los actos del proceso. En Francia, este lugar es conocido como la sala de los pasos perdidos en alusión a quienes caminan de un lado a otro mientras aguardan sin dirigirse a ningún lugar.

Si el litigio versa sobre derechos patrimoniales de carácter privado o sobre causas de familia (mejor dicho: si por su naturaleza la litis pudiera resolverse con la autocomposición), el juez ordenará la comparencia de las partes e intentará que concilien (la ausencia de una parte no le causa perjuicio, presumiéndose que no desea la conciliación). En caso de que se alcance un acuerdo, se elaborará un documento del acuerdo quizás alcanzado (artículo 459). La audiencia del artículo 334 no impide un nuevo intento de conciliación en el inicio de la audiencia de instrucción. Después, se continúa con la instrucción. En 39 años de abogacía y en 50 de experiencia forense, iniciada en mi adolescencia en el estudio de mi papá, nunca he tomado conocimiento de que el juez cumpla con la regla del artículo 357 (artículo 331 § 2.º, del CPC de 1973) fijando los puntos controvertidos sobre los cuales se versará la prueba.

A continuación, en caso de que tengan que declarar, se escuchará al perito y a los asistentes técnicos, así como las declaraciones personales del demandante, del demandado y, en su caso, de un tercero, además de los testigos (artículo 361). Concluida la etapa de instrucción, el juez concederá la palabra al abogado del demandante, al del demandado y al Ministerio Público si interviene en el proceso en cualquiera de las dos posiciones. Cada uno dispondrá de 20 minutos, con la posibilidad de una prórroga de hasta 10 minutos adicionales a criterio del juez (artículo 364).

El tiempo se ampliará en 30 minutos si hubiera un litisconsorte o un tercero interviniente, quienes deberán dividir este tiempo en partes iguales, salvo que acuerden lo contrario (§ 1.º). Cuando la causa presente cuestiones complejas, los debates orales podrán ser sustituidos por alegatos finales escritos, los cuales deberán ser presentados por el demandante, el demandado y, en su caso, el Ministerio Público dentro de los 15 días siguientes, quedando garantizado el acceso a los autos (§ 2.º).

Finalizados los debates o presentados los alegatos finales, el juez emitirá la sentencia. Si, por cualquier motivo, no estuviera en condiciones de dictar la sentencia en la audiencia —lo que la convertiría en un acto de juzgamiento— deberá hacerlo en un plazo de 30 días contados desde la audiencia o desde la presentación de los memoriales (artículo 366).

El servidor judicial presente en la audiencia redactará el acta resumiendo las ocurrencias, en el cual también constarán todas las decisiones emitidas durante el acto incluida la sentencia. El acta será suscrita por el juez, los abogados, el representante del Ministerio Público y escribano o jefe de secretaría. El original del acta es encuadernado en un libro oficial, quedando en los autos una copia de la misma (artículo 367 y párrafos).

4. PROCEDIMIENTOS SUMARIO, SUMARÍSIMO Y ESPECIALES

El Código de Proceso Civil de 2015 reguló el procedimiento común en el título I del libro I de su Parte Especial y en el título III del mismo Libro de los procedimientos especiales. En el capítulo XV del título III, reguló los procedimientos de jurisdicción voluntaria que también son especiales si se comparan con el procedimiento común.

El Código de 2015, evidentemente, no eliminó del derecho procesal positivo brasileño los procedimientos sumario y sumarísimo, que junto a los especiales constituyen categorías distintas del procedimiento común cuyas reglas se aplican subsidiariamente a todas las modalidades procedimentales.

Dentro de la legislación especial se encuentran diversos procedimientos que pueden calificarse como sumarísimos o sumarios. Como ocurre con todas las instituciones jurídicas, el procedimiento sumarísimo, originado en el proceso eclesiástico al que se sometían asuntos legos en función del poder temporal de la Iglesia, surgió para atender las necesidades sociales de hacer más rápida la prestación de la justicia. Este

procedimiento es mencionado por la propia Constitución en el artículo 98, I, en el cual aparece vinculado a causas civiles de menor complejidad.

La Ley 9.099, del 26/09/1995, que regula los Juzgados Especiales Civiles y Criminales (juzgados de pequeñas causas), establece en su artículo 12 un procedimiento propio para las causas de competencia de estos órganos jurisdiccionales. Este procedimiento, en comparación con los regulados por el Código de Proceso Civil, es aún más breve. El artículo 272 del Código derogado dividía el procedimiento común en *ordinario* y *sumario*, lo que ya no ocurre en la legislación vigente. El superlativo *sumarísimo* califica al procedimiento de la ley mencionada y a otras normativas similares.

El sencillo procedimiento de la Ley 9.099, cuya lectura se recomienda, se rige por los principios de oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad. Asimismo, esta norma promueve, siempre que sea posible, la conciliación o transacción como lo establece el artículo 2 de esta norma vigente, al referirse tanto al proceso como al modo en que se desarrolla.

El artículo 3 de la referida ley establece que los Juzgados Especiales conocerán aquellas causas cuyo valor no exceda en 40 veces el salario mínimo, aplicándose, en consecuencia, el proceso y procedimiento que dicha norma regula. Además, este artículo dispone que la ley también se aplica: (a) cuando no haya un juzgado especial en funcionamiento en el foro de la causa; (b) cuando la ley de organización judicial limite la competencia del juzgado especial, de modo que no abarque todas las situaciones del artículo 3 de dicha ley; y, (c) cuando la causa sea una de aquellas excluidas de la competencia de los juzgados especiales (artículo 3 § 2.º, de la Ley 9.099), pero se someta a la Ley de los Juzgados Especiales de Hacienda Pública.⁵

⁵ El legislador creó los juzgados especiales de la Hacienda Pública (Ley 12.153, del 22/12/2009). Este juzgado forma parte de la justicia común, comprendido en el conjunto de los juzgados especiales civiles y criminales estatales y dependerá de la Organización Judicial de los estados

El Código de Proceso Civil creado por la Ley 13.105, del 16/03/2015, no reguló un procedimiento sumario como sí lo hacía la ley derogada; sin embargo, este procedimiento sigue figurando entre las especies procedimentales.⁶

El adjetivo *sumario* (de *suma*, resumen, abreviación, epítome) califica el procedimiento, caracterizándolo por su brevedad debido a la simplicidad de la causa. En la sistemática del Código de 1973, este comenzaba con la demanda escrita, acompañada de los documentos pertinentes, en la cual el demandante ofrecía las pruebas y la lista de testigos. Luego, el juez fijaba la audiencia de conciliación, ordenando la citación del demandado bajo sanción de rebeldía y admitía los medios probatorios pertinentes.

Se citaba al demandado para que comparezca a la audiencia, la cual no podía realizarse antes de un plazo de 10 días desde la citación, con el fin de otorgarle tiempo para preparar su defensa (plazo dilatorio que no estaba destinado a la práctica de un acto procesal, sino que le otorgaba tiempo para recordar los hechos, localizar los documentos, contratar a un abogado y realizar otras medidas similares). El demandado comparecía a la audiencia y presentaba su defensa (contestación o excepción) en la forma escrita o en la poca utilizada forma oral.

En la audiencia, el juez intentaba la conciliación y si esta fracasaba el demandado presentaba la contestación junto con documentos, la lista de testigos en caso los tuviera y un eventual pedido de prueba pericial, formulando sus preguntas y nombrando un asistente técnico. En la con-

y Distrito Federal para su implementación. La Unión Federal también organizará, en el ámbito de las demandas juzgadas por la justicia federal en los juzgados especiales federales ya existentes, juzgados específicos destinados al juzgamiento de las demandas exclusivas de la Hacienda Pública Federal.

⁶ La Ley 12.122, del 15/12/2009, agregó una línea al inciso II del artículo 275 del CPC de 1973, pero dicho dispositivo fue derogado por el Código actual. Las causas que *versen sobre la revocación de la donación* pasarán a ser juzgadas también en el procedimiento sumario.

testación, el demandado podía formular una pretensión a su favor siempre que este fundado en los mismos hechos narrados en la demanda. Esto constituía una reconvencción. El demandante, entonces reconvenido, respondía en la misma audiencia o en la audiencia de instrucción y juzgamiento que el juez fijaría para una fecha próxima, o para después de concluida la pericia. En dicha audiencia, o en el plazo de 10 días, el juez emitía la sentencia.

Acabo de repetir lo que había sido tratado en las ediciones anteriores de este libro sobre el procedimiento sumario. Lo hice así para mostrar su estructura, que bien puede encontrarse en la legislación especial o ser adoptada en leyes futuras.

Señalé en las ediciones anteriores que muchas cuestiones podrían surgir en el procedimiento sumario, ya que la naturaleza de la controversia podía volverse compleja. Estos problemas persisten cuando se adopta el procedimiento sumario. Por ejemplo, si en la audiencia se verifica la necesidad de una pericia, el juez la interrumpe convirtiendo el juzgamiento en una diligencia (del latín *diligentia*, de *diligens* ‘cuidadoso, dedicado, atento’, de ahí que se refiera a un acto de atención a un aspecto, de encargarse de dicho acto) para que se actúe la prueba.

La alegación de impedimento o sospecha suspende el proceso (artículo 313, III). Será mucho menos problemática la solución de los problemas que aparecen en esta modalidad procedimental, o que surgen en los demás procedimientos, cuando más se recuerden los principios de simplicidad, informalidad y celeridad que lo rigen, así como el hecho de que el procedimiento común suple las omisiones de la ley en cualquier caso (artículo 318, párrafo único).

Haré algunos comentarios sobre los procedimientos especiales regulados en la jurisdicción de cognición en el título III del libro I de la Parte Especial, así como en leyes especiales. El término especie (*species*, de *specere* ‘ver, mirar’, por ello aquello que se nota y se distingue por la

aparición como parte de un todo) designa una categoría, una clase. En efecto, dentro del género de los procedimientos, algunos se destacan por poseer características propias en comparación con el procedimiento común. Por esta razón se llaman *procedimientos especiales*.

La naturaleza de la pretensión formulada, la demostración de los hechos y la investigación que resultan necesarias en el proceso, los actos cuya práctica es indispensable e incluso hasta la manera de juzgar hacen necesario que la ley establezca un modo particular o específico para el desarrollo de ciertas relaciones procesales.

Por ejemplo, supóngase que Matilde exige a Carmen que rinda cuentas, pero esta no admite su obligación de hacerlo. Imagínese también que Oscar solicite la declaración judicial de adquisición de la propiedad de un terreno mediante la usucapión.

Es evidente que el proceso, en el primer ejemplo, no podrá seguir el mismo curso ni el mismo rito que el segundo. En este caso, el demandante deberá probar su posesión y la extensión del terreno que pretende usucapir, lo que requiere la manifestación de sus colindantes para que no se invada las propiedades vecinas, así como la defensa de la persona que figure como propietaria del inmueble en el registro y el pronunciamiento del poder público. En cambio, en la hipótesis de la acción de rendición de cuentas, deberá ser discutida tanto la existencia de la obligación de rendir cuenta como la forma en que debe cumplirse.

El derecho procesal toma los procesos más frecuentes que por su naturaleza no se adaptan al procedimiento común y les otorga una regulación procedimental propia. Esto ocurre no solo en el proceso de conocimiento, sino también en el proceso ejecutivo, cautelar y de jurisdicción voluntaria.

El Código regula diversos procedimientos especiales según lo dispuesto en el título III del libro I de su Parte Especial; no obstante, debido

a la complejidad (piénsese en la recuperación judicial y en la quiebra con sus distintas variantes, o en el arrendamiento de inmuebles de diversa naturaleza), las leyes sobre determinadas materias también regulan los procedimientos especiales. En algunas ocasiones, el proceso sigue un procedimiento especial solamente hasta un determinado punto a partir del cual se rige por el procedimiento común (v. gr., artículo 566); en otras, en cambio, conserva la regulación del procedimiento especial desde el inicio hasta el final. Los procedimientos especiales solo se aplican cuando la ley lo establece expresamente y, conforme al párrafo único del artículo 318 del Código de Proceso Civil, siempre están sujetos a la aplicación subsidiaria de las reglas del procedimiento común.

5. PROCEDIMIENTOS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Debido a la diversidad de obligaciones derivadas del título ejecutivo judicial o extrajudicial (artículos 515 y 784), resulta imposible adoptar un procedimiento modelo único en el proceso ejecutivo o en el cumplimiento de la sentencia; sin embargo, lógicamente, el procedimiento no puede desarrollarse del mismo modo si se somete a cobro una nota promisorio o si se ordena demoler un muro. Por ello, todos los procedimientos del proceso de ejecución son de carácter especial y el Código de Proceso Civil junto con las leyes especiales los regulan en función de la prestación del objeto del título, recurriendo a disposiciones generales y al procedimiento común como fuente subsidiaria (CPC, artículo 771, párrafo único).

El Código regula los procedimientos especiales del proceso ejecutivo en el título II de su libro II de la Parte Especial bajo el título «Diversas especies de ejecución». No obstante, no se puede olvidar que el *cumplimiento de sentencia* posee naturaleza ejecutiva como se desprende del artículo 513: «El cumplimiento de la sentencia será realizado según las reglas de este Título, observándose en lo que corresponda y conforme a la naturaleza de la obligación conforme a lo dispuesto en el Libro II de la

Parte Especial de este Código». A pesar de ello, no se puede cumplir la sentencia sin la observancia del artículo 797 y siguientes.

Es importante destacar que en el libro II, título II se regulan la ejecución para la entrega de cosa, las ejecuciones de las obligaciones de hacer y de no hacer, la ejecución por cuantía cierta, la ejecución contra la Hacienda Pública y la ejecución de alimentos. No se puede olvidar que la ejecución también se aplica para cumplir la sentencia dictada en un proceso civil que reconozca la existencia de una obligación de pagar una cuantía cierta.

De ese modo, no solo se ejecuta la sentencia condenatoria al pago de una cuantía, sino también aquella que simplemente reconoce la existencia de dicha obligación como ocurre en el caso de la fundabilidad de la pretensión formulada en la acción declarativa de existencia o inexistencia de la relación jurídica (artículo 19, I). Si la sentencia declara la existencia de una obligación de pagar, esta puede ser ejecutada. En estos casos debe verificarse el contenido de la sentencia, ya que no podrá ser ejecutada si no reconoce categóricamente la existencia de la obligación de pagar.

En el cumplimiento de sentencia, la defensa del deudor se ejerce mediante la impugnación prevista en el artículo 525, cuyos fundamentos están enumerados de manera exhaustiva en el artículo 525 § 1.º. Esta impugnación tiene naturaleza de demanda tal como la oposición del deudor. En realidad, se trata de una demanda de conocimiento que concluirá con una sentencia declaratoria de ineficacia del título ejecutivo si se declara fundada la pretensión que se formula, o con una sentencia de infundabilidad que es, como todas las de ese tipo, una sentencia declarativa negativa.

El título III del libro II titulado «Oposición a la ejecución» comienza con la norma del artículo 914 cuyo *encabezado* establece que el ejecutado

independientemente del embargo ejecutivo, depósito o caución podrá cuestionar la ejecución a través de la oposición.

Por tanto, se aprecia que la defensa del ejecutado en el cumplimiento de sentencia se realiza a través de la impugnación, mientras que en la ejecución de título extrajudicial se ejerce mediante la oposición. La impugnación y oposición son ambos remedios que tienen una naturaleza de demanda de conocimiento y que son accesorias a la ejecución.

Puede ocurrir que el embargo ejecutivo o la tasación (artículos 829 § 1.º y 870) no se hayan realizado dentro del plazo para interponer la oposición a la ejecución. En este caso, si el deudor quisiera interponer una oposición a la ejecución con fundamento en el inciso II del artículo 917, alegando la incorrección del embargo ejecutivo o de una tasación errónea, podrá presentar oposiciones complementarias.

En la ejecución por cuantía cierta contra un deudor insolvente, conocida como *insolvencia civil* (de *solvere* ‘disolver, consumirse, extinguir’, como hace el que paga una deuda y, por tanto, *solvente*; precedido de la partícula negativa *in-*, el insolvente, aquel que no paga), pueden ser ejecutadas tanto una persona física (el deudor como persona natural) como una formal (el espolio) o una persona jurídica (sociedades civiles).

En este caso, no se ejecuta, en realidad, un título preexistente, sino la indispensable sentencia de insolvencia (artículo 761 del CPC de 1973 c/c artículo 1.052 del Código del 2015), la cual es consecuencia de un proceso cognitivo previo a la ejecución, iniciado mediante una demanda de insolvencia (artículos 754 a 760 del CPC de 1973). El procedimiento de esta demanda es especial como lo muestran los artículos 754 al 760. El proceso de ejecución comienza después de esta sentencia de naturaleza constitutiva y a partir de esta sigue un procedimiento con variantes (artículo 762 y ss. del CPC de 1973).

6. PROCEDIMIENTOS EN EL PROCESO CAUTELAR

El Código de Proceso Civil de 1973 dedicó todo su libro III al proceso cautelar. No es el caso del CPC de 2015 que bajo el *nomen iuris* «tutela de urgencia» incluyó al proceso cautelar en su Parte General, estableciendo las normas que regulan esta especie de jurisdicción contenciosa en el título II del libro V (artículos 300 al 310).

No es solo el capítulo III, cuyo epígrafe alude explícitamente a la tutela cautelar, el que regula esta especie del proceso civil contencioso. La lectura de los artículos del título II muestra la naturaleza de las normas allí contenidas. Por ejemplo, al leer el artículo 300 y sus párrafos, el artículo 301 y el artículo 302, equivalentes al artículo 801 de la ley derogada, se observa que estas reglas al igual que las demás son típicas de la jurisdicción que otorga medidas transitorias y urgentes, capaces de resguardar la cosa, a la persona, al derecho o al hecho que será tratado en el proceso principal de conocimiento o de ejecución cuya eficacia queda así asegurada.

Por otra parte, las medidas cautelares características de la tutela de urgencia también pueden ser adoptadas en la jurisdicción voluntaria como ocurre, por ejemplo, con la notificación cuando la ley la considera una condición de la acción. En el proceso cautelar, y también así en el ámbito de la tutela de urgencia se emplean indistintamente los vocablos acción, proceso, procedimiento y medida, aunque tengan un significado preciso. Sin embargo, es la acción el derecho de solicitar la tutela de urgencia.

Una vez presentada la demanda cautelar desencadena un proceso preparatorio o incidental que se desarrolla conforme a un determinado procedimiento. Existen procedimientos considerados parte de la tutela de urgencia como se aprecia en el artículo 301 que menciona al embargo cautelar, secuestro, inventario de bienes y protesto, además de otras medidas innominadas.

Los capítulos II y III del título II del libro V de la Parte General del Código regulan el procedimiento de la tutela anticipada requerida con carácter antecedente, así como el procedimiento de la tutela cautelar solicitada bajo la misma condición. Ambos procedimientos se ocupan de los pedidos preparatorios, razón por la cual se emplea el adjetivo antecedente en los títulos de ambos capítulos; sin embargo, también cabe la tutela de urgencia incidental requerida en el curso de un proceso cognitivo, ejecutivo o de jurisdicción voluntaria. El párrafo único del artículo 294, ubicado en el título I del libro V que regula la tutela provisional — de la cual la tutela de urgencia es una modalidad— establece literalmente que «la tutela provisional de urgencia, cautelar o anticipada puede ser concedida con carácter antecedente o incidental». Por su parte, el artículo 295 también se refiere a la tutela solicitada incidentalmente cuando hay exoneración del pago de costas.

En algunas situaciones, la tutela de urgencia produce la resolución de la litis como es el caso mencionado en el inciso IV del artículo 302 en el cual se muestra que el juez puede acoger la alegación de caducidad o prescripción de la pretensión del demandante.

La tutela tratada se solicita por escrito. El demandado, también llamado requerido, es citado para integrarse al proceso preparatorio o incidental e intimado para la audiencia de conciliación. Conforme al artículo 306 el plazo para contestar la solicitud en el procedimiento de la tutela cautelar requerida con carácter antecedente es de 5 días. Este también es el plazo para contestar la solicitud de tutela anticipada requerida con carácter antecedente.

El inciso III del párrafo I del artículo 303 establece que el plazo para la contestación será contado según lo dispuesto por el artículo 335. Esta regla indica cómo debe contarse el plazo, pero no especifica su duración. Una vez citado el demandado, se llevará a cabo la audiencia de conciliación o de mediación conforme al artículo 334. Contra la decisión que

concede la tutela y contra lo alegado cabe interponer el agravo de instrumento según lo dispuesto en el inciso I del artículo 1.015 del Código de Proceso Civil.

Finalmente, el artículo 311 del CPC de 2015 regula la tutela de evidencia que, sin embargo, no tiene naturaleza cautelar. Este tipo de protección, como escribí en otro lugar, se otorga cuando los elementos traídos al proceso muestran inequívocamente la existencia de los requisitos para su concesión. No es un supuesto de una medida cautelar, sino de un acto que adelanta el juzgamiento de la litis al mismo momento de su emisión.

7. PROCEDIMIENTOS EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Mucho de lo que se acaba de afirmar en el acápite anterior sobre los procedimientos en el proceso cautelar se aplica, *mutatis mutandis* (esto es, *cambiando lo que debe ser cambiado*, haciéndose las debidas adaptaciones, a los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Continúo insistiendo en traducir todo en esta obra de carácter introductorio, porque verifico que no solo alumnos, sino incluso profesionales desconocen el sentido real de ciertas palabras y expresiones de uso corriente y nunca tuvieron el ánimo para buscar por su cuenta su significado ni la valentía de pedir una aclaración a alguien por causa de la timidez *cabocla*⁷ arraigada en el alma nacional. Sé de abogados que ignoran que *data venia* —*venia* ‘favor’ y, por tanto, permiso— significa *con su permiso, con el debido respeto*. Asimismo, una amiga médica hasta hace poco usaba, al realizar la anamnesis de las enfermedades de sus pacientes, el adverbio latino *sic* —de este modo— comúnmente empleado para manifestar espanto o extrañeza, o para registrar algo tal como es dicho o escrito, suponiendo que se trataba

⁷ Nota del traductor. La palabra *caboclo* se refiere a un grupo de personas nativas mestizas que provienen del mestizaje entre una persona con ascendencia europea con personas indígenas brasileñas.

de una sigla compuesta de las iniciales de la frase *según las informaciones recogidas*).⁸

Volviendo al tema de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, cabe señalar que en el capítulo xv del título III del libro L de la Parte Especial (artículos 719 a 770), el Código de Proceso Civil regula algunos procedimientos que son *nominados* (v. gr., divorcio, separación consensual e interdicción) y deja la disciplina de otros a las leyes especiales (v. gr., Ley de los Registros Públicos).

El capítulo xv del título III del libro I, además de contener reglas generales sobre la jurisdicción, también llamada graciosa cuyo proceso se rige subsidiariamente por las normas del procedimiento común en cuanto a su desarrollo, establece un procedimiento modelo. Conforme al artículo 720, el procedimiento voluntario comienza mediante iniciativa de parte (el Código evita hablar de *acción*) realizada por requerimiento debidamente instruido y dirigido al juzgado competente.

Se citan a los interesados y al Ministerio Público, así como a la Hacienda Pública si correspondiera su intervención (artículos 721 y 722). En este proceso, se actúan las pruebas de cualquier tipo a iniciativa de las partes o del juez, incluso la prueba pericial. Las pruebas orales se actúan en audiencia. El juez emite sentencia (artículo 723) sin necesidad de decidir con la observancia de criterios de legalidad estricta. Los procedimientos nominados siguen las reglas que el artículo 725 enumera.

8. SISTEMA DE ORALIDAD Y SUS PRINCIPIOS

La procesalística contemporánea somete al procedimiento a ciertos principios que la ley procesal brasileña ha acogido con distinta intensidad. Estos principios integran un conjunto denominado *sistema oral, procedimiento oral, proceso oral o sistema de oralidad*. Así lo bautizó Chiovenda que

⁸ Nota del traductor. *Sic*, según el autor, es utilizado para representar en portugués la siguiente frase: *segundo informações colhidas*. La traducción sería *según las informaciones recogidas*.

lo escogió para identificar el nombre de uno de los preceptos que lo componen, como hacen ciertos cronistas —por ejemplo, mi añorado e insuperable coterráneo Rubem Braga, el admirable Fernando Sabdino o el caleidoscópico Pitigrilli— dando a sus libros de crónicas el título de una de estas denominaciones.

Enumeremos, manteniendo la fidelidad a Chiovenda, los principios que integran el sistema de oralidad junto con las remisiones y observaciones pertinentes.

El principio de *prevalencia de la oralidad como medio de expresión, combinado con el uso de medios escritos de preparación y de documentación*, ofrece evidentes ventajas por la celeridad que la predominancia de la palabra exclusivamente vocalizada imprime al proceso, haciéndolo más efectivo y práctico; sin embargo, el Código lo ha recogido tímidamente (v. gr., artículos 364 y 937), pues casi todo se realiza por escrito o se reduce a escrito.

El principio de *inmediación* (o *inmediatez*) *en la relación entre el juez y las personas cuyas declaraciones debe apreciar* fue adoptado por el Código, ya que no es conveniente que el juez tome conocimiento solo de manera indirecta de elementos relevantes para la causa. Por ello puede citar a las partes para su comparecencia personal (artículo 139, VIII), inspeccionar personas o cosas (artículo 481), y le corresponde apreciar la actuación directa y personal de las pruebas orales (artículo 361).

El principio de *concentración del conocimiento de la causa en un único período (debate) a desarrollarse en una audiencia o en pocas audiencias seguidas* se enfrenta a obstáculos debido a la propia naturaleza del proceso; sin embargo, este precepto se manifiesta en normas como el artículo 365, párrafo único.

El principio de *irrecurribilidad de las decisiones interlocutorias* hace más célere el proceso. Si se permitiera interponer recursos contra todos los

despachos y decisiones, su fundabilidad podría afectar el desarrollo general del proceso. En efecto, ello podría transformarlo en una especie de tejido de Penélope quien, ante la ausencia de Ulises por la Guerra de Troya, había prometido elegir un pretendiente tan pronto como terminara de tejer un manto funerario de su suegro Laertes; sin embargo, cada noche deshacía los hilos que había tejido durante el día, prolongando la decisión.

Por ejemplo, imaginemos el caso en que un juez rechaza un requerimiento de prueba pericial, permitiendo que el proceso continúe. No obstante, el tribunal al juzgar el recurso, mucho tiempo después de la decisión, entiende que es necesaria, ordenando su realización. Además, el mismo tribunal declara la sospecha y repetir la audiencia.

Diversas razones, desde el inconformismo de las partes hasta la libertad de los órganos judiciales, impidieron la adopción plena de este principio; sin embargo, se encuentra recogido en algunos casos como el artículo 1.001 y en la limitación de la admisibilidad del agravo de instrumento según lo dispuesto en el artículo 1.015 y su párrafo único, que prohíben la interposición de este recurso fuera de los casos mencionados en dicho artículo o en una ley especial.

El sistema de oralidad, cuya adopción es promovida por los procesalistas, es una demostración más de su empeño en transformar el proceso en un instrumento célere y confiable de administración de justicia.

CAPÍTULO VIII

RECURSOS Y PROCESO EN LOS TRIBUNALES

Sumario: 1. El recurso (concepto, naturaleza y especies).— 2. Presupuestos y juicio de admisibilidad de los recursos.— 3. Procedimiento recursal.— 4. Recurso adhesivo y reexamen necesario.— 5. Embargos de declaración.— 6. Recursos ordinarios (finalidad y especies).— 7. Recursos extraordinarios (finalidad y especies).— 8. Proceso en los tribunales.— 9. *Súmula* vinculante.— 10. Incidente de resolución de demandas repetitivas

1. EL RECURSO (CONCEPTO, NATURALEZA Y ESPECIES)

El *principio del doble grado de jurisdicción* crea la posibilidad de revisión de las decisiones judiciales por órganos jerárquicamente superiores a los que las emitieron. Por su parte, el *principio del doble examen*, históricamente más antiguo debido a la concentración de la autoridad en manos de una sola persona en el grupo primitivo, permite la revisión de las decisiones por los mismos órganos que las dictaron. Una variante de este principio es la revisión por otro órgano de la misma jerarquía (CF, artículo 98, I, *in fine*).

Las razones que sustentan estos principios se basan en la experiencia acumulada a lo largo de lo tiempo. La revisión de un acto decisorio disminuye la posibilidad de error judicial (*error in procedendo*, error de procedimiento, que se configura cuando el juez viola la norma de la cual es destinatario y *error in iudicando*, error de juzgamiento, que se configura cuando el juez no aplica de modo correcto la norma que regula la relación jurídica que es llevada para el juzgamiento).

Asimismo, la revisión satisface la naturaleza humana, pues los hombres no suelen aceptar una decisión adversa especialmente cuando es única. En algunas ocasiones, ambos principios actúan conjuntamente, permitiendo tanto un reexamen de lo que se decidió dentro del propio órgano decisorio como en otra *instancia* superior (entendida esta palabra equívoca ahora en el sentido de *grado de jurisdicción*).

El funcionamiento es similar a lo que ocurre en los bancos en donde el cajero cuenta el dinero recibido del cliente y repite la operación al guardarlo que, posteriormente, son contados nuevamente por otro funcionario de mayor responsabilidad cuando llegan a la caja fuerte. Para garantizar la efectividad de estos preceptos, el derecho procesal dota a las personas del derecho de pedir la revisión de las decisiones judiciales. Este derecho se denomina *recurso*.

El vocablo *recurso* se compone de *cursus* ('carrera, corrida', participio pasado de *currere* 'correr'), precedido de la partícula *re-* que indica 'movimiento hacia atrás, retroceso' (flujo y reflujo de la marea). La actividad recursal consiste exactamente en regresar al punto de partida para rehacer todo el razonamiento contenido en el juzgamiento impugnado con el propósito de verificarse el acierto o el desacierto de la decisión. Por ello, se llama decisión *recurrida*.

Desde el punto de vista del Estado, el juzgamiento del recurso es un acto de jurisdicción a través del cual sus agentes, los jueces, llevan a cabo un reexamen de sus propias decisiones; en cambio, desde la perspectiva del interesado, el recurso es un derecho subjetivo que se parece en algún sentido a la acción, pero se trata de un derecho a invocar nuevamente la jurisdicción de manera abstracta, ya que se concibe independientemente de la existencia de una decisión errónea que, efectivamente, merezca una revocación o anulación.

En otras palabras, la ley concede a las personas el derecho de recurrir, lo que implica la obligación del Estado de emitir algún pronunciamiento. Esto puede consistir en declarar que no puede juzgar el recurso debido a la falta de los respectivos presupuestos, de los cuales hablaré en el siguiente acápite o, en su defecto, para confirmar que la decisión es válida y justa (conforme al derecho) en caso de que no existan razones para modificarla. Al tratarse de un acto de jurisdicción, el juzgamiento del recurso, que representa la voluntad estatal de perfeccionar la administración de justicia, hace que el recurso sea un derecho objetivo del recurrente.

El derecho a solicitar el reexamen de las decisiones con el propósito de anularlas o revocarlas, y evitar que se conviertan en inmutables, se denomina recurso. Este derecho se ejerce a través de distintos medios representados por las diversas especies de recursos que, por razones de simplificación, también reciben el nombre de recursos.

Así, el Código de Proceso Civil, en su redacción actual del artículo 994, establece que «proceden los siguientes recursos: I - apelación, II - agravo de instrumento, III - agravo interno, IV - embargos de declaración, V - recurso ordinario, VI - recurso especial, VII - recurso extraordinario, VIII - agravo en recurso especial o extraordinario; IX - embargos de divergencia».

«¿Nueve recursos?», podría preguntarse alguien con espanto. Nada de eso. En realidad, el número es aún más grande, lo que hace que la jurisdicción se vuelva más lenta. Esto se debe, principalmente, a que en el derecho brasileño, a diferencia de lo que sucede en otros países, mientras un recurso esté pendiente, la decisión no adquiere la estabilidad permanente que la haría inmutable.

Se señala que los recursos (y, en adelante, se hará referencia a los *recursos* en su acepción común de especies recursales) son *ordinarios* o *ex-*

traordinarios según su finalidad predominante. Por un lado, algunos recursos han sido instituidos con el propósito principal de permitir el reexamen de la decisión con la finalidad de perfeccionarla y hacerla más acorde al derecho, garantizando así la justicia al justiciable. Estos recursos son conocidos como *ordinarios*.

Por otro lado, existen otros recursos cuyo objetivo precípua es la protección del derecho objetivo para garantizar la adecuada aplicación de sus normas. De dicho modo, se preserva la eficacia de dichas normas de conformidad con su voluntad, aplicándolas de la manera más uniforme entre sus destinatarios. Estos recursos se denominan *extraordinarios*.

No obstante, es cierto que cuando el recurrente interpone algún recurso quiere satisfacer su pretensión, sin que le importe demasiado la razón por la cual la ley ha previsto el remedio que utiliza. A pesar de ello, la clasificación presentada no se basa en la voluntad del recurrente, sino en la finalidad esencial del recurso, lo que se vuelve aún más evidente cuando se analicen los recursos de la última especie, tratados en el acápite 7 de este capítulo.

2. PRESUPUESTOS Y JUICIO DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS

La admisibilidad de un recurso es su aptitud para recibir un juzgamiento del mérito; sin embargo, no debe confundirse el *mérito del recurso* con el *mérito de la demanda*, porque este último está vinculado al pedido formulado en la demanda, mientras que el primero constituye el objeto del recurso, es decir, el reexamen del contenido de la decisión que conduce a su anulación, revocación o confirmación.

Para que se juzgue el mérito del recurso es necesario que se cumplan ciertos requisitos denominados *presupuestos recursales*. Algunos de estos presupuestos están relacionados con la persona del recurrente y, por

ello, son *subjetivos*, mientras que otros atañen al recurso en sí mismo y, por tanto, son *objetivos*.

Los presupuestos subjetivos son la *legitimación* y la *derrota*. La legitimación recursal es la situación subjetiva que autoriza al recurrente a interponer el recurso y que deriva de la ley. El artículo 996 establece que el recurso puede ser interpuesto por la *parte* (parte en sentido amplio como el demandante, el demandado o un tercero ya presente en el proceso), por el *tercero perjudicado* o por el *Ministerio Público* que actúa como fiscal de la ley o en beneficio de una parte.

El *tercero perjudicado* es aquella persona ajena al proceso que es titular de una relación jurídica susceptible de ser afectada por la decisión dictada en el proceso (artículo 996, párrafo único —el subarrendatario, por ejemplo, tiene legitimidad para recurrir la sentencia que ordena el desalojo del arrendatario, quien a su vez es su subarrendador, ya que al resolverse el contrato de arrendamiento se extingue también el subarrendamiento. Asimismo, puede impugnar la decisión que en el proceso de acción de desalojo rechazó la prueba que el arrendatario pretendía incorporar en el proceso en busca de la infundabilidad del pedido—).

El otro presupuesto recursal subjetivo es la *derrota*¹ que consiste en la disconformidad o en la divergencia entre la pretensión formulada o que podría haberse planteado por el recurrente y el contenido de la decisión. De manera significativa, el artículo 996 se refiere a la parte *vencida*. La derrota genera el interés recursal debido a la necesidad del reexamen de la decisión, y este interés se cumple con el uso del recurso adecuado.

Por otra parte, el primer presupuesto recursal objetivo (primero, obviamente, en el orden de presentación aquí adoptado, ya que todos los

¹ Nota del traductor. El nombre de este presupuesto recursal subjetivo utilizado en lengua portuguesa por el autor es *sucumbência* que he optado por traducir como *derrota*. Respecto al origen etimológico de *sucumbência* el autor menciona que proviene del latín *succumbere* que significa 'caer bajo, ser derrotado, sucumbir'.

presupuestos tanto subjetivos como objetivos deben presentarse simultáneamente sin que se omita ninguno) es la *recurribilidad*. Esta consiste en la posibilidad de impugnar un acto a través de la vía recursal.

Por lo general, esta posibilidad existe casi siempre debido a la amplitud con que la ley admite los recursos; sin embargo, puede no darse por una prohibición legal (v. gr., artículo 1.001) o porque la decisión (se emplea esta palabra, a lo largo de este capítulo, en el sentido de cualquier acto decisorio, salvo cuando se califique con el adjetivo de interlocutoria) ya no puede ser impugnada. Asimismo, si el recurrente *renunció* al derecho de recurrir (artículo 999), la decisión se vuelve en irrecrrible para él (aunque no para otro colegitimado).

La misma situación se configura si el recurrente consintió la decisión expresamente (lo que involucra la declaración de aceptación) o tácitamente con la práctica sin reserva alguna de un acto incompatible con la voluntad de recurrir (artículo 1.000 y párrafo único), es decir, sin que se realice un acto que haga una reserva. Por ejemplo, cuando una parte diga «entrego el inmueble», pura y simplemente en lugar de «entrego el inmueble para no estar sujeto al pago de la indemnización por su uso si se confirma la sentencia, pero declaro que ejerceré mi derecho al recurso». Por último, el desistimiento de un recurso (artículo 998) solo convierte la decisión en irrecrrible si no hay más tiempo para la interposición de otro recurso.

La *tempestividad* es el segundo presupuesto recursal objetivo. Como acto procesal, el recurso debe interponerse dentro del plazo fijado por la ley para su ejercicio (CPC, artículo 1.003 o normas específicas) computado conforme a lo establecido en la normativa aplicable. El plazo puede suspenderse sin afectar el tiempo ya transcurrido, de modo que solo quedará el período restante para su cómputo en los supuestos previstos por la ley (v. gr., artículos 220 y 221); en cambio, las hipótesis del

artículo 1.004 son de interrupción del plazo, pues allí se trata su restitución. Si el recurso se interpone fuera del plazo, será extemporáneo y se enfrentará al obstáculo de una decisión inmutable.

La *singularidad* recursal consiste en la posibilidad de impugnar un acto judicial únicamente a través de un solo recurso. Salvo con la autorización expresa de la norma (como en la rara situación del recurso extraordinario y del recurso especial que serán tratados en el acápite 7 de este capítulo), no se puede impugnar una decisión mediante más de un recurso. Además, esto no sería factible, ya que normalmente solo existe un recurso contra cada tipo de pronunciamiento judicial y si se interpusieran dos o más, no habría interés recursal respecto de aquellos que no fueran procedentes.

En realidad, la posibilidad de interponer simultáneamente el recurso extraordinario y el recurso especial no constituye una excepción al presupuesto de la singularidad, debido a que el primero versa sobre material constitucional y el segundo sobre una cuestión de derecho federal.

Si bien ambos recursos impugnan la misma sentencia de segunda instancia, tienen finalidades distintas:² el recurso extraordinario busca preservar la supremacía de la Constitución, mientras que el recurso especial tiene por objetivo garantizar la observancia del derecho federal.

Si me permiten una pausa etimológica, la palabra *aresto* aparece en este libro por primera vez y como sinónimo de *sentencia de segunda instancia*, tal como es empleada en la terminología forense. El diccionario Aurelio la presenta como una variación de *arresto*,³ que es una medida cautelar de aprehensión de bienes. No obstante, no indica la etimología de

² Nota del traductor. La oración original es: «Ambas impugnam o mesmo aresto, mas com finalidades distintas». He optado por traducir la palabra *aresto* como *sentencia de segunda instancia* que, de hecho, más adelante el mismo autor explica en que es un sinónimo de *acórdão que constituiye una sentença emitida por un órgão colegiado*.

³ Nota del traductor. En portugués, el *arresto* es una palabra que se usa para designar al embargo como medida cautelar.

esta última que ya encontré explicada como proveniente de *ad-restare*, que denota la idea de *inmovilizar*.

Me parece, sin embargo, que *arresto* proviene de *arreptus* ‘tomado o llevado a la fuerza’, participio de *arripere* ‘agarrar, tomar, arrebatarse’, este último verbo derivado de *ad-rapere* que implica la acción de tomar algo de manera abrupta. *Aresto* (con una sola *r*), ya sea una variación de *arresto* o no, pasó a designar por metonimia la causa a través de uno de sus varios efectos: la decisión judicial que ordena el acto de aprehensión de una cosa o persona.

Mi preocupación de intentar explicar —con la advertencia de la precariedad de mis conocimientos— el origen de las palabras, especialmente en una obra de esta naturaleza, se debe a la constatación realizada a lo largo de la vida que los profesores y los profesionales del derecho padecen normalmente de una profunda ignorancia de la terminología que utilizan. Si el lector considera que es exageración, haga una prueba: pregunte a 20 doctos por qué si los romanos usaban *jus* en la actualidad se emplea en las lenguas románicas y germánicas la palabra *derecho* que no proviene de dicho término. «Cartas para esta columna...», con la promesa de una nota al pie de página en la improbable hipótesis de este libro alcanzar otra edición.⁴

La *adecuación* es otro presupuesto recursal objetivo que resulta de la singularidad. Dicho presupuesto consiste en la idoneidad del recurso para suscitar el reexamen de la decisión impugnada. La ley prevé un recurso específico contra cada tipo de decisión (v. gr., artículos 1.009 y 1.015), por consiguiente, los demás recursos no son idóneos para impugnarla. De allí deviene la falta de interés recursal en el caso de que el recurrente no utilice el remedio concedido por la ley.

⁴ Nadie se manifestó hasta esta sexta edición.

El principio de aprovechamiento de los actos procesales y el de prevalencia del fondo sobre la forma dan origen a otro principio: el de *fungibilidad recursal* expresamente recogido en el artículo 810 del Código de Proceso Civil de 1939, norma que el legislador del Código de 1973 no repitió en la ingenua suposición de que había establecido una sistemática recursal que no daría lugar a incertidumbres. No obstante, estas persisten (v. gr., si el juez rechaza la reconvencción, que es una demanda, o si el proceso se extingue con relación a solo una de las pretensiones, ¿se emite una sentencia o una decisión interlocutoria?; ¿se interpone una apelación o un recurso de agravado?).

El principio de fungibilidad también prevaleció bajo el CPC de 1973 conforme al cual la interposición del recurso inadecuado en lugar del adecuado no perjudica al recurrente siempre que se interponga dentro del plazo del recurso correcto (por ejemplo: si se interpuso una apelación cuando el recurso correcto era el agravado, podrá ser admitida como un recurso de agravado siempre que se haya interpuesto en el plazo de este último —de 10 días, en este caso, y no en el plazo de apelación de 15 días—).

Me preguntaba el muy recordado juez de apelación Basileu Ribeiro Filho, siempre absorbido por su función, por qué si se admite un recurso inadecuado en lugar del adecuado, no se tolera también que dicho recurso se interponga dentro de su respectivo plazo, incluso si este es más amplio que el del recurso correcto (v. gr., si el recurso que correspondía era el de agravado, que bajo la vigencia del CPC de 1973 debía interponerse en 10 días, pero en su lugar se apeló en el 12.º día considerando que el plazo para apelar era de 15. Si se admitiera la apelación, ¿por qué considerarla como extemporánea en este caso del ejemplo si se presentó en lugar del agravado?).

La respuesta es una sola: las decisiones judiciales adquieren inmutabilidad (véase el capítulo siguiente) una vez vencido el plazo para su im-

pugnación conforme a la voluntad estatal manifestada en la ley. En consecuencia, si un recurso inadecuado se interpone dentro del plazo, pero después del vencimiento del plazo del recurso correcto, se enfrentará a una decisión que ya es irrecurrible. Vale la pena recordar que bajo la vigencia del CPC de 2015 el plazo de interposición de todos los recursos es de 15 días, excepto para los embargos de declaración que es de solo 5 días (artículos 1.003, § 5.º y 1.023).

Mi querido y recordado José Frederico Marques incluye dentro de los presupuestos recursales objetivos las *costas recursales*⁵⁻⁶ que se refiere al pago de las costas procesales en general y, en este caso, de la tasa necesaria para dar trámite al recurso.

Sin embargo, en mi caso, no incluyo a las costas recursales entre los presupuestos recursales objetivos por dos razones: en primer lugar, porque me parece que es una condición procedimental relacionada al modo por el cual el recurso se tramita; en segundo lugar, porque no se trata de un presupuesto común a todos los recursos, ya que la ley, en ausencia de una norma que lo exija, puede omitir la exigencia de las costas recursales para determinados recursos. A pesar de ello, debe reconocerse que la falta del pago de las costas recursales cuando la ley lo exige, y solo en esta hipótesis, acarrea la *deserción* (de *deserere* ‘abandonar, desamparar’), que imposibilita el juzgamiento del mérito del recurso debido al abandono. Sobre las costas recursales, es conveniente leer el artículo 1.007 y sus párrafos, especialmente el segundo, que permite al recurrente completar el valor insuficiente en el plazo de cinco días contados desde su intimación de insuficiencia.

⁵ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 2.ª parte, Ed. Saraiva, 1975, vol. III, p. 127.

⁶ Nota del traductor. El autor utiliza el término *preparo* para hacer referencia a las costas recursales. Asimismo, el autor señala que el origen etimológico de *preparo* estaría en la palabra *praeparare* que significa ‘preparar’ que es formada por *prae* ‘adelante’ y *parare* ‘disponer, dejar listo’.

La actividad mediante la cual se verifica y se declara si se han cumplido o no los presupuestos generales y específicos de un recurso se denomina *juicio de admisibilidad*. En esta expresión, el sustantivo *juicio* se utiliza en el sentido de *juzgamiento*.

Como cuestión preliminar en cualquier recurso, se decide si este satisface o no los requisitos para un análisis sobre su mérito (v. gr., si la decisión es recurrible, si el recurso fue presentado dentro del plazo, si quien recurrió tenía legitimidad para impugnar). En otras palabras, se verifica si el recurso es admisible. Este *juicio positivo de admisibilidad* puede ser incluso tácito, como normalmente ocurre, cuando se considera emitido si el órgano competente juzga el recurso, reexaminado la decisión para determinar si la pretensión del recurrente es fundada o no.

En cambio, habrá un *juicio negativo de admisibilidad* cuando se declara que el recurso no puede ser juzgado en su mérito por la falta de algún presupuesto. En este caso, se usa la fórmula «no se *conoce* del recurso», lo que significa que su juzgamiento es inadmisibile. El juicio negativo de admisibilidad es siempre explícito, ya que de él se deriva el presupuesto de la derrota para el recurrente quien podrá interponer otro recurso contra la decisión que lo declara (v. gr., si el órgano del tribunal «no conoció» de la apelación por considerarla extemporánea, es decir, no la admitió debido a que los juzgadores entendieron que se presentó fuera del plazo, contra esta sentencia colegiada proceden, en principio, el recurso especial y el recurso extraordinario (CF, artículos 102, III, y 105, III). Sobre el momento del juicio de admisibilidad, véase el siguiente tema.

Una vez juzgado el mérito del recurso, posteriormente al juicio positivo de admisibilidad, la decisión emitida en el recurso sustituye a la decisión impugnada (artículo 1.008), ocupando su lugar, mientras que la decisión sustituida permanece en los autos únicamente como un documento. Asimismo, la decisión impugnada pierde su contenido de acto jurisdiccional, puesto que no pueden coexistir dos mandatos estatales en el mismo proceso. Esto ocurre incluso cuando la decisión dada en el

recurso se limita a confirmar la decisión recurrida por sus propios fundamentos. En este caso, el órgano recursal absorbió, adoptó e hizo suya la decisión recurrida, pero se configuró la sustitución.

Cabe añadir que un recurso no necesariamente debe impugnar una decisión en toda su extensión recurrible. Dado que el acto de interponer un recurso se inserta dentro del poder de disposición del recurrente, este puede recurrir hasta donde lo desee (v. gr., en el caso de que una persona demande un inmueble, un mueble y un semoviente, pero la sentencia solo le otorgó el primero, el recurrente podrá recurrir pidiendo únicamente el mueble sin impugnar la decisión en el extremo del semoviente).

Se denomina *recurso parcial* cuando no se impugna el acto judicial en toda su extensión recurrible, mientras que el recurso será *total* cuando se impugna en su integridad, en su misma extensión, incluso cuando la extensión recurrible solo corresponda a una parte del acto.

3. PROCEDIMIENTO RECURSAL

Un libro de introducción al proceso civil destinado a la presentación de los institutos fundamentales de esta ciencia y de las normas más importantes que los regulan en el derecho positivo brasileño excedería sus límites adecuados si procediera a describir con minuciosidad el procedimiento de cada uno de los innumerables recursos existentes. Esta es una tarea propia de las obras doctrinarias de mayor alcance.

Sin embargo, cabe señalar que en el proceso civil brasileño todos los recursos, salvo en la hipótesis del artículo 1.016, se interponen ante el juzgado recurrido, es decir, ante el órgano que emitió el pronunciamiento impugnado. Así, v. gr., aunque la apelación esté destinada al juzgamiento del tribunal, se debe interponer el recurso ante el juzgado que emitió la sentencia y no directamente ante el tribunal. De manera similar, si se quiere recurrir una sentencia colegiada del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro para que sea resuelto por el Superior Tribunal de Justicia,

el recurso será interpuesto en la primera corte en Río de Janeiro y no directamente en el segundo órgano jurisdiccional en Brasilia.

De ello resulta un procedimiento recursal tramitado ante el órgano recurrido frente al cual se interpone el recurso y otro procedimiento ante el órgano recursal competente para juzgar el recurso (salvo, como excepcionalmente ocurre —véase el acápite 6, más adelante—, el caso del recurso que va a ser juzgado por el mismo órgano judicial).

De ese modo, ante el órgano que emite la decisión se interpone el recurso junto con la prueba de las costas recursales (artículo 1.007). Además, se recoge la impugnación del recurrido que se denomina *respuesta* (v. gr., artículos 1.003 y 1.010) y se obtiene la manifestación del Ministerio Público cuando intervenga en el proceso y no sea el recurrente.

Por su parte, en el órgano recursal, que generalmente es un tribunal, el recurso será asignado por sorteo al tribunal competente para su juzgamiento. Allí también será distribuido por sorteo electrónico (artículo 930) a un relator. A este le corresponderá incorporar a los autos, después de que se haya oído al Ministerio Público si este actúa en el proceso, un informe escrito que expondrá los puntos sobre los cuales versa el recurso (artículo 931, párrafo único).

Una vez fijado el día de juzgamiento, se publica el cronograma en el diario oficial con una antelación de cinco días, divulgándose una copia en la entrada de la sala de sesiones (artículos 934 y 935). En la audiencia de juzgamiento, el relator hace una exposición del recurso y, en los casos admitidos, hacen uso de la palabra sucesivamente el abogado del recurrente y del recurrido y, en los casos en que intervenga, el representante del Ministerio Público, disponiendo cada uno de 15 minutos (artículo 937).

Cuando haya concluido el juzgamiento, el cual puede ser suspendido por una solicitud de vista de cualquier juez deseoso de examinar el

expediente (artículo 940), el presidente que dirige la audiencia designa al relator para redactar la sentencia colegiada; sin embargo, si este resulta vencido, se designa al autor del primer voto vencedor (artículo 941).

El conocimiento adecuado del procedimiento recursal en los tribunales requiere un atento examen de las normas contenidas en el capítulo II (artículos 929 al 937 § 2.º) del título I del libro III del Código, así como de las normas del reglamento interno de la corte juzgadora y de la organización judicial.

La ley puede establecer que en una primera fase el propio órgano juzgador reexamine su decisión (v. gr., CPC, artículo 331) y solo dará trámite al recurso si la decisión es mantenida. Si la revoca, la parte perjudicada tendrá su oportunidad para interponer el recurso. Esta revisión por parte del mismo órgano recurrido materializa el principio del doble grado.

El artículo 41 § 1.º, de la Ley 9.099, que regula al Juzgado Especial Civil, prevé que el recurso de apelación (denominado en el lenguaje forense «recurso innominado») sea juzgado dentro del mismo órgano jurisdiccional conformado por tres jueces. Este artículo crea una variante del principio del doble examen y, paradójicamente, produce el efecto práctico del principio del doble grado de jurisdicción, ya que, aunque el juzgado sea de la misma jerarquía del juez que emitió la sentencia, actúa en un plano superior con poderes para anular, revocar o confirmar el juzgamiento.

Por otra parte, al decidir el mérito de un recurso, el órgano juzgador no puede empeorar la situación práctica del recurrente. A esta prohibición se le conoce como *reformatio in pejus* (reforma en peor). Así, si Zulmira solicitó la condena de Antero al pago de 100 y el juez le concedió 80, cuando ella recurra para reclamar los 20 restantes que completan su

pretensión, el tribunal no podrá reducir la condena a una cantidad inferior a 80 *salvo que* lo realice al declarar fundado el recurso que el demandado interpuso para librarse de la condena.

La prohibición de la *reformatio in pejus* se basa en el hecho de que solo la materia impugnada es objeto de la cognición del juicio recursal del juez, estando prohibido que este extienda su actividad a la parte de la decisión que no ha sido sometida a su revisión. En efecto, conforme al principio dispositivo, recogido en el artículo 2 del Código de Proceso Civil, la revisión no puede ir más allá de lo que se solicitó al órgano recursal. Si no se empeora la situación práctica, no se transgrede la prohibición de la *reformatio*. Por ejemplo, imaginemos el caso de una decisión recurrida que negó el pedido del recurrente con base en los fundamentos *a* y *b*, y en el juzgamiento del recurso también se niega el pedido, pero con un cambio o con una adición de los fundamentos *c* y *d*.

Cuando el órgano recursal decide un recurso siempre puede anular la decisión o sustituir el juzgamiento definitivo por uno terminativo (v. gr., si al analizar una apelación contra una sentencia de mérito, el tribunal verifica la nulidad del proceso debido a la ausencia de algún presupuesto procesual, la invalidez del propio fallo recurrido o la falta de una condición de acción —artículo 485, IV, V y VI—, podrá emitir un juzgamiento terminativo, que es admitido por el § 3.º del artículo 485 del CPC).

En ediciones anteriores a esta escribí que el tribunal (no hay razón para escribir el sustantivo tribunal con t mayúscula como por un descuido del autor ocurrió en la última edición. No es la letra mayúscula o minúscula la que dignifica al órgano) no podría sustituir una decisión terminativa por una definitiva. Por ejemplo, esto ocurriría ante una sentencia que extinguiera el proceso sin resolver el mérito por considerar que se configuró uno de los supuestos del artículo 485. En dicho caso, se presenta el supuesto si el demandante interpone un recurso y el tribunal considera que la sentencia era errónea y, por tanto, sigue adelante y juzga la pretensión formulada en la demanda; sin embargo, ello no

debería ocurrir debido a que si la decisión recurrida es terminativa, no hubo ningún pronunciamiento definitivo sometido a la cognición recursal.

Además, como se ha señalado, esto conlleva a la supresión de un grado de la jurisdicción y la inobservancia del contradictorio y del debido procesal legal garantizados por el artículo 5, LV, de la Constitución (ni el recurrente discutió la cuestión del mérito ni se cumplió la ley según la cual el juzgamiento de mérito debe realizarse en el juzgado recurrido).

Mi interpretación, sin embargo, no coincide con el inciso I del § 3.º del artículo 1.013 del CPC. Este párrafo permite que el tribunal de apelación decida el mérito cuando «revoque una sentencia basada en el artículo 485». Los demás incisos del mismo § 3º facultan al tribunal a emitir una sentencia de mérito en los casos que menciona siempre sin necesidad de devolver el proceso para que el juzgado apelado emita una nueva decisión. No obstante, cabe señalar que el inciso III del artículo 1.013 solo se aplica «si el proceso estuviera en condiciones de juzgamiento inmediato» o, en el lenguaje forense, si el proceso «estuviera maduro», es decir, apto así para recibir una decisión definitiva.

Se concluye este tema con la observación de que tanto en la jurisprudencia como en la ley (v. gr., CPC, artículo 997, III) se señala que el tribunal *conoció del recurso* si emitió un juicio positivo de admisibilidad y que *no conoció del recurso* si el juicio de admisibilidad resultó negativo. Asimismo, se menciona que el tribunal *dio proveimiento al recurso* si lo acogió para anular la decisión recurrida o para revocarla; y que *declaró infundado el recurso* si después de admitirlo y conocer de él, no revocó la decisión recurrida (también se emplea aquí la fórmula *confirmó el juzgamiento*, impropia en rigor técnico, ya que el tribunal, en realidad, no habrá confirmado la decisión recurrida, aunque haya hecho referencia a sus fundamentos y los haya adoptado, pues habrá emitido otra decisión, coincidente con la anterior, pero sustitutiva de esta).

4. RECURSO ADHESIVO Y REEXAMEN NECESARIO

Se acostumbra a mencionar el denominado *recurso adhesivo*, regulado en el artículo 997 del Código de Proceso Civil, como si representara una especie más de los recursos; sin embargo, no lo es. Se trata únicamente de un *modo de interposición* de la apelación y de los recursos extraordinario y especial (artículo 997, II). Además, aunque resulte obvio, no procede el recurso adhesivo en la hipótesis del artículo 942.

La derrota es recíproca cuando la decisión otorga solo una parte del pedido de un litigante (v. gr., la Tintorería Espicha-Encolhe Ltda. presentó contra Gilberto Silva una acción de renovación del contrato de arrendamiento de su tienda, ofreciendo un alquiler de 100. El arrendador contestó pidiendo 150 y la sentencia fijó el alquiler en 120. Evidentemente, pueden recurrir la sentencia. El demandante buscará obtener la disminución del alquiler para 100 y el demandado buscará aumentarlo hasta 150). Si realmente ambas partes del ejemplo quisieran recurrir, tanto el arrendador como el arrendatario interpondrán, cada uno de ellos, su respectivo recurso.

No obstante, puede suceder que la predisposición psicológica de una o de las dos partes sea la de recurrir *solo* si su adversario también lo hiciera, ya que en el fondo la sentencia las dejó razonablemente satisfechas. Temiendo que la otra parte recurra, la parte recurre únicamente para evitar el riesgo de la revocación de la decisión en favor del litigante contrario (en el ejemplo, si solo la tintorería recurre, el tribunal podría disminuir el alquiler, pero nunca aumentarlo debido a la prohibición de la *reformatio in pejus* ya mencionada en el acápite precedente; si solo el arrendador recurre, el tribunal podría aumentar el alquiler, pero no reducirlo, puesto que, en este caso, se estaría empeorando la situación práctica del recurrente). En consecuencia, las partes acaban, al temer la iniciativa recursal del adversario, interponiendo un recurso del cual ninguna de ellas estaba realmente interesada, lo que sobrecarga al Poder Judicial y retrasa la composición de la litis.

El Código de Proceso Civil, al regular el *recurso adhesivo*, corrige dicha situación al permitir que la parte que no tenga un firme propósito de recurrir aguarde al recurso del adversario para, solo entonces, interponer el suyo. A esta modalidad de recurrir se denomina *recurso adhesivo*. No obstante, la denominación no es la mejor, ya que da la impresión de que el recurrente se *adhiere* (*adhaerere* ‘estar atado, pegado, conectado’; de *ad* ‘junto a’ y *haerere* ‘amarrar, quedar conectado’) al recurso del adversario en el sentido de que brinda un apoyo. A pesar de ello, en realidad, el recurso interpuesto adhesivamente queda vinculado al principal únicamente por la admisibilidad: si el recurso principal de la parte contraria no es admitido, tampoco el adhesivo será admitido. En consecuencia, el recurso adhesivo tendrá su admisibilidad condicionada a la admisibilidad del principal (CPC, artículo 997, III). Esto justifica su denominación en el proceso portugués: *recurso subordinado*.

El recurso adhesivo se interpone dentro del mismo plazo para responder al recurso principal (CPC, artículo 997, I) y una vez presentado recibe el tratamiento de un recurso autónomo en cuanto a las condiciones de admisibilidad, las costas recursales y su juzgamiento (artículo 997 § 2.º). Solo se admite la interposición adhesiva en los recursos de apelación, extraordinario y especial (artículo 997 § 2.º, II).

El artículo 496 del Código de Proceso Civil condiciona la eficacia de las sentencias dictadas contra la Unión, el Estado, el Distrito Federal, el Municipio y las respectivas autarquías y fundaciones de derecho público, así como aquellas que declaren fundadas, en todo o en parte, la oposición a la ejecución fiscal (incisos I, II), a su confirmación por un tribunal de segunda instancia. Se encuentran disposiciones normativas idénticas en leyes especiales (v. gr., artículo 19 de la Ley 4.717, del 29/06/1965, que remite al tribunal la sentencia de carencia o infundabilidad en la acción popular, y el artículo 14 de la Ley 12.016, del 07/08/2009 que dispone el envío al tribunal de la sentencia que concede el mandato de seguridad).

En la doctrina y jurisprudencia actual esta figura se conoce como *reexamen necesario*. En la tradición procesal luso-brasileña se denomina *recurso de oficio*, *apelación necesaria* o *ex officio*, apareciendo estas dos últimas denominaciones en el artículo 822 del Código de Proceso Civil de 1939. Si bien la naturaleza jurídica de este instituto es controvertida, lo considero un recurso interpuesto por el Estado a través del juez, en su calidad de agente estatal, para prevenirse la inactividad de sus representantes legales en casos especiales considerados por el derecho como de transcendental relevancia.

Cuando la ley exija el reexamen necesario, el juez ordenará en la propia sentencia la remisión de los autos al tribunal independientemente de que la parte vencida interponga o no un recurso voluntario, sin que dicha medida excluya la posibilidad de recurrir (artículo 496 § 1.º). Mientras no sea confirmada por el tribunal, la sentencia (aunque la ley admita su ejecución provisional, salvo en los casos en que fuera prohibida la concesión de una medida liminar como en el caso del mandato de seguridad —artículo 14 § 3.º, de la Ley 2.016/2009—) no producirá ningún efecto, según la impropia terminología del *encabezado* del artículo 496, en el cual se quiso aludir a su eficacia plena.

5. EMBARGOS DE DECLARACIÓN

El inolvidable Haroldo Valladão, reconocido profesor de Derecho Internacional Privado y destacado docente a nivel mundial, me sugirió al inicio de mi carrera en la magistratura que comenzara a tratar los embargos declaratorios contando una anécdota. Estas se relatan mejor oralmente que de manera escrita; sin embargo, reproduciré una aquí.

Durante una fiesta en su palacio, el gobernador se asoma al balcón y se le oye esta frase: «Robaron a mi mujer». Una persona del pueblo, que presenciaba la escena, le comentó a otro: «Le han robado la mujer al gobernador, pobre hombre. Se quedará sin esposa». Su interlocutor, al ver a la primera dama en una ventana, explica: «El gobernador no

habló en acusativo, sino en dativo. En latín, el acusativo corresponde al objeto directo, mientras que el dativo al objetivo indirecto. Por tanto, la explicación quiso decir que no se habían robado a la mujer (sustraído a la mujer) del gobernador, sino que habían robado *a la* mujer del gobernador (sustraído de ella) alguna cosa.

En muchas ocasiones ocurre que un pronunciamiento judicial, pretendiendo decir una cosa, dice otra o que parezca, como en la historieta, haber expresado algo distinto. Para precisar el significado de la decisión, estableciéndole su sentido exacto, es decir, para corregir cualquier ambigüedad o defecto en su redacción, la ley permite que se interpongan *embargos de declaración* (sobre la etimología de *embargos*, véase el siguiente acápite).

El Código de Proceso Civil regula los embargos de declaración en los artículos 1.022 al 1.026, estableciendo que son oponibles a cualquier decisión judicial. No importa la naturaleza del acto decisorio siempre es posible interponer el embargo de declaración aun cuando haya decidido sobre otros embargos de declaración.

Cabe señalar que los embargos de declaración no son un recurso, aunque el artículo 944 del Código los incluya entre los tipos de recursos en su inciso IV. En realidad, se trata de un incidente destinado a perfeccionar el enunciado por el cual la decisión se materializó. Como Pontes de Miranda señalaba, «no se pide que se decida nuevamente, se pide que se vuelva a expresar».⁷

No es raro que el perfeccionamiento obtenido a través de los embargos conlleve a la alteración objetiva de la decisión (en este caso, se dice que los embargos son modificativos); sin embargo, debe entenderse que, en dicha situación, solo se altera la voluntad externa del acto decisorio y no su voluntad intrínseca (v. gr., esto ocurre si el juez fundamenta

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao CPC*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1975, tomo VII, p. 400.

una sentencia pensando en la anulación del acto, pero concluye con la infundabilidad del pedido anulatorio. También podría darse el caso si una sentencia colegiada declara extemporáneo el recurso debido a una lectura errónea del sello de recepción, que había sido alterado de manera maliciosa, haciendo que el relator interprete como 18 el número 13, siendo este último el último día de plazo). La alteración del acto decisivo mediante los embargos de declaración está prevista en la ley (CPC, artículo 494, II).

Los embargos de declaración se admiten cuando la decisión judicial contenga oscuridad, contradicción, presente una omisión respecto de un punto sobre el cual debía pronunciarse o incurra en un error material (artículo 1.022, I, II y III). Una vez que son interpuestos dentro del plazo de cinco días (artículo 1.023), los embargos declaratorios interrumpen el plazo para la presentación de *cualquiera* de los recursos (artículo 1.026) por *cualquiera* de las partes, restituyéndose, por consiguiente, integralmente el plazo para recurrir.

Las inexactitudes materiales de cualquier naturaleza (v. gr., error en la escritura de los nombres, evidente confusión de una parte por la otra, equivocación en la enumeración de las fojas, errores en la escritura como cuando se dice infundado en lugar de fundado, o «concedo» en lugar de «rechazo») así como los errores en el cálculo (error en el resultado de la operación, no de los criterios adoptados) también se corrigen a través de los embargos. Además, pueden ser correcciones de oficio en cualquier instancia o momento, incluso después de concluido el proceso, pero siempre por el juez o por su orden.

6. RECURSOS ORDINARIOS (FINALIDAD Y ESPECIES)

Explicué en el acápite 1 de este capítulo que los *recursos ordinarios* buscan principalmente el reexamen de la decisión para garantizar la más adecuada protección del derecho de las partes, acreedoras de una prestación justa, es decir, emitida de conformidad con la norma jurídica aplicable.

Por ello, en estos recursos se reexaminan todos los elementos de hecho y de derecho necesarios para la decisión. La revisión se limita solo horizontalmente, esto es, según la extensión de lo que se impugnó, y no verticalmente en la profundidad.

Cuando los recursos ordinarios tienen efecto *suspensivo* impiden la eficacia del acto impugnado la cual queda suspendida por este efecto. Además, producen siempre el efecto *devolutivo* (del latín *devolvere*, en el sentido figurado de ‘hacer volver’; por tanto, transferir). Este efecto consiste en transferir al órgano recursal la competencia que tenía el órgano recurrido para apreciar y decidir la cuestión.

La *apelación* (del latín *appelatio*, de *appellare*, dirigirse a alguien, pedir auxilio; de *ad*, hacia, y *pellare*, poner en movimiento, lo que indica que se solicita la acción protectora del órgano de alzada) es el recurso que procede contra la sentencia (artículos 1.009 y 203 § 1.º). Se interpone de forma escrita (artículo 1.010) y produce los efectos devolutivo y suspensivo, salvo cuando el código, como ocurre en los casos del artículo 1.012 o una ley especial, excluya este último.

El efecto devolutivo de la apelación, aunque limitado solo a la materia impugnada (artículo 1.013), es pleno. El tribunal que juzga la apelación puede acoger el fundamento del pedido o de la defensa que haya podido ser rechazado por el juez (artículo 1.013 § 2.º). *Por ejemplo*, en el caso de que se pida la nulidad del acto jurídico por incapacidad del agente e ilicitud del objeto, pero la sentencia solo hubiera acogido el primer fundamento, rechazando el segundo. Aquí, el tribunal podrá acoger *también* el segundo fundamento o *solo* este, desestimando el primero). Asimismo, al tribunal, al resolver la apelación, le corresponde apreciar todas las cuestiones relativas a la materia impugnada que han sido suscitadas y discutidas en el proceso, incluso si la sentencia no las resolvió en su totalidad (artículo 1.013 § 1.º).

Por ejemplo, imaginemos el siguiente caso: una mujer interpone la acción de separación, alegando el adulterio del marido —este sería el fundamento— sustentado en la alegación la visita del cónyuge a un hotel en compañía de otra mujer, y en la exposición en un lugar público y en actos comprometedores de intimidad con la amante. Si el juez considera probado el adulterio únicamente basado en la visita al hotel, omitiendo pronunciarse sobre la exhibición pública del demandado, el efecto devolutivo de la apelación habilita al tribunal apreciar el segundo hecho y determinar si configura o no el segundo fundamento invocado).

Además, en virtud del efecto devolutivo, cuestiones anteriores a la sentencia que no fueron apreciadas por el juez (Barbosa Moreira, en sus insuperables *Comentários ao CPC*, ilustra sobre el punto recordando el caso de la impugnación al valor de la causa que el juez se olvidó de juzgar),⁸ quedan sometidas al tribunal (no las cuestiones anteriores a la sentencia ya decididas por el juez, pues la decisión respectiva quedó sujeta al recurso de agravo).

Finalmente, la plenitud del efecto devolutivo de la apelación también permite al tribunal examinar cuestiones de hecho no presentadas en primera instancia (llamados *hechos nuevos*, porque aparecen en el proceso por primera vez) siempre que la parte (apelante o apelado) pruebe que no pudo alegarlas por motivo de fuerza mayor (artículo 1.014).

El adjetivo latino *gravis* significa ‘pesado’ (por cierto, el bellissimo lema de la Pontificia Universidade Católica do Río de Janeiro, donde tengo el honor de enseñar, es *alis grave nil*: nada es pesado para aquello que tiene alas). Este adjetivo dio origen al verbo *gravare* que significa ‘pensar sobre o cargar’. Cuando este verbo es precedido por el prefijo *ad*, hacia, resulta en la palabra *aggravare* ‘sobrecargar, oprimir’. A través de un proceso metonímico, este verbo latino se convirtió en el étimo de recurso que adoptó el nombre del mal que busca combatir (el gravamen,

⁸ *Comentários ao CPC*, sexta ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1993, p. 401.

el perjuicio causado por la decisión recurrida). Así, el *agravo* surge como una genuina creación del proceso lusitano.

El artículo 1.015 del Código de Proceso Civil establece que el *agravo* es el recurso procedente contra las decisiones de primera instancia enumeradas en dicho artículo; sin embargo, no son susceptibles de *agravo* las decisiones que no están comprendidas en esos supuestos o en el párrafo único del artículo. La experiencia ha demostrado que los supuestos previstos en la norma señalado son insuficientes. Esto ha llevado a los abogados a recurrir a otros mecanismos para impugnar decisiones que no pueden ser cuestionadas mediante el *agravo*. Por dicha razón, han proliferando los mandatos de seguridad, reclamaciones y pedidos de aplicación extensiva de las hipótesis enumeradas en la norma. El código prevé dos modalidades de *agravo*: el *agravo de instrumento* (artículo 1.015) y el *agravo interno* (artículo 1.021).

El *agravo de instrumento* se denomina así porque no se tramita ni se remite al tribunal de alzada el mismo expediente en el cual se emitió la decisión agravada, sino mediante un nuevo expediente que constituye el *instrumento* (del latín *instrumentum*, de *instruere* ‘erigir, poner en orden, proveer, enseñar’), mediante el cual el recurso es presentado para el conocimiento y deliberación del órgano juzgador.

El *agravo* debe interponerse dentro del plazo de 15 días (artículo 1.003 § 5.º). El *instrumento* se compone de la petición escrita del recurso junto con otros elementos indicados en la ley (artículos 1.016 y 1.017), la respuesta del agravado (artículo 1.019, II) y copias de las piezas de los autos en los cuales se emitió la decisión recurrida. Asimismo, también está conformado por cualquier otro documento que haya podido ser adjuntado por las partes.

El *agravo* se tramita ante el tribunal donde permanece, pero se presenta copia del recurso al juez (artículo 1.018) para que él mismo revo-

que o confirme su decisión. Se trata de un recurso que permite la retracción por parte del mismo órgano que emitió el acto impugnado. Si el mismo juez revoca su decisión, el tribunal no juzgará el agravo (artículo 1.018 § 1.º). El tribunal puede conceder el efecto suspensivo al agravo conforme lo dispone el artículo 1.019, I.

El artículo 530 del Código de Proceso Civil de 1973 consagraba los embargos infringentes ante el siguiente escenario «cuando la sentencia colegiada no adoptada por unanimidad, hubiera revocado en grado de apelación la sentencia de mérito o hubiera declarado infundada la acción rescisoria. Si el desacuerdo fuera parcial, los embargos estarán restringidos a la materia objeto de divergencia».

Este recurso no fue contemplado en el CPC de 2015; sin embargo, se encuentran vestigios de dicho instituto en el artículo 942 conforme al cual «cuando la decisión en apelación fuera unánime, el juzgamiento continuará en una sesión que será fijada con la presencia de otros jueces, los cuales serán convocados en los términos previamente definidos en el reglamento interno, en número suficiente para garantizar la posibilidad de inversión del resultado inicial, quedando garantizado a las partes y a eventuales terceros el derecho de sustentar oralmente sus razones ante los nuevos magistrados». Al igual que el artículo 530 del código anterior, el artículo 942 consagra un nuevo juzgamiento de la apelación si hubiera un voto vencido. La convocatoria de otros jueces es una imposición legal y no depende de la iniciativa de ningún legitimado. Se trata de una disposición de carácter imperativo.

Conforme a la correcta y casi unánime interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia, el principio del doble grado de jurisdicción no es una garantía constitucional. Cuando el artículo 5, LV, de la Constitución reconoce la amplia defensa con los medios y recursos que le son inherentes, se refiere a los recursos que la ley pueda reconocer sin que prohíba que eventualmente no los conceda.

Asimismo, la norma no impide que los recursos sean creados para ser juzgados por otro órgano del mismo nivel que aquel que dictó la decisión recurrida, o incluso por este mismo. Por tanto, la ley puede crear un recurso solamente para el mismo juzgado que emitió la decisión recurrida. Por ejemplo, la Ley de los Juzgados Especiales, 9.099, del 26/09/1995, también establece un recurso de naturaleza ordinaria ante el mismo juzgado, pero que es resuelto por un tribunal de tres jueces (artículo 41 § 1.º). En la terminología forense, recursos como los que ahora se han mencionado se denominan *embargos de alzada* (*alzada*, de *altus* ‘alto’, lo que indica que estos recursos solo alcanzan la jurisdicción del propio juzgado o que es de la competencia de este mismo para resolverlos).

Aún dentro del ámbito de los recursos ordinarios, cabe destacar que la Constitución federal también establece estos recursos en materia civil y penal. Los *recursos ordinarios constitucionales civiles* están previstos en los artículos 102, II, *a*, y 105, II, *b* y *c*.

Por un lado, al Supremo Tribunal Federal le corresponde juzgar en recurso ordinario civil el mandato de seguridad (CF, artículo 5, LXIX y LXX), el *habeas data* (*habeas*, que tú tengas, de *habere* ‘tener’ y *data* ‘los datos’, plural de *datum*, de *dare* ‘dar’, por tanto, *que tú tengas los datos* - CF, artículo 5, LXXII, *a* y *b*) y el mandato de inyuncción (CF, artículo 5, LXXI) decididos en instancia única por los tribunales superiores (STJ, TST, STM, TSE) cuando la decisión es denegatoria, pero no cuando sea concedida.

Por otro lado, al Superior Tribunal de Justicia le corresponde conocer los recursos ordinarios civiles interpuestos contra decisiones en los mandatos de seguridad emitidos en instancia única (es decir, originalmente interpuestos ante estos tribunales —véase el n.º 8 de este capítulo—) por los tribunales regionales federales, tribunales de justicia, tribunales de alzada de los estados, del Distrito Federal y de los territorios, únicamente cuando la sentencia colegiada deniegue la medida.

Asimismo, compete al STJ conocer, en recurso ordinario (apelación de sentencia, agravio de instrumento, o retenido, de las interlocutorias), las causas en las que fueran partes, de un lado, un Estado extranjero u organismo internacional; y, de otro lado, un municipio o una persona residente o domiciliada en el país. En estas causas, de competencia originaria de los jueces federales (CF, artículo 109, II), el recurso procede sea cual sea el contenido de la decisión. En los demás casos, solo si la decisión es denegatoria, entendiéndose por denegatoria también la sentencia colegiada terminativa por la falta de especificidad del adjetivo usado por la Constitución.

El Código de Proceso Civil regula en los artículos 1.027 y 1.028 el procedimiento de estos recursos cuyo trámite también está regulado en los reglamentos internos de las dos altas cortes de justicia. Se trata de recursos ordinarios destinados principalmente a la tutela del interés de las partes, por lo que poseen el efecto devolutivo pleno, limitado únicamente a la extensión de la impugnación.

7. RECURSOS EXTRAORDINARIOS (FINALIDAD Y ESPECIES)

Aunque los recurrentes los interpongan con el indisimulable propósito de satisfacer sus pretensiones, los llamados *recursos extraordinarios* fueron creados por la Constitución con la finalidad primordial de garantizar su supremacía y la del derecho positivo federal. Mediante el juzgamiento de estos recursos, el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia, además de revisar nuevamente pronunciamientos adversos a los recurrentes, ejercen la jurisdicción con el trascendental objetivo de establecer para los demás órganos del Poder Judicial y para la nación el sentido, alcance y finalidad de las normas constitucionales y del derecho federal, garantizando su interpretación y su aplicación de la manera más uniforme posible.

Estos remedios no constituyen recursos típicamente civiles, ya que se aplican a materias que trascienden este ámbito. Los artículos 1.029 al

1.035 del Código de Proceso Civil, así como las normas reglamentarias de las dos cortes superiores, regulan estos recursos y sus respectivos procedimientos.

Son recursos extraordinarios el *recurso extraordinario*, propiamente dicho, previsto en el artículo 102, III, *a, b, c y d*, de la Constitución; el *recurso especial* contemplado en el artículo 105, III, *a, b, c*; y los *embargos de divergencia* que está reconocido en el artículo 1.043 del Código de Proceso Civil. Por otra parte, la *reclamación* destinada a preservar la competencia de estos tribunales o garantizar la autoridad de sus decisiones y los embargos de declaración no constituyen recursos, sino incidentes procesales.

La comparación entre el *encabezado* del inciso III del artículo 102 y el del inciso III del artículo 105 de la Constitución muestra que el recurso extraordinario y el especial presuponen la existencia de una *causa* (es decir, de una cuestión, no la decisión final de una demanda, sino cualquier cuestión surgida en cualquiera de los procesos contenciosos o voluntarios) *decidida en única o última instancia* (esto es, no se admiten los recursos mientras exista otro que aún pueda ser interpuesto).

Mientras que el *encabezado* del inciso III del artículo 102 de la Constitución se refiere únicamente a la causa decidida en única o última instancia, lo que indica, según entiendo, que incluso las decisiones finales emitidas en los embargos de alzada (véase el acápite precedente) pueden ser impugnadas mediante un recurso extraordinario, el *encabezado* del inciso III del artículo 105 restringe el recurso especial a las decisiones de única o última instancia de los tribunales regionales federales, de los tribunales de justicia y de alzada (hoy derogados) de los Estados, Distrito Federal y territorios.

El presupuesto específico del recurso extraordinario es la existencia de una cuestión constitucional que se configura en las situaciones comprendidas en los cuatro supuestos del inciso III del artículo 102 de la

carta política. En esta norma se prevé que el recurso procede contra una decisión que: *a)* sea contraria a una disposición de la Constitución; *b)* haya declarado la inconstitucionalidad de un tratado o de una ley federal; o, *c)* haya declarado válida una ley o un acto de un gobierno local (cualquier autoridad u órgano de cualquier poder y nivel) que vulnere la Constitución o haya declarado válida una ley local que contravenga una la ley federal.

El artículo 1.029, II, del CPC establece que en el escrito de interposición del recurso extraordinario (así como en el del recurso especial, que por el momento no viene al caso), el recurrente debe demostrar la procedencia del recurso interpuesto. Su procedencia está condicionada al cumplimiento de la exigencia del artículo 1.035 § 2.º, que exige que el recurrente deberá demostrar, en la preliminar del recurso, la existencia de la repercusión general para la apreciación exclusiva del Supremo Tribunal Federal.

El § 1.º aclara que la repercusión se configura cuando existen cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico que trasciendan los intereses subjetivos del proceso. Esto demuestra que los recursos extraordinarios, entre los cuales está el recurso extraordinario previsto en el artículo 102, III, *a, b, c y d*, de la Constitución que es la más alta expresión del género, buscan esencialmente preservar el imperio de la Constitución y solo de forma refleja al derecho de quien recurre. Los diversos párrafos del artículo 1.035 regulan la demostración de la repercusión general y la verificación del cumplimiento de este presupuesto recursal específico sin cuya existencia el recurso extraordinario estará predestinado a un juicio negativo de admisibilidad.

El artículo 1.036 § 1.º, ordena que el presidente o vicepresidente del Tribunal de Justicia o del Tribunal Regional Federal remita al STF dos o más recursos cuando exista una multiplicidad de recursos fundamentados en una misma controversia. Con ello, los demás recursos quedan suspendidos. La mencionada remisión tiene como finalidad que la Corte

verifique la existencia de la repercusión general. Si se rechaza la existencia de la repercusión general, los recursos suspendidos, al igual que los remitidos al Supremo, «serán considerados automáticamente improcedentes», conforme al párrafo único del artículo 1.039.

El presupuesto específico del recurso especial es la existencia de una cuestión de derecho federal. Esta cuestión se configura en los supuestos previstos del inciso III del artículo 105. Estos establecen que el recurso debe basarse en el hecho de que una sentencia colegiada impugnada haya: *a*) contravenido un tratado o una ley federal, o les haya negado su vigencia (es decir, haya dejado de aplicarlos, ya sea afirmando que no están vigentes, que aún no lo están o que ya han dejado de estarlo); *b*) declarado válido un acto de gobierno local que infrinja una ley federal; o, *c*) dado a la ley federal una interpretación divergente de la atribuida por *otro* (no el mismo) tribunal (mediante una adecuada comprobación y prueba de la divergencia realizada de acuerdo con las rigurosas exigencias de la ley —artículo 1.029 § 1.º— y de las normas reglamentarias).

Los artículos 1.029 al 1.035 del Código de Proceso Civil regulan el procedimiento del recurso extraordinario y del recurso especial. Nótese que es posible impugnar una misma sentencia colegiada simultáneamente mediante la interposición de ambos recursos siempre que se cumplan los respectivos presupuestos. Así, v. gr., si se alega que la decisión ha vulnerado tanto la Constitución como una ley federal, deberá ser impugnada en lo que respecta a la materia constitucional a través del recurso extraordinario y mediante el recurso especial en lo relativo a la cuestión legal.

Se interponen ambos recursos, o uno solo de ellos, dentro del plazo de 15 días siempre mediante una petición escrita que necesariamente expondrá el hecho y el derecho, demostrará la procedencia del recurso (esto es, su encuadramiento en uno de los supuestos del inciso III del artículo 102, del artículo 1.029 o del artículo 105 de la Constitución) y

dará las razones del pedido de revocación del pronunciamiento impugnado (artículo 1.029, I, II y III). El recurrido tendrá el mismo plazo para responder a los recursos, o al recurso, impugnando la procedencia y ofreciendo razones para la preservación del pronunciamiento. Los autos serán remitidos al presidente del tribunal o al miembro de la corte que la normativa interna designe como competente para conceder o rechazar el recurso (artículo 1.030 y § 1.º). El tribunal de origen no tiene competencia para evaluar la existencia de la repercusión general, ya que es exclusiva del STF conforme al § 2.º del artículo 1.035.

Una vez que son admitidos los recursos, que solo producen el efecto devolutivo, el expediente es enviado inicialmente al Superior Tribunal de Justicia. Solo irá al Supremo Tribunal Federal si no fuera seleccionado en el STJ (artículo 1.031 y § 1.º). Excepcionalmente, este tribunal puede ordenar la remisión de los autos al Supremo (artículo 1.031 § 2.º) para el juzgamiento del recurso extraordinario cuando la decisión de este deba preceder a la del recurso especial (v. gr., se alegó la violación de la ley federal cuya constitucionalidad también se cuestionó). Si se interpone solo uno de los recursos, los autos se enviarán directamente al tribunal competente para su juzgamiento después que fuera concedido en el tribunal recurrido.

Procede el agravo contra la decisión del presidente o del vicepresidente del tribunal recurrido que declare improcedente el recurso extraordinario o recurso especial, salvo cuando la decisión se base en la aplicación de una interpretación establecida bajo el régimen de repercusión general o en el juzgamiento de recursos repetitivos.

8. PROCESO EN LOS TRIBUNALES

Ciertas demandas se interponen directamente ante los tribunales sin pasar por la primera instancia por voluntad expresa de la Constitución y de las leyes. Esta es una elección política que toma en cuenta, muchas

veces (aunque no necesariamente como en el caso de la demanda mencionada al final de este acápite), la condición de las personas litigantes.

Por ejemplo, la Constitución federal establece en el artículo 102, I, *f*, que se presenten ante el Supremo Tribunal Federal las demandas entre la Unión, los estados federados o el Distrito Federal, así como las demandas entre estos. Estas demandas y los procesos originados por su interposición se consideran de *competencia originaria de los tribunales*. Para mayor claridad, se recomienda consultar el listado de causas enumeradas en el inciso I de los artículos 102 y 105 de la carta política.

En lo que respecta al proceso y procedimiento de estas demandas, cuando tienen naturaleza civil se aplican las normas del Código de Proceso Civil, salvo que existan disposiciones específicas en leyes especiales que las regulen. Asimismo, también se deben observar las normas reglamentarias de los tribunales competentes.

La *homologación de la sentencia extranjera*, regulada en los artículos 960 al 965 del Código de Proceso Civil, constituye un proceso de conocimiento que se origina de una demanda de competencia originaria del Superior Tribunal de Justicia (CF, artículo 105, I, *i*). El pedido de homologación (*rectius*, la demanda de homologación) es resuelto por un acto del presidente del STJ.

El agravo interno solo procede contra la sentencia (terminativa o definitiva) que deniegue la homologación, pero no contra aquella que la conceda. Si hay impugnación, que es una contestación, la demanda pasa a la competencia de la Corte Especial del STJ. Además de las normas del reglamento interno del Tribunal, se aplican supletoriamente las disposiciones del Código de Proceso Civil, incluso cuando se homologue una sentencia no civil, ya que el proceso homologatorio es civil.

El *encabezado* del artículo 961 del Código establece que una decisión emitida por un tribunal extranjero no tendrá eficacia en Brasil hasta que

sea homologada por el Supremo Tribunal Federal (en la actualidad, por el Superior Tribunal de Justicia conforme a la Constitución, artículo 105, I, j). Por tanto, no se admite que la sentencia extranjera (entendida como cualquier acto jurisdiccional) tenga eficacia en el país si no hasta después que se integre al orden jurídico nacional por un acto de naturaleza constitutiva de la eficacia del STJ. Una vez homologada, la sentencia deberá cumplirse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 515, VIII. El cumplimiento de la sentencia se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para la ejecución de la sentencia nacional de la misma naturaleza (CPC, artículo 965).

Por sus presupuestos y finalidad, la *acción rescisoria*, regulada en el artículo 966 y siguientes del Código de Proceso Civil, es objeto del n.º 6 del capítulo siguiente.

9. SÚMULA VINCULANTE

La relevancia del tema exige un comentario sobre la *súmula vinculante* introducida en la Constitución por la Reforma 45, del 30 de diciembre de 2004, mediante un nuevo artículo: el 103-A.

Esta *súmula*, evidentemente, no es un recurso, sino la síntesis de reiteradas decisiones del STF sobre materia constitucional (artículo 103-A, *encabezado*). Por mandato del mismo artículo 103-A de la Constitución, la *súmula* «tendrá efecto vinculante con relación a los demás órganos del Poder Judicial y en la administración pública de manera directa e indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal [...]».

La *súmula* vinculante es ley tanto en el sentido formal como material, debido a que resulta de un proceso de elaboración definido en la Constitución y es de observancia obligatoria en los casos en que sea aplicable. Esta puede ser revisada o eliminada en la forma establecida por la ley sin que ello afecte las decisiones emitidas de conformidad con ella, las cuales seguirán vigentes.

Cabe señalar que la jurisprudencia del STF, al igual que la del STJ y los demás tribunales de la República, puede compilarse en proposiciones que conforman la denominada *súmula*. No obstante, las *súmulas vinculantes* serán solo las señaladas en el artículo 103-A de la Constitución y sus párrafos, y ninguna otra más.⁹

10. INCIDENTE DE RESOLUCIÓN DE DEMANDAS REPETITIVAS

En los artículos 976 al 987, el Código de Proceso Civil en vigor regula el incidente de resolución de demandas repetitivas. Este incidente, diseñado para facilitar el ejercicio de la jurisdicción, responde a los principios de economía procesal y celeridad del proceso.

El incidente puede ser iniciado para resolver una controversia sobre una misma cuestión exclusivamente de derecho y, simultáneamente, cuando exista el riesgo de perjuicio a la igualdad y a la seguridad jurídica. La mera repetición efectiva de procesos no basta para iniciar el incidente, sino que además será preciso que la repetición ponga en riesgo la igualdad y la seguridad pública.

El artículo 985, I, establece que si en el juzgamiento del incidente se fija una tesis jurídica, será aplicada a todos los procesos individuales o colectivos que se tramitan en el ámbito de la jurisdicción del respectivo tribunal, incluyendo en los juzgados especiales. No obstante, la aplicación de la tesis no conduce necesariamente a juzgamientos uniformes, ya que hay varios factores que se deben configurar para la fundabilidad o infundabilidad del pedido.

La ventaja de este incidente, cuyo procedimiento es regido por los artículos 976 al 987 de la ley procesal, radica en el hecho de que al uni-

⁹ Sobre el asunto, más extensamente, en mi libro: *A Reforma do Judiciário pela Ementa Constitucional nº 45*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 113 y ss.

formizar la jurisprudencia se elimina incertidumbres y se reduce el número de los recursos cuya multiplicación debe ser contenida mediante un juzgamiento amplio e incluyente.

CAPÍTULO IX

COSA JUZGADA Y ACCIÓN RESCISORIA

Sumario: 1. Preclusión y cosa juzgada formal.— 2. Cosa juzgada material.— 3. Límites subjetivos de la cosa juzgada.— 4. Límites objetivos de la cosa juzgada.— 5. Cuestión prejudicial y cosa juzgada.— 6. Acción rescisoria

1. PRECLUSIÓN Y COSA JUZGADA FORMAL

Se pierde el derecho de practicar un acto procesal por el vencimiento del plazo correspondiente (v. gr., si no se apeló hasta el 15.º día —artículo 1.003 § 5.º del Código de Proceso Civil— ya no se podrá apelar más). Asimismo, se extingue el derecho de practicar un acto procesal cuando ya ha sido practicado ese acto (v. gr., si el demandado contestó la demanda, no podrá contestar de nuevo, aunque el plazo para la interposición aún no haya finalizado). De igual manera, se pierde el derecho de practicar un acto con la ejecución de otro acto que impida su ejercicio (v. gr., el recurrente renunció al derecho de recurrir, o consintió la decisión, convirtiéndola en irrecurrible —CPC, artículos 999 y 1000—).

En estos casos, se configura una situación de estabilidad que no es susceptible de modificación dentro del proceso. A esta inmutabilidad se le denomina *preclusión* (del latín *praeclusione*, de *prae* ‘delante de’ o ‘delante de’, y *cludere*, forma arcaica de *claudere* ‘cerrar, clausurar, bloquear’). Algunos autores, como Chiovenda, consideran a la preclusión como la pérdida de la facultad de practicar un acto¹ y no como un efecto de esta

¹ *Instituições. Op. cit.*, 1.º vol., p. 372.

pérdida; sin embargo, me parece que se debe distinguir entre causa y efecto.

Si la preclusión se deriva de la práctica previa del acto, como en el ejemplo de la contestación ya presentada o de la realización de otro acto que lo impida como en los casos de la renuncia o consentimiento, el razonamiento indica que dicho acto no puede practicarse nuevamente o simplemente no puede ser practicado. Por esta razón, la preclusión se llama *lógica* (del griego *logiké* ‘razón’, a través del latín *logica*; la *lógica*, como se sabe, es la rama de la filosofía que estudia la razón como medio para alcanzar el conocimiento). Si la preclusión se deriva del vencimiento del plazo para el acto, es decir, porque ha pasado el tiempo para practicarlo, se dice que esta es *temporal*.

Como consecuencia de la preclusión lógica, de la preclusión temporal, de la voluntad de norma que las hace intocables o incluso del agotamiento de todos los recursos posibles sin que quede alguno por interponer, los actos decisorios se convierten en inmutables dentro del proceso. Esta inalterabilidad se denomina preclusión *consumativa*, pues se han agotado las posibilidades de su modificación (del latín *consummare*, de *cum* ‘con’ y *suma* ‘total, totalidad’, por tanto, completar, acabar, consumir). La preclusión consumativa también se le conoce simplemente como *preclusión* o *cosa juzgada formal*.

La expresión latina *res judicata*, cosa juzgada, está compuesta por *res* ‘cosa, cuerpo, asunto, materia’ y *judicata* ‘juzgada’, del latín *judicatus* que es el participio pasado femenino de *judicare* ‘juzgar’ (de *ius* ‘derecho’ y *dicere* ‘decir’). La locución común *res in iudicio deducta* significa ‘la cuestión deducida en el proceso’ y no la cosa discutida ante el órgano judicial. La *preclusión* y la *cosa juzgada formal* son equivalentes.

El renombrado procesalista brasileño Celso Agrícola Barbi, catedrático emérito de Proceso Civil en la Facultad de Derecho de la Universidade Federal de Minas Gerais, llegó a sugerir que se adopte el sustantivo

preclusión en lugar de *cosa juzgada formal*.² Se trata de un efecto del acto decisorio que lo hace inmutable dentro del proceso, de modo que no pueda modificarse más dentro de este. Si la parte legitimada para recurrir este acto no apela en el plazo, la sentencia precluye y ya no puede ser modificada en el proceso por la estabilidad que adquiere.

Consideremos la misma sentencia: la parte legitimada para recurrir apeló. Luego, interpuso un recurso especial y un recurso extraordinario contra la sentencia colegiada que juzgó la apelación. Posteriormente, una vez desestimado el recurso especial por el Superior Tribunal de Justicia, y desestimado el recurso extraordinario por el Supremo Tribunal, interpuso embargos de divergencia contra las sentencias colegiadas y cuando estos fueron rechazados, incluso interpuso embargos de declaración contra las sentencias colegiadas respectivas.

Después de este extenuante camino ya no queda algún recurso por interponer. Por tanto, opera la *preclusión* o la *cosa juzgada formal*. En virtud de este fenómeno, la prestación jurisdiccional adquiere estabilidad permanente en el proceso en el cual no podrá ser más modificado. Es en este sentido que el § 3.º del artículo 6 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (otrora Ley de Introducción al Código Civil) declara: «Se llama cosa juzgada o caso juzgado a la decisión judicial ante la cual ya no procede algún recurso».

Se dice que la decisión *adquirió firmeza*³ cuando un acto pasa a un estado inmutable debido a la preclusión. Advierto que la preclusión es

² AGRÍCOLA BARBI, Celso. «Da preclusão no processo civil». En *Rev. Forense*, vol. 158, pp. 62 y 63.

³ Nota del traductor. El autor utilizar la expresión, en portugués, *transitar em julgado* queriendo hacer referencia a que una decisión *transita* a un estado en el que ya es *juzgado* y, por tanto, ha adquirido firmeza. Asimismo, dicho autor respecto a la etimología del verbo *transitar* señala que proviene de *trânsito*, más *-ar*, que su vez tiene su origen en *transire*, de *trans* que significa 'ir más allá, a través' y de *ire* que significa 'ir o andar'. Cabe resaltar que en el CPC brasileño las resoluciones que *transitam em julgado* se pueden referir a sentencias que resuelvan el fondo de la controversia o solo una cuestión procesal, y según el uso de la expresión *transitar em julgado* no

una materia que no goza de una comprensión uniforme en la doctrina. Al contrario, parece, entre los procesalistas pensantes, que cada uno de ellos posee una concepción propia sobre esta y los temas tratados en este capítulo. Todos estos temas demandan un paciente trabajo de meditación y elaboración que aún está en desarrollo.

La cosa juzgada formal no es un fenómeno exclusivo de las sentencias, sino de cualquier acto decisorio, salvo que la ley los excluya de la aplicación de este fenómeno. Por ejemplo, el despacho de concesión de la demanda no precluye tanto así que, habiendo emitido aquel acto, el juez puede retroceder y rechazarla como muestra el artículo 337, IV, que permite al demandado alegar en la contestación la ineptitud de aquella demanda que es causal de improcedencia (artículo 330, I).

Tampoco precluye la decisión de saneamiento que implícita o explícitamente declara el cumplimiento de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Esto se debe a que el § 3.º del artículo 485 autoriza al juez a extinguir el proceso con fundamento en el artículo 485, IV, V, VI y IX que tratan de aquellos requisitos, en cualquier momento, mientras la decisión no adquiera firmeza.

Decisiones como las señaladas solo adquieren inmutabilidad en cada instancia después de la emisión de la sentencia (o de la sentencia de segunda instancia) debido a que con esta el juez agota su función en el proceso y lo extingue en el grado de jurisdicción en el que se encuentre (artículos 485 y 487). El artículo 494 no se aplica solo a la sentencia de mérito, sino también a las sentencias terminativas. Tanto en una sentencia definitiva o terminativa, el órgano jurisdiccional solo puede modificar la sentencia después de su emisión para corregir errores materiales o de

solamente las sentencias pueden llegar a ese estado, sino cualquier decisión judicial incluido los despachos. Ahora bien, en el lenguaje técnico del derecho procesal, una expresión que podría abarcar todos estos supuestos sería el de adquirir firmeza. Por tanto, a lo largo del texto utilizaremos la expresión *adquirir firmeza*.

cálculo mediante embargos declaratorios con el fin de adaptar su redacción a lo que concibió, pero no expresó adecuadamente. El artículo 494 debe interpretarse *a fortiori* (es decir, con mayor razón y extensivamente) para abarcar también a las sentencias terminativas, salvo en el caso de la improcedencia *in limine* de la demanda. En este último supuesto, si se interpone un recurso, el propio juez puede retractarse por expresa autorización del artículo 331.

La inmutabilidad de los actos decisorios —despachos, interlocutorias o sentencias— dentro del mismo grado de jurisdicción al que estoy aludiendo aún no constituye cosa juzgada formal, porque esta solo se produce por la preclusión consumativa tal como fue explicado en este acápite en algunas líneas atrás.

El artículo 507 del Código de Proceso Civil se refiere a la cosa juzgada formal que prohíbe a la parte volver a discutir en el proceso las cuestiones que ya han sido decididas y respecto de las cuales operó la preclusión. Una vez que estas decisiones sobre estas cuestiones han adquirido firmeza, ningún órgano judicial podrá reexaminarlas. Por ello, la ley prohíbe a la parte discutir las.

2. COSA JUZGADA MATERIAL

Como hemos explicado tantas veces a lo largo de estas páginas, la sentencia de mérito en sentido amplio —incluida la de segunda instancia— resuelve la pretensión del demandante ya sea declarándola fundada o infundada. Esto genera la preclusión que produce la cosa juzgada formal; sin embargo, también desencadena una eficacia generadora de otro e importantísimo fenómeno: la *cosa juzgada material*, que es la cosa juzgada propiamente dicha. Solo esta es capaz de componer definitivamente el conflicto, previniendo la litis inminente o resolviendo la litis actual y, en consecuencia, restableciendo la paz en el grupo social.

El Código de Proceso Civil se encargó de definir este fenómeno en su artículo 502: «Se denomina cosa juzgada material a la autoridad que vuelve inmutable e indiscutible la decisión de mérito que ya no está sujeta a recurso».

La cosa juzgada material es expansiva: no se limita al proceso en el cual se emitió la sentencia, sino que impide la intervención jurisdiccional de cualquier otro órgano de cualquier grado y en cualquier otro proceso. Por tanto, una vez que la sentencia que declara la falsedad de un documento (artículo 19, II) adquiera firmeza, ningún otro órgano judicial podrá considerarlo auténtico. Esto se debe a que decisión se ha vuelto indiscutible e inatacable, incluso frente a una ley posterior que debe respetarla aun si resulta incompatible con ella, en virtud del mandato constitucional expreso (CF, artículo 5, XXXVI).

La cosa juzgada atribuye a la sentencia fuerza de ley (CPC, artículo 503) como si el Estado hubiera promulgado una norma específicamente formulada para prevenir o hacer cesar el conflicto que le fue sometido mediante una demanda. De hecho, entre las muchas e interesantes teorías que buscan explicar la cosa juzgada material predomina, en la actualidad, la *teoría de la voluntad estatal*: para explicarse la cosa juzgada no es necesario forzar las cosas como lo hicieron las teorías de la presunción de la verdad, o de la ficción de verdad, por las cuales se considera verdadera la sentencia de mérito que ha *adquirido* firmeza.

En ese sentido, la voluntad del Estado de poner fin al contradictorio en un momento determinado, a cualquier costo, debido a la necesidad de la composición de la litis, basta para explicar este fenómeno. Lo que hace obligatoria a la sentencia de mérito, después de adquirir formalmente la firmeza, es el mandato impositivo del Estado mediante el cual desarrolla su función de preservar y restaurar el equilibrio social.

El Estado —que incluso puede quitar la vida a sus súbditos como lo demuestra el artículo 5, XLVII, *a*, de la Constitución al consagrar la

pena de muerte, que es ignominiosa a pesar de su carácter excepcional— también puede establecer que un conflicto se resuelva de una u otra manera, aunque sea de manera injusta. Esto explica la existencia de la cosa juzgada que, debido a la necesidad de preservar la paz en el grupo social, puede afectar de manera irreversible la vida, la dignidad, el honor, la libertad, el patrimonio moral y material de las personas.

Respecto al aforismo, repetido a lo largo de siglos, según el cual la cosa juzgada convierte lo blanco en negro y lo cuadrado en redondo (*res judicata facit de albo nigrum et de quadratum rotundum*), Calamandrei dice que nos hace sonreír cuando, en realidad, si lo pensáramos bien, debería hacernos temblar.⁴ La cosa juzgada establece el alcance de la eficacia de ese fenómeno aterrador, pero necesario, puesto que el equilibrio social es un valor que está por encima de las pretensiones de las partes en conflicto. Es también el ilustre maestro de Florencia, quien recuerda que «Sócrates, en prisión, explicaba con serenidad a sus discípulos, en un momento de elocuencia nunca igualado por ningún jurista, que la suprema razón social impone que nos sometamos a la sentencia, incluso hasta el sacrificio de la vida, aunque sea injusta».⁵

3. LÍMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

Supongamos —para ilustrar con un caso que recientemente llegó a mi conocimiento— que por equivocación Aurelio haya interpuesto una acción reivindicatoria sobre un inmueble de su propiedad (CC, artículo 1.228, *encabezado*) no contra Valerio, su ocupante, sino contra Rafael, poseedor de un terreno cercano. Al ser citado, Rafael ni siquiera se tomó la molestia de contestar, dado que la demanda no le concernía. En consecuencia, fue declarado en rebeldía. La sentencia emitida en la acción reivindicatoria de Aurelio contra Rafael declaró fundada la pretensión (es decir, se emitió una sentencia de mérito) y, al no haberse interpuesto recurso alguno, adquirió firmeza, produciendo la cosa juzgada material.

⁴ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes. Op. cit.*, p. 28.

⁵ *Id.*, pp. 28 y 29.

El observador más distraído de la situación descrita podría afirmar que la sentencia no puede ejecutarse contra Valerio, ya que no fue parte en el proceso de la acción reivindicatoria al no haber sido citado ni haber podido ejercer su derecho al contradictorio y a la amplia defensa, derechos constitucionalmente garantizados (CF, artículo 5, LV). Y así es. Una razón de orden lógico, que inspira la norma jurídica aplicable, establece que nadie puede ser afectado en sus derechos o pretensiones por una sentencia dictada en un proceso en el que no haya sido parte. La cosa juzgada no puede tener una eficacia de tal alcance que involucre a personas ajenas a la relación procesal en la cual se originó. En efecto, debe contenerse en sus efectos de modo que no alcance a terceros ajenos a la actividad jurisdiccional de la que emergió.

El derecho restringe el alcance de la cosa juzgada, estableciendo sus límites subjetivos y definiendo quiénes estarán sometidos a su eficacia. El Código regula este aspecto en su artículo 506: «La sentencia produce cosa juzgada respecto de las partes entre las cuales es dada, no perjudicando a terceros».

Esta norma adoptó el principio *res inter alios judicata aliis nec prodest nec nocet* (literalmente, la cuestión juzgada entre algunos no beneficia ni perjudica a otros, en otras palabras, la cuestión juzgada entre las partes no beneficia ni perjudica a terceros). Por lo tanto, la eficacia de la cosa juzgada está limitada a las partes del proceso y no alcanza a alguien ajeno al proceso, los terceros, que hayan permanecido fuera de la relación procesal.

Dentro de los terceros se encuentran todas las personas del planeta que no participaron en el proceso. Se trata de una categoría para la cual la cosa juzgada resulta irrelevante, pues en ningún caso los afecta. ¿Qué le importa a Inácio o a Dionisio la sentencia que ayer adquirió firmeza y que ordenó a Marlene pagar una suma de dinero a Emilia? ¿Cómo podría interesarme —salvo en mi condición de un integrante del grupo social,

comprometido en su equilibrio— la sentencia que resolvió un contrato de arrendamiento de una casa en la ciudad donde vivo?

Otra categoría más cercana al proceso es aquella que tiene un interés de contenido no jurídico (v. gr., moral, religioso, afectivo, ideológico o meramente económico) en la resolución de la litis. Esta categoría debe someterse a lo que ha sido juzgado (v. gr., el dueño de un restaurante no puede hacer nada contra la sentencia que obligó a mudarse a una industria, o comercio, a los cuales suministraba alimentos; del mismo modo, tengo que resignarme ante la pérdida sufrida por mi equipo de fútbol como consecuencia de la sentencia que declaró nulo el contrato con un jugador que juega de delantero).

También quedan sujetos a los efectos de la cosa juzgada quienes formen parte de relaciones o de situaciones jurídicas subordinadas a la relación o situación alterada por una sentencia. Por ejemplo, esto ocurriría si mi vecino, poseedor de una casa con piscina, se había obligado contractualmente a permitirme su uso tres veces por semana a cambio de cierta retribución, pero una sentencia que adquirió firmeza en un proceso de una acción reintegradora lo despojó del inmueble. Del mismo modo, imaginamos una sentencia que declare falsa una pintura que generaría que fuera retirada de la subasta en la cual yo planeaba participar y hacer una oferta.

La cosa juzgada también se extiende a los *posibles* litisconsortes *facultativos* que, aunque pudieron haber participado en el proceso junto a una de las partes, optaron por no hacerlo. Esto se debe a que el litisconsorcio que se habría conformado encontraría su justificación en la identidad tanto del pedido y de la causa de pedir. En ese sentido, la conexión a la que se refiere el artículo 113, III, se configuraría por la simultaneidad de ambos elementos, no siendo suficiente la coincidencia de solo uno de estos.

Por ejemplo, si se declara infundado el pedido de anulación de una asamblea de una compañía debido a una irregularidad en la publicación de la convocatoria, interpuesto por un solo accionista, la cosa juzgada se extiende a los demás accionistas que, pese a estar igualmente legitimados para presentar la demanda por el mismo fundamento, optaron por no hacerlo. No se puede argumentar que un posible litisconsorte facultativo que no demandó podría buscar la protección jurisdiccional de un modo más adecuado, ya que en esta situación también resulta aplicable el artículo 508 del Código de Proceso Civil, que trataré en el próximo acápite.

La ley puede excluir a las personas aludidas de la extensión de la cosa juzgada. Un ejemplo de ello es el artículo 18 de la Ley 4.717, del 29/06/1965, que regula la acción popular. Esta norma establece que la sentencia que declara infundado el pedido formulado en dicha demanda por insuficiencia de pruebas no impide que cualquier ciudadano pueda interponer otra acción popular con el mismo fundamento siempre que aporte prueba nueva. Una norma de contenido idéntico se encuentra en el artículo 16 de la Ley 7.347, del 24/07/1985, que regula la acción civil pública.

En el proyecto de la Comisión Revisora del Código de Proceso Civil de 1985, el ilustre José Joaquim Calmon de Passos, profesor catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidade Federal da Bahía, que entre todos los procesalistas brasileños era el más preocupado con la realidad nacional y el más comprometido con la función social del proceso, agregó al artículo 471 del CPC de 1973 un párrafo único. Este párrafo establecía que en las demandas de tutela de los derechos transindividuales (difusos y colectivos): «la sentencia tendrá eficacia de cosa juzgada oponible a terceros, salvo que la demanda fuera declarada infundada por insuficiencia de la prueba, en cuyo caso la interposición de una demanda con idéntico fundamento quedará condicionada al ofrecimiento de nuevas pruebas».

La cosa juzgada no se extiende únicamente a aquellos terceros que sean titulares de una pretensión jurídica incompatible con ella (todos los demás terceros deben acatar la cosa juzgada). La doctrina denomina *terceros jurídicamente interesados* a aquellos que, sin haber sido parte en el proceso, poseen una pretensión jurídica contraria a la sentencia (v. gr., imaginemos que una sentencia ordenó a Clóvis pagar un crédito a Alberto. Si Leila se considera titular de ese crédito, dicha sentencia, que reconoció a Alberto como su titular, no se le extiende y ella podrá plantear su demanda).

No obstante, la noción de terceros jurídicamente interesados no es perfecta, ya que existen casos en los que la eficacia de la sentencia que adquirió firmeza sí afecta a ciertos terceros con interés jurídico, como ocurre con los titulares de las relaciones jurídicas derivadas (el caso del subarrendatario), o con los posibles litisconsortes facultativos en un proceso en el que tanto el pedido como la causa de pedir sean únicos.

Si la sentencia declaró fundada la acción reivindicatoria de Oto contra Frederico, ordenando la entrega al demandante de un terreno que solicitó en su condición de propietario (CC, artículo 1.228, *encabezado*), la cosa juzgada material no impide que Leonardo, que se considera dueño del inmueble, lo reivindique de Oto. El demandante (Oto) no podrá oponer la excepción de cosa juzgada contra Leonardo con base en la sentencia que le otorgó el bien en la acción reivindicatoria anterior, porque el demandante de la nueva reivindicatoria no fue parte del primer proceso (CPC, artículo 506).

De la misma manera, pensemos en el caso de Marilda, quien interpone un mandato de seguridad buscando la nulidad de un acto de una autoridad pública, debido a que considera que dicho acto viola un derecho líquido y cierto de su titularidad. Respecto a ello, la sentencia considera válido el acto y deniega el pedido, adquiriendo firmeza; sin embargo, esto no impide que Conceição, que se encuentra en una situación

semejante a la de Marilda, interponga otro mandado de seguridad alegando la nulidad del mismo acto.

Nótese que en este ejemplo ambas demandantes podrían haber actuado como litisconsortes (artículo 113, III) sin que la cosa juzgada relativa a una de ellas afecte a la otra, puesto que si bien existe una identidad en el objeto, las causas de pedir sustentadas en las situaciones subjetivas de las dos demandantes son distintas.

La sentencia en las acciones de estado relativas a la personalidad, capacidad, estado civil o filiación produce efectos sobre la condición jurídica de las personas. Por ejemplo, con la nulidad del matrimonio, los cónyuges vuelven a ser solteros y serán considerados como tales en los actos de su vida civil. Del mismo modo, una sentencia en un proceso de investigación de paternidad que reconoce la filiación de un padre y su hijo permite que este pueda participar en la herencia. Asimismo, una sentencia de interdicción que priva a una persona mayor de edad de su capacidad para realizar actos de la vida civil implica que cualquier acto que lleve a cabo será nulo.

Si en una de estas demandas no se constituyó el litisconsorcio necesario, que era imprescindible, el caso es de ineficacia del proceso y nada tiene que ver con los límites subjetivos de la cosa juzgada. En la Comisión Revisora del Código de Proceso Civil de 1973, formada por el Gobierno de la República en 1985, simplemente sugerimos la supresión de la segunda parte del artículo 472, lo que ha sido consagrado en el Código de Proceso Civil de 2015.

4. LÍMITES OBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

De acuerdo con los tres incisos del artículo 489 del Código de Proceso Civil, la sentencia debe cumplir con los siguientes requisitos *esenciales*, cuya ausencia acarrea la nulidad: (i) la *parte expositiva* debe contener los nombres de las partes, la identificación del caso con el resumen de la

demanda y de la contestación, así como el registro de las principales ocurrencias en la tramitación del proceso; (ii) los *fundamentos*, en los que el juez analizará las cuestiones de hecho y de derecho; y (iii) la *parte dispositiva* (del latín *disponere*, compuesto por *dis* ‘en dirección’ y *ponere* ‘poner’, por tanto, aquello que dispone, lo que ordena) debe contener la resolución del juez (es decir, su decisión) de las cuestiones que las partes le hayan sometido.

Si se concibe a la sentencia como un objeto, es decir, como un acto perceptible por los sentidos, y teniendo en cuenta sus tres partes, resulta imprescindible delimitar los límites de la cosa juzgada material que esta produce, siempre que se trate de un pronunciamiento sobre el mérito.

El artículo 503 proporciona elementos para esta delimitación al establecer que: «La decisión que resuelva total o parcialmente el mérito tiene fuerza de ley dentro de los límites de la cuestión principal expresamente decidida». Como se observa en lo que respecta a su eficacia, el Código convierte a la decisión respecto de la cual ha operado la cosa juzgada, un acto de autoridad estatal idéntico a la ley. De esta manera, la transforma en la norma aplicable al caso concreto como si el Estado promulgará una disposición normativa específica para prevenir o solucionar determinada litis.

La cosa juzgada no solo limita la sentencia a la litis que resuelve, sino que también contempla la posibilidad de que el pronunciamiento judicial sea parcial. En consecuencia, la eficacia de la sentencia queda restringida exclusivamente a la litis y a sus cuestiones efectivamente decididas.

Por ejemplo, si la litis se originó en un conflicto de pretensiones relativas a la obligación de pagar tanto el capital como una multa, pero la sentencia solo resolvió sobre el capital —ya sea porque la multa no fue solicitada o porque el juez simplemente omitió pronunciarse sobre

la penalidad— la cosa juzgada solo alcanza la cuestión decidida (el capital). En este supuesto, la decisión judicial se impone a la voluntad de las partes únicamente en lo referente al capital; por tanto, respecto al conflicto sobre la multa seguirá existiendo.

La norma del artículo 503 está vinculada a la regla del artículo 508 según la cual una vez que la decisión de mérito adquiere firmeza se considerarán deducidas y rechazadas, dentro de su ámbito de aplicación, todas las alegaciones y defensas que el demandante podría haber presentado en favor de su pedido, así como aquellas que el demandado podría haber opuesto a la fundabilidad (resulta algo retorcida la fórmula «todas las alegaciones y defensas que la parte podría oponer tanto respecto del acogimiento como del rechazo del pedido»).

La necesidad de otorgar estabilidad a la sentencia de mérito que adquirió firmeza exige esta presunción absoluta sin la cual el demandante o el demandado siempre podrían retornar al juicio, presentando un argumento más en su favor; sin embargo, la ley crea excepciones a la aplicación de esta norma como en el artículo 18 de la Ley de Acción Popular y en el artículo 16 de la Ley de Acción Civil Pública.

Obsérvese que la sentencia en sus tres partes (parte expositiva, fundamentos y parte dispositiva) puede contener afirmaciones que, aparentemente, solucionan cuestiones que no fueron objeto de la demanda, es decir, aquellas que no forman parte del núcleo central de la demanda, sobre las cuales recayó la controversia y en torno de las cuales las partes ejercieron (o, al menos, pudieron ejercer) el contradictorio y la amplia defensa, constitucionalmente garantizados (CF, artículo 5, LV).

Tal es la intensidad de la cosa juzgada material que la ley limita su eficacia a la *parte dispositiva* de la sentencia, impidiendo que se extienda a las otras dos partes de dicho acto (parte expositiva y fundamentación). El artículo 504 del Código de Proceso Civil deja esto en claro cuando no se refiere a la parte expositiva —que es una mera descripción del

proceso (artículo 489, I)— en la cual nada se decide puesto que solo se narra y si por algún error técnico se anticipa algún pronunciamiento en esta parte, perderá su naturaleza en dicho punto.

Asimismo, dicho artículo en su inciso primero señala que no se forma la cosa juzgada sobre los motivos, aunque sean importantes para determinar el alcance de la parte dispositiva de la sentencia. Del mismo modo, en su inciso segundo señala que tampoco se formará la cosa juzgada sobre la verdad de los hechos establecida como fundamento de la sentencia ni sobre la apreciación de la cuestión prejudicial decidida incidentalmente en el proceso.

En consecuencia, del artículo 504, incluso por su inciso II, se desprende que *solamente la parte dispositiva de la sentencia (artículo 489, III), y nada más allá de esta, produce la cosa juzgada material*. Solo la parte dispositiva tiene fuerza de ley y, aun así, su eficacia queda restringida a la litis o a las cuestiones que efectivamente hayan sido decididas (artículo 503). En una imagen extremadamente acertada, Calamandrei afirma que «al pasar al estado de la cosa juzgada, la sentencia se separa de los motivos que la originaron como la mariposa que sale del capullo».⁶

Y así sucede porque la presunción absoluta e irrefutable de la ley es que solo el pedido, que constituye el objeto de la demanda ha sido el punto central de la necesaria postulación de las partes y de la actividad probatoria desarrollada en el proceso. Si una sentencia defectuosa incluye en la parte dispositiva lo que no fue pedido en la demanda, se aplican los artículos 490, 492 y 503 que establecen la revocación de la sentencia en grado de recurso y permiten su deconstitución después de que adquiera firmeza (artículo 966, V —véase el n.º 6 de este capítulo—). Incluso si no es revocada, o deconstituida, la sentencia será inejecutable o inexigible la obligación (véase el artículo 525 § 1.º, III); sin embargo,

⁶ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes...* Op. cit., p. 29.

tratar el asunto aquí sería llevar la exposición hacia más allá de los límites de una obra introductoria.

La motivación de la sentencia no produce cosa juzgada, pues no contiene ningún comando que resuelva la litis. Su relación con la parte dispositiva es similar a la relación que tiene la exposición de motivos, que no es norma, con la ley. Asimismo, la verdad de los hechos, establecida solo como fundamento de la sentencia, tampoco queda comprendida en los efectos de la cosa juzgada.

Así, si el juez declara fundado el pedido de cobranza de una deuda, porque entiende que el demandado es el deudor del demandante y afirma que es verdadero el documento que acredita la obligación, no se produce la cosa juzgada sobre la existencia de la relación jurídica obligacional ni sobre la autenticidad del documento que la representa. Esto se debe a que la voluntad de la ley excluye de la eficacia prevista en el artículo 502 a la motivación y a la verdad de los hechos. En consecuencia, nada impedirá que el demandado de la acción de cobranza interponga otra demanda, buscando la declaración de inexistencia de la relación jurídica o de la falsedad del respectivo documento (CPC, artículo 19, I y II), pues estas cuestiones no fueron objeto de un pedido de prestación jurisdiccional. Los legos (ojalá solo ellos) tienen dificultad para comprender eso.

Las cuestiones son *previas* cuando se presentan antes de que el juez delibere sobre la decisión de mérito. Dentro de las cuestiones previas se encuentran, por un lado, las cuestiones *preliminares*, cuya resolución no afecta el contenido de la sentencia de mérito. Por ejemplo, serían las decisiones sobre la alegación de incompetencia absoluta o la alegación de que no se dio la oportunidad a una parte de manifestarse sobre un documento. Evidentemente, si el juez declara su incompetencia o declina sobre esta en favor de otro órgano, esta decisión no interfiere con el pronunciamiento sobre el mérito. Del mismo modo, si el juez decide que la parte ya se manifestó sobre el documento, o le da la oportunidad

de hacerlo, esta decisión no determina la fundabilidad o infundabilidad del pedido.

Por otro lado, las cuestiones *prejudiciales* (del latín *praejudicium*, de *praejudicare* ‘juzgar previamente’, de *prae* ‘delante, delante de’ y *judicare* ‘juzgar’, por tanto, aquello que se juzga antes) son aquellas cuya resolución influye en el sentido de la decisión jurisdiccional sobre el mérito, afectando su contenido. Así, si Edna interpone una demanda de alimentos contra Mauricio, alegando que el demandado es su padre (CC, artículo 1.694) y el demandado contesta sustentando la inexistencia del parentesco, pues niega la paternidad, el juez tiene que necesariamente apreciar esta cuestión, esto debido a que el acogimiento de la negativa de paternidad vuelve imposible la fundabilidad del pedido, mientras que la afirmación de la paternidad implica el reconocimiento del vínculo que es condición de la obligación.

Tomemos otro ejemplo pertinente por la importancia del asunto: Moacir solicitó la condena de Hélio al cumplimiento de solo *una* de las tres obligaciones asumidas en el contrato. Hélio, en su contestación, alega la nulidad de *todo* el contrato, argumentado que la firma en el documento no es suya, sino que es falsa. En consecuencia, el juez deberá inevitablemente analizar la cuestión de la nulidad.

Supongamos que el juez acoja la alegación y declare que la firma de Hélio es falsa y, por consiguiente, declare nulo el contrato. Como resultado se dictará una sentencia de infundabilidad de la pretensión de cumplimiento de la obligación que fue objeto de la demanda. Incuestionablemente, la decisión sobre la nulidad del contrato es *prejudicial*.

Si se interpreta, *a contrario sensu*, el § 1.º del artículo 503. Este párrafo muestra que la decisión sobre la cuestión prejudicial no produce cosa juzgada, ya que esta cuestión no constituye el núcleo de la demanda. Por tanto, esta decisión jurisdiccional sobre la declaración de nulidad no es susceptible de volverse indiscutible e inmutable debido a que solo es

realizada con la finalidad de componer la litis en atención a la pretensión del demandante de que la obligación sea cumplida y de la resistencia del demandado en cumplirla. De dicho modo, nada impide que Moacir interponga otra demanda contra Hélio, pidiendo el cumplimiento de una de las otras dos obligaciones del contrato.

Una vez interpuesta esta demanda, el demandado alegará, obviamente, una vez más la nulidad del contrato e incluso exhibirá la sentencia del proceso anterior. No obstante, dado que la decisión sobre la cuestión prejudicial no tiene eficacia expansiva ni vincula a otros órganos judiciales, el juez de la segunda demanda podrá reexaminar la materia, ordenar la actuación de pruebas y emitir, de forma soberana, otra decisión, incluso rechazando la alegación de nulidad de contrato y acogiendo el pedido formulado en la demanda.

El § 1.º del artículo 503 del Código de Proceso Civil no permite otra conclusión: *solo la parte dispositiva de la sentencia produce la cosa juzgada material*. La parte expositiva, la fundamentación, que comprende los motivos de la sentencia y la verdad en la cual se funda, y la decisión sobre la cuestión prejudicial quedan excluidos, sin lugar a dudas, de la eficacia prevista en el artículo 502 (sobre la cuestión prejudicial véase también el siguiente acápite).

Cabe añadir que una sentencia puede resolver una relación jurídica de carácter continuado, por ejemplo, como la de prestar alimentos, la cual subsiste en esencia, pero puede ser modificada en el tiempo en cuanto a su ejecución, dependiendo de las alteraciones en las circunstancias fácticas (v. gr., CC, artículos 1.694 al 1.710). En efecto, nadie sostendría que el alimentista, otrora pobre y carente y que se enriqueció, deba continuar recibiendo los alimentos.

Las sentencias, que resuelven este tipo de relaciones continuativas, se denominan dispositivas o *determinativas* (no se deben confundir con las terminativas que extinguen el proceso sin un pronunciamiento sobre

el mérito —artículo 485—). Estas sentencias también producen la cosa juzgada material, aunque con eficacia limitada, ya que la parte dispositiva puede ser revisada y modificada mediante una demanda en la cual se formule este pedido como se aprecia en el artículo 505, I, del Código de Proceso Civil.

5. CUESTIÓN PREJUDICIAL Y COSA JUZGADA

En las ediciones anteriores intenté explicar la acción declarativa incidental, señalando que esta buscaba dar el efecto de la cosa juzgada a la decisión sobre la cuestión prejudicial, la cual según el artículo 469, III, del viejo Código, no producía este fenómeno. El Código vigente eliminó la necesidad de proponer esta demanda, aunque sigue siendo un instituto de la doctrina procesal que no forma parte con ese *nomen iuris* del derecho procesal positivo brasileño.

Me permito transcribir, en esencia, lo que escribí sobre la cosa juzgada de la cuestión prejudicial en las páginas 385 y 386 del volumen I de mi libro *CPC de 2015 - Inovações*. Al tratar sobre el asunto, observé que el artículo 503 del actual Código eliminó la acción declarativa incidental regulada por la normativa de 1973.

Conforme al *encabezado* del § 1.º del artículo 503, para que la decisión sobre la cuestión prejudicial pueda producir los efectos de la cosa juzgada material es necesario que, en primer lugar, sea expresa, es decir, debe ser explícita, identificada y que se fundamente el entendimiento de que se trata, efectivamente, de una cuestión prejudicial de la cual depende el pronunciamiento sobre el mérito (inciso I).

Además de ser expresa, el mismo párrafo establece que el juez debe decidir la cuestión como un incidente, es decir, como un hecho procesal derivado de la pretensión de una parte y de la resistencia de la otra, de manera que se forme el contradictorio como exige el inciso II del mismo § 1.º. Por su parte, el inciso III condiciona el efecto de la cosa juzgada

material a la decisión de la cuestión prejudicial siempre y cuando el juez que la resuelva sea competente para juzgarla como cuestión principal, objeto de una demanda autónoma.

Como se aprecia, aunque no exista en el CPC de 2015, la acción declarativa incidental tiene el mismo efecto que buscaba con la aplicación del artículo 503.

6. ACCIÓN RESCISORIA

En algunos casos, la sentencia de mérito presenta vicios tan graves que la ley permite su deconstitución incluso después de haber adquirido la firmeza. La acción mediante la cual se solicita la deconstitución de la sentencia de mérito firme se denomina *acción rescisoria* (del latín *rescissorius* ‘roto, rajado, abierto’, de *rescindere* ‘separar, abrir, cortar’, compuesto por *res* ‘cosa, objeto, algo’ y *scindere* ‘cortar, partir, desgarrar’).

El Código de Proceso Civil la regula en el capítulo VII (artículos 966 al 975) del título I del libro III. Las condiciones específicas de esta demanda, que da lugar a un proceso de conocimiento, son conforme al *encabezado* del artículo 966: (i) la existencia de una sentencia (o de una sentencia colegiada) de mérito (artículo 487); y, (ii) su firmeza.

Cuando la sentencia de mérito produce la cosa juzgada material por efecto de la preclusión, puede ser objeto de un pedido de deconstitución mediante la acción rescisoria que origina un proceso de conocimiento sin que ello implique la suspensión de su eficacia. Es lo que se lee en el artículo 969.

En su última parte, dicho artículo permite la concesión de la tutela provisional destinada a suspender la eficacia de la sentencia que se busca rescindir. No obstante, esto no impide la interposición de una medida cautelar, ya sea previa o incidental a la acción rescisoria. Con esta finalidad ni excluye, en consecuencia, el otorgamiento de una medida liminar

o definitiva, si se configuran los respectivos presupuestos. La ley no impone restricciones a la solicitud de la tutela provisional, ya sea antes o después de establecida la relación procesal que surge de la acción rescisoria, y el propio Código prevé la posibilidad de la suspensión de la eficacia de la sentencia de mérito que adquirió firmeza como muestra el artículo 969.

En el sistema brasileño, la rescisoria no integra la categoría de los recursos, los cuales se interponen dentro del mismo proceso en el cual se emitió la decisión recurrida. La acción rescisoria desencadena otro proceso de conocimiento que, salvo en las hipótesis de extinción sin juzgamiento del mérito, concluirá con una decisión de infundabilidad que será declarativa negativa como todas las de esta naturaleza, o de fundabilidad, que será constitutiva.

Los ocho incisos del artículo 966 enumeran las condiciones de fundabilidad del pedido de rescisión. El análisis de estas normas revela los casos, *de enumeración exhaustiva*, en los que según a criterio de la ley la cosa juzgada debido a los defectos en su formación no permite una adecuada resolución de la litis. Así, por ejemplo, se configura el supuesto de una sentencia que haya sido emitida con prevaricación, concusión o corrupción del juez (inciso I), hipótesis que el Código de Proceso Civil de 1939, en el artículo 798, I, resumía bajo la fórmula *juez sobornado*.⁷

De igual manera, v. gr., ocurre cuando la sentencia es dictada por un juez impedido o por un juzgado absolutamente incapaz (inciso II); cuando se emite la sentencia afectando otra decisión con carácter de cosa juzgada (inciso IV); cuando viola una disposición literal de una norma jurídica, es decir, una disposición expresa, manifiesta (inciso V);

⁷ Nota del traductor. El autor indica que la expresión en portugués usada por el legislador en el artículo 798, I, del Código de Proceso Civil brasileño de 1939 era *juiz peitado*. Esta última palabra tenía su origen en la palabra *peita* que significa 'soborno', que proviene de la palabra en latín *pactus* que significa 'realizar una convención, un arreglo'. Esta última palabra en latín es el participio pasado de *pascisceris* que significa 'celebrar un tratado, un pacto, un acuerdo'.

o, cuando se funda en un error de hecho verificable en el examen de los autos (inciso VIII).

En relación con este último inciso, cabe aclarar que el legislador brasileño de 1973 tradujo incorrectamente (*traduttore, traditore*) el artículo 395, n.º 4, del Código de Proceso Civil italiano, entendiendo que *atti* en portugués significaba actos cuando, en realidad, en dicha ley la palabra significa *autos*. Se trata de un error que deriva del análisis de los autos o documentos del proceso en el cual se emitió la sentencia rescindida (v. gr., el juez no advirtió la cláusula contractual excluyente de responsabilidad o ignoró un instrumento de cancelación de la deuda). Por tanto, la sentencia consideró como inexistente un hecho existente o viceversa; sin embargo, solo se admite la deconstitución de la sentencia si no hubo controversia sobre el hecho (artículo 966 § 1.º). En ese sentido, si se instauró la controversia sobre la existencia o inexistencia del hecho y el juez, al decidirla, incurrió en un error por la mala apreciación de lo que se sometió a su juzgamiento. En dicho caso, la rescisoria no procederá.

Si la demanda solicita la rescisión con un fundamento que está fuera de los supuestos del artículo 966, el pedido, que solo se admite en aquellos casos, será jurídicamente imposible y la demanda deberá ser rechazada por inepta (artículo 330, I), extinguiéndose el respectivo proceso sin un juzgamiento sobre el mérito (artículo 485, I).

La acción rescisoria es de competencia originaria del tribunal que emitió la sentencia colegiada que se busca rescindir, o del que tendría competencia para juzgar la apelación de la sentencia a rescindir. Dentro de dicho tribunal corresponderá al órgano designado en una norma de organización judicial contenida en una ley o en el reglamento interno.

Están legitimados para interponer la acción rescisoria las partes del proceso en el que se dictó la sentencia cuestionada, así como sus sucesores en el derecho o en el derecho específico. También está legitimado

el tercero jurídicamente interesado, quien es titular de una relación jurídica cuya existencia práctica dependa de lo que la sentencia a ser rescindida haya resuelto (v. gr., el subarrendatario relacionado a una sentencia de desalojo que extinguió el contrato de arrendamiento).

Asimismo, el Ministerio Público estará legitimado para interponer la acción rescisoria si no fue oído en el proceso de la sentencia a ser rescindida, en el cual se hacía obligatoria su intervención, o si la sentencia resultó de una colusión (del latín *collusio* ‘colusión, concertación’, de *colludere*, de *cum* ‘con’ y *ludere* ‘jugar’, en consecuencia, hacer un juego actuando en concertación mediante un acuerdo —artículo 966, III—), así como de una simulación. Cuando el Ministerio Público haya actuado como parte en el proceso de la sentencia que se busca rescindir, su legitimación surge por su condición de parte (artículo 967, I).

La demanda de la acción rescisoria debe cumplir con los requisitos del artículo 319. Al demandante le corresponde, salvo en casos de gratuidad, depositar el 5 % del valor que atribuya a la causa, equivalente al valor actualizado del proceso en el que se emitió la sentencia objeto de rescisión, con una reducción proporcional si el pedido de rescisión no impugna la totalidad de la sentencia.

Dicho depósito se convierte en multa a favor del demandado si mediante una sentencia colegiada unánime, se extingue el proceso de la acción rescisoria sin resolución sobre el mérito o si la demanda es declarada unánimemente infundada (artículo 968, I y III). El depósito refleja la seriedad de la pretensión del demandante y desincentiva a los aventureros. También se rechazará la demanda en los supuestos previstos en el artículo 330. El rechazo puede ser decidido por el propio relator, pero con la posibilidad de interponerse el agravo interno del artículo 1.021.

El plazo para contestar, con un mínimo de 15 días y un máximo de 30 días, será determinado por el relator, aplicándose al procedimiento las reglas del procedimiento común (artículo 970). El relator recabará las

pruebas o podrá delegar esta competencia al órgano que emitió la decisión a ser rescindida (artículo 972). Concluida la fase de instrucción, y solamente si la hubiera, tanto demandante como demandado disponen de 10 días para sus alegatos finales, tras lo cual se pasa al juzgamiento (artículo 973).

La acción rescisoria no solo busca deconstituir la sentencia de mérito que adquirió firmeza y con ello eliminar la eficacia del acto jurisdiccional que la ley considera defectuoso hasta el punto de admitir su anulación, sino que también constituye un instrumento para la nueva resolución de la litis. Por ello, la ley impone al demandante el deber de acumular al pedido de rescisión el pedido de nuevo juzgamiento del proceso (artículo 968, I), salvo que la sola deconstitución sea suficiente para alcanzar la finalidad de la demanda (v. gr., si la sentencia que se busca rescindir otorgó al demandante más de lo que pidió, violando así el artículo 492 del Código de Proceso Civil, es suficiente la rescisión para eliminar de la decisión la parte excedente, en una especie de amputación); sin embargo, cuando el caso requiera una nueva decisión, el demandante no puede dejar de pedirlo, como se desprende del artículo 968, *encabezado* y I, bajo pena de rechazar la demanda por falta de requisito específico.

En los casos previstos en el artículo 968, I, el tribunal emite dos decisiones, es decir, dos juzgamientos, identificados en las fórmulas latinas *judicium rescindens* (juicio rescindente, a través del cual se deconstituye la sentencia que adquirió firmeza) y *judicium rescissorium* (juicio rescisorio mediante el cual se decide nuevamente la litis, corrigiéndose su deficiente resolución). Así lo establece el artículo 974, que adiciona que cuando se declare fundada la demanda, el tribunal ordenará la restitución del depósito efectuado por el demandante.

Los actos judiciales, que no dependen de una sentencia o en los que fuera una resolución judicial meramente homologatoria, no pueden ser objeto de la acción rescisoria. Dichos actos se rescinden conforme a lo

previsto en la ley civil para los actos jurídicos en general. Esta regulación está contemplada en el § 4.º del artículo 966, antiguo artículo 486, al cual en la Comisión Revisora del Código de Proceso Civil de 1973, constituida por el Gobierno de la República, en 1985, agregué este párrafo, extraído de la lección de José Carlos Barbosa Moreira,⁸ «Se considera meramente homologatoria la sentencia que se limita a otorgar al acto no originado en el órgano judicial la misma eficacia que tendría si proviniera de dicho órgano» (v. gr., la sentencia homologatoria de la partición celebrada entre partes capaces —artículo 659 del CPC de 1973—).

El derecho de interponer la acción rescisoria se extingue en el plazo de dos años contados desde que la última decisión emitida en el proceso haya adquirido firmeza conforme al artículo 975 que fija un plazo que tiene naturaleza de la caducidad.

⁸ MENDES, Sergio. *Comentários... Op. cit.*, p. 142.

CAPÍTULO X

INFORMACIONES HISTÓRICAS Y SISTEMAS PROCESALES CONTEMPORÁNEOS

Sumario: 1. Informaciones históricas.— 2. Sistemas procesales contemporáneos

1. INFORMACIONES HISTÓRICAS

En este libro no repito la impropiedad que cometí en mi *Iniciação ao Estudo do Direito Processual Civil* —que es común a los autores— de abordar la historia del derecho procesal civil sin antes presentar sus institutos. Se- mejante error también se encuentra en los planes de estudios de los cursos de derecho en los cuales se enseñan historia del derecho y filosofía del derecho antes de tratarse los elementos fundamentales de esta ciencia. Se pone la carreta delante de los bueyes, ya que no es posible comprenderse mínimamente las nociones históricas sin contar con los conocimientos previos indispensables. En ese sentido, tampoco es posible concebir especulaciones filosóficas acerca de lo ignoto.

Durante dos años viviendo en Río, realicé el doctorado en historia del proceso romano, canónico y lusitano en la Facultad de la Universidad de São Paulo, convencido de que no se puede enseñar una ciencia sin conocer razonablemente sus orígenes y su desarrollo. Al finalizar el doctorado, el agitado ejercicio de la abogacía me impidió desarrollar mi tesis sobre la *supplicatio* romana y el *agravo ordinario* lusitano. Bajo la orientación del sabio Moacyr Lobo da Costa, uno de los mejores especialistas en historia del proceso en cualquier lugar, acumulé una vasta bibliografía y algunos conocimientos.

En consecuencia, me frustra comprobar que, en la actualidad, existe un desinterés por la historia, un inagotable manantial de conocimientos y de recursos sin los cuales nada se comprende y muy poco se construye. La historia también es la experiencia acumulada. Pedro Nava dice, en un pasaje de sus maravillosas memorias, que la experiencia es solo un faro orientado hacia atrás, pues ya no se puede deshacer lo que se hizo bien o mal.

Hay más *spleen* que verdad en esta afirmación melancólica, porque la historia, incluso la de cada uno, contribuye al perfeccionamiento de los hombres y de las instituciones que estos crearon para su servicio. Si el derecho es producto de la necesidad, la historia del derecho es el medio por el cual se refinan las instituciones jurídicas. Nunca se olviden las bellísimas palabras de Cícero que vio correctamente la historia como el verdadero testigo de los tiempos, el esplendor de la verdad, el aliento de la memoria, la maestra de la vida, el heraldo de la antigüedad: *historia vero testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis*.¹

Presento ahora informaciones elementales sobre la evolución histórica del derecho procesal civil no tanto con la esperanza de enseñar algo, sino con el propósito de estimular la investigación, que se facilita por la obra de los grandes historiadores del derecho y del proceso. Reproduzco con pocas alteraciones lo que escribí en mi *Iniciação*, precursora de este libro.

La comprensión de las instituciones fundamentales del derecho procesal civil depende del conocimiento de la evolución que han experimentado. Estas instituciones se han transformado bajo la influencia de las circunstancias de diferentes momentos a lo largo del tiempo con el propósito de perfeccionarse y responder a los reclamos de cada época.

¹ CÍCERO. *De oratore in*, II, 9, 36.

El proceso romano, al que se adscribe el proceso luso-brasileño, está dividido en tres periodos: el de las *legis actiones*, el *per formulas* o formulario y el de la *cognitio extraordinaria*. El primero se extiende desde la fundación de Roma, presumiblemente, en el año 754 a. C. hasta el año 149 a. C. El segundo va desde el año 149 a. C. hasta el inicio del tercer siglo de la era cristiana. El último tiene sus límites fijados entre el año 200 y el año 565.

En el primer periodo, se conocían cinco acciones. El procedimiento, que era oral, se desarrollaba en dos fases. Se iniciaba ante el magistrado, quien se limitaba a conceder la acción y a fijar el objeto del litigio, y proseguía ante los ciudadanos designados como árbitros. Estos analizaban las pruebas, oían los debates entre las partes, que comparecían personalmente (no había abogados), y emitían la sentencia.

En esta fase, el procedimiento era excesivamente solemne, siguiendo un ritual en el que se combinaban palabras y gestos indispensables. Para demostrar los rigores procedimentales de este período, los procesalistas acostumbran citar a Gaio, el gran doctrinador romano del siglo II de la era cristiana, quien se refiere al caso de una persona que, litigando sobre vides cortadas empleó ante un magistrado la palabra *vites* en lugar del vocablo *arbor* para designar a la cosa litigiosa. Por ello, perdió la acción, pues la ley, que le servía de fundamento, hablaba solo de *arbor* para designar a los árboles cortados en general.

El periodo formulario se inició cuando Roma ya había extendido sus tentáculos sobre varios territorios de Italia. La complejidad que asumían las relaciones sociales hizo que las *legis actiones* fueran insuficientes para la tutela de todas las pretensiones. En consecuencia, se abolieron las acciones de la ley, autorizándose al magistrado a conceder fórmulas capaces de resolver todas las litis que se presentarían.

También en este periodo el procedimiento era bifásico. El juez examinaba la pretensión del demandante quien indicaba en el álbum pretoriano la acción que deseaba proponer. Una vez que el demandado era

oído, si se concedía la acción, el juez remitía la decisión de la litis al árbitro y entregaba al demandante la fórmula de la acción. Ante el árbitro, se procedía a la instrucción y al juzgamiento de la causa. En este procedimiento, la fórmula solo era escrita. Las partes podían ser asistidas por abogados y regían los principios del contradictorio y de la libre convicción del juez.

Si en la sentencia se consideraba fundado el pedido, se condenaba al demandado al pago de una suma de dinero incluso cuando el objeto litigioso fuera una cosa cierta. Es importante resaltar que en el periodo formulario, así como en el que le antecedió, el pretor se limitaba a decidir sobre el derecho de acción y a fijar el objeto del litigio; sin embargo, la sentencia era emitida por árbitros privados cuyas decisiones los litigantes se obligaban a aceptar.

El proceso de la *cognitio extraordinaria* es el resultado de la organización judicial romana en el imperio. En esta fase, la función jurisdiccional era exclusiva de los funcionarios del Estado, puesto que se abolieron los jueces privados. En este contexto, se vislumbran los contornos de la jurisdicción como una función estatal, tal como se ejerce en la actualidad. El procedimiento de este periodo, al eliminarse la intervención de los árbitros, pasó a desarrollarse integralmente ante el juez y adoptó la forma escrita. Está dividido en distintas fases comprendiendo el pedido del demandante, la defensa del demandado, la instrucción de la causa, la emisión de la sentencia y su ejecución.

La citación se realizaba a través de funcionarios públicos. Se admitía la interposición de recursos y se ejecutaba la sentencia, que ya entonces era un acto de autoridad del Estado mediante medidas coactivas. Esta fase del proceso romano, más que cualquier otra, contribuyó de manera sustancial a la formación del proceso contemporáneo.

Las invasiones bárbaras implantaron en los territorios del Imperio romano el derecho primitivo de los conquistadores germanos. El proceso germano era muy rudimentario. La jurisdicción era ejercida por las asambleas del pueblo en las que se emitían decisiones que obligaban no solo a los litigantes, sino también a todos los que presenciaban los pleitos. En las asambleas, la función del juez se limitaba a orientar al pueblo —órgano juzgador— sobre la materia de derecho y sugerirle la decisión a ser emitida. El sistema probatorio, en este período, constituye una demostración elocuente del primitivismo jurídico de los invasores. Se recurrían a las famosas ordalías (del latín tardío *ordalium*, del franco *ordal* ‘juicio o juzgamiento’), mediante las cuales se sometían a los contendientes a pruebas bastante crueles tales como las del fuego, la del agua hirviendo y la del duelo. Se suponía que la divinidad vendría a ayudar a la parte que tuviera razón, de allí que se denominaran a las ordalías como juicios de Dios.

Durante el periodo de la dominación bárbarica, la Iglesia católica preservó las instituciones del derecho romano y, a partir de ellas, moldeó muchas de las instituciones del derecho eclesiástico.

Con la aparición de las primeras universidades europeas a partir del siglo XI, se retomó la enseñanza del derecho romano. Así, comienza el periodo de los glosadores, denominados de este modo por las anotaciones (*glosas* ‘comentarios, anotaciones’, posiblemente del griego *glossa* ‘lengua’, por el latín *glossa* ‘interpretación, comentario’) que hacían sobre los textos jurídicos romanos. Los glosadores buscaban adecuarlos a las instituciones del derecho bárbarico entonces vigentes (muchas veces los glosadores introducían textos propios en los del derecho romano, lo que se denomina *interpolaciones* —de *interpolare* ‘ajustar, remendar’—, cuya identificación presenta un desafío para los romanistas).

El derecho en vigor en este periodo se denomina *derecho común* o *intermedio*. Este es integrado, principalmente, por elementos del derecho

romano, germánico y canónico. La denominación proviene de las fórmulas que resultaron de procesos de diferente origen. El proceso común estuvo vigente desde el siglo XI hasta la mitad del siglo XVI y muchas de sus instituciones serán encontradas en los sistemas procesales modernos. En el proceso común, el procedimiento escrito, la prueba y la sentencia son de origen romano. La intervención de terceros y la obligatoriedad de la cosa juzgada respecto a terceros son de origen germánico. El derecho canónico contribuyó al establecimiento del proceso sumario, más simple y desprovisto de formalismos. En el derecho intermedio también se encuentran elementos de derecho consuetudinario propios de determinados pueblos.

El proceso común se expandió por Europa, influyendo de manera notable en la formación de las leyes procesales de aquel continente.

Examinemos ahora, rápidamente, el proceso vigente en la península ibérica que es otro marco importante de la evolución del derecho procesal civil brasileño.

En el siglo VI, tras la derrota que los visigodos infligieron a los alanos, suevos y vándalos, quienes habían ocupado la península desde el siglo anterior, las relaciones jurídicas de los pueblos conquistadores comenzaron a regirse por el famoso *Breviarium*. Este era un compendio de leyes mandado a elaborar por Alarico para el uso de los vencidos, mientras que los conquistadores continuaban sometidos a las normas del derecho consuetudinario.

En 693, el *Breviarium* fue derogado por el Fuero Juzgo cuyas normas se aplicaron, indistintamente, a todos los pueblos de la península ibérica, resistiendo incluso a la ocupación mora.

Con la separación del Reino de Oviedo, el Condado Portucalense adquirió su independencia en 1139. Junto con las reglas jurídicas heredadas de los castellanos, comenzó a desarrollarse en Portugal, desde esa

época, un nuevo derecho cuyas normas se materializaron en cartas del rey y de los señores, llamadas cartas de foro o, simplemente, forales. El aumento de las reglas del derecho foral propició la desaparición de las normas de derecho romano-gótico.

A partir del siglo XII, se incentiva en Portugal el estudio del derecho romano y de los glosadores. En 1308, D. Dinis fundó la primera universidad portuguesa que se transformó en un notable centro de estudios del derecho romano. Además, ordenó traducir la Ley de las Siete Partidas, organizada bajo el mando de Alfonso X de Castilla, un cuerpo de normas cuya esencia romana se va a reflejar en la legislación lusa. En el siglo XIII, apareció la obra Flores de las leyes de Jácome o Jacobo Ruiz, conocido como el *maestro Jacob de las Leyes*. Es el primer libro de doctrina de la península ibérica. En el siglo XIV, surgió en Portugal, el *Livro das Leis e Posturas*, descubierto en el siglo XVII que era la primera recopilación de las leyes portuguesas.

En 1446, Alfonso V promulgó las Ordenaciones Alfonsinas, el primer Código de Portugal. Este código, dividido en cinco libros, dedica su tercer libro al proceso. Sus principales fuentes son el derecho romano y derecho canónico, además, incorpora las leyes portuguesas anteriores, las normas forales y consuetudinarias, así como las disposiciones de la Ley de las Siete Partidas.

A las Alfonsinas le siguieron, en 1521, las Ordenaciones Manuelinas y, en 1603, las Ordenaciones Filipinas también conocidas como Ordenaciones del Reino. El derecho compilado en estas últimas ordenaciones, de Felipe II de España quien también fue rey de Portugal, reguló las relaciones sociales en Brasil durante un periodo mucho más amplio que el de la dominación política portuguesa.

El proceso de las Ordenaciones, regulado en su tercer libro, se compone de elementos germánicos, canónicos y romanos. Es resultado del gran fenómeno histórico que supuso la recepción del derecho romano

en la Europa Central y Occidental. Está dividido en fases rigurosamente separadas: postulatoria, probatoria, decisoria y ejecutoria. Su contenido es secreto y en él prevalece la concepción de un duelo en el proceso cuya desaparición en la América Latina es un fenómeno del siglo XX.

Durante el período colonial, estuvo vigente entre nosotros el proceso de las Ordenaciones Filipinas, regulado en su tercer libro. Una vez que fue proclamada la independencia, este proceso continuó en vigor hasta casi finales del siglo XIX cuando con la proclamación de la República (1889) se extendió al proceso civil el Reglamento 737, elaborado en 1850 para regular el proceso comercial. Este reglamento no es nada más que una consolidación —aunque metódica y extremadamente clara— de las disposiciones del derecho del reino.

A finales del siglo XIX, cuando ya se estaba gestando una notable revolución en la procesalística europea, el panorama procesal de Brasil era el siguiente: aún continuaban vigentes las normas del proceso civil traídas de Portugal, aunque adoptadas en el Reglamento 737, elaborado aquí.

La primera Constitución republicana de 1891 atribuyó a los estados federados la competencia para elaborar la legislación procesal civil (artículo 34, numeral 23). Al no estar preparados para tan ingente tarea legislativa, los estados se limitaron a reproducir en sus códigos disposiciones de las ordenaciones y del Reglamento 737. Algunos ni siquiera llegaron a organizar un Código de Proceso Civil, por tanto, el ejercicio de la jurisdicción continuó estando regido, en esas unidades, con el vetusto reglamento. Otros lo elaboraron mucho más tarde. ¡El Estado de São Paulo promulgó su Código en 1930!

Con la Constitución de 1934 se instituyó el sistema de la legislación procesal unitaria, atribuyendo de manera exclusiva a la Unión la competencia para legislar sobre el proceso (artículo 5, XIX, *a*). Las disposiciones

transitorias de esta carta prescribían que mientras no se elaborara el Código Nacional, continuaría en vigor la legislación de los estados.

Con el establecimiento de la dictadura en 1937, la Constitución de aquel año mantuvo el sistema procesal unitario y el gobierno formó una comisión encargada de elaborar el Código de Proceso Civil. Poco después, la comisión se disolvió debido a divergencias irreconciliables entre sus componentes. Uno de ellos, el abogado Pedro Batista Martins, redactó, bajo la inspiración del jurista Francisco Campos, entonces ministro de Justicia, un anteproyecto de código que convertido en proyecto se transformaría en el Código de Proceso Civil, promulgado por el Decreto-Ley 1.608 de 18/09/1939, que entró en vigor a partir del 1 de marzo del año siguiente.

El Código de 1939 se dividía en 10 libros que trataban respectivamente: I - disposiciones generales; II - proceso en general; III - proceso ordinario; IV - procesos especiales; V - procesos accesorios; VI - procesos de competencia originaria de los tribunales; VII - los recursos; VIII - ejecución; IX - juicio arbitral; y, X - disposiciones finales y transitorias. Junto al Código, estaban vigentes innumerables leyes especiales que regulaban institutos no tratados por el código o que, debido a la evolución de los tiempos, demandaron un nuevo tratamiento.

En dicho Código, coexistían una parte general moderna, fuertemente inspirada en las legislaciones alemana, austriaca, portuguesa y en los trabajos de revisión legislativa de Italia, y una parte anacrónica a veces excesivamente fiel al viejo proceso lusitano y otras totalmente asistemática. Se decía, con razón, que dos espíritus cohabitaban el Código anterior: la parte general estaba impregnada de nuevas ideas, mientras que las que trataban sobre los procedimientos especiales, los recursos y la ejecución padecían de un lamentable vestigio medieval.

Tras dos décadas de vigencia del Código de Proceso Civil de 1939, la evolución de la ciencia procesal, el desarrollo brasileño y la necesidad

de perfeccionamiento de los institutos cuya ineficacia fue demostrada en la práctica hicieron recomendable su reforma.

El Gobierno, de efímera duración, instalado en el país en 1960, encargó al profesor Alfredo Buzaid, catedrático de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidade de São Paulo, la reforma del Código de Proceso Civil. El 08/01/1964, el notable procesalista presentó una parte del anteproyecto del Código de Proceso Civil de 1973, precedida por una minuciosa exposición de motivos, redactada en un lenguaje elegante y rigurosamente técnico por su ilustre autor.

De los cinco libros, que iban a componer el Código, solo tres vieron la luz en aquella oportunidad. El anteproyecto, así presentado, fue durante casi una década objeto de atención de los juristas brasileños. En 1972, cuando ocupaba el cargo de ministro de Justicia, el profesor Buzaid completó el anteproyecto añadiendo los dos libros que faltaban. El 8 de agosto del mismo año, mediante el Mensaje 210, el Presidente de la República remitió al Congreso Nacional el Proyecto del Código que recibió en la Cámara y en el Senado enmiendas sugeridas, muchas de ellas, por juristas brasileños especialmente los estudiosos del proceso. Finalmente, el 11/01/1973, el Presidente de la República sancionó la Ley 5.869, instituyendo aquel Código de Proceso Civil, vigente entre el 01/01/1974 hasta el 17/03/2016.

La Constitución Federal del 05/10/1988 derogó disposiciones del Código de Proceso Civil o sobrepuso sus normas sobre las del código, muchas de ellas que han sido vistas en las páginas de este libro. Cabe destacar la existencia de la norma del artículo 24, XI, de la Constitución que otorga competencia concurrente a la Unión, a los estados y al Distrito Federal para legislar sobre procedimientos en materia procesal. En consecuencia, estas unidades pueden regular sobre el asunto atendiendo a sus peculiaridades o a las necesidades de cierta región.

En ausencia de normas emanadas de los estados o del Distrito Federal, prevalecen las promulgadas por la Unión. La actualización del Código de Proceso Civil permanente prosiguió a través de leyes de las cuales son destacables, por ejemplo, las n.ºs 8.950, 8.951, 8.952 y 8.953, todas del 13/12/1994; 9.079, del 14/07/1995 y 9.139, del 30/11/1995 que representaron una verdadera reforma del código, e incluso las 10.352, del 26/12/2001; 10.358, del 27/12/2001; 10.444, del 07/05/2002; 11.187, del 19/10/2005; 11.232, del 22/12/2005; y posteriores.

La Ley 13.105, del 16/03/2015, instituyó un nuevo Código de Proceso Civil, elaborado por una comisión liderada por el profesor Luiz Fux, titular de la Facultad de Derecho de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ministro del Supremo Tribunal Federal y autor de innumerables obras en el tema de su especialidad. Reitero mi opinión, y de gran parte de la doctrina, que no había necesidad de un nuevo Código. El Código de Proceso Civil del 2015, en su mayoría, repite literalmente las normas del Código anterior. Copia también, con modificaciones irrelevantes, diversos dispositivos derogados. Respecto a las pocas innovaciones, será la práctica la que pruebe si contribuirán mucho o poco para la mejoría del proceso civil. Solo una investigación profunda logrará señalar los verdaderos motivos de la sustitución de un Código por otro.

2. SISTEMAS PROCESALES CONTEMPORÁNEOS

La exacta comprensión del derecho vigente en un cierto lugar y tiempo depende del conocimiento de los grandes sistemas jurídicos que le son contemporáneos. Por tanto, no es inapropiado en un trabajo de esta naturaleza hacer una referencia, aunque sea ligera a los diferentes sistemas procesales de la actualidad.

La clasificación, que aquí se adopta,² divide los sistemas procesales contemporáneos en tres grandes grupos: el *oriental*, el *soviético* y el *romano-occidental*.

El sistema oriental se subdivide en los sistemas chino, hindú y musulmán. Estos sistemas, aunque tengan códigos procesales de contenido moderno, se encuentran fuertemente impregnados de tradiciones, costumbres inmemoriales y del predominio de orden religioso o de la ideología imperante entre ciertos pueblos sobre el orden civil.

El sistema soviético, que aún hoy es adoptado por los estados que surgieron de la antigua URSS, los cuales van paulatinamente readecuando sus leyes en un lento proceso de adaptación y reforma, combina los sistemas oriental y romano-occidental. La concepción de Lenin según la cual el tribunal es uno de los instrumentos de poder del proletariado y de la clase trabajadora rural, paráfrasis de su famosa frase «el derecho es política», inspiró todo el sistema soviético que perduró tras el régimen. En este sistema era difícil obtener la tutela de pretensiones justas si estas eran contrarias a los intereses partidarios.

El sistema romano-occidental proviene de la fusión entre el derecho procesal romano, el germánico y el canónico que dieron origen a las fórmulas a partir de las cuales las civilizaciones del Occidente moldearon sus instituciones procesales. El sistema romano-occidental se divide en cinco grupos: el sistema hispano-americano, el luso-brasileño, el franco-italiano, el austriaco-alemán y el anglo-americano.

El estudio completo del derecho procesal civil brasileño exige una consulta permanente a las instituciones procesales de los países que integran ese sistema, ya que estas influyeron a las nuestras y, por tanto, les facilitan su comprensión o bien ofrecen amplios recursos para su perfeccionamiento.

² Se adopta aquí la sistematización de Eduardo Couture (Cf. *Fundamentos. Op. cit.*, pp. 12 a 22).

En efecto, el estudio aislado de un sistema de derecho procesal es poco productivo. Se deben estudiar las instituciones de una determinada legislación procesal dentro de una perspectiva histórica y en comparación con otras instituciones, puesto que todo el sistema de adaptación del hombre en la sociedad camina, lento mas inevitablemente, hacia el sueño de aquellos que, con la mirada hacia lo alto, se esfuerzan por crear la realidad resumida en este dicho: *un solo derecho en un mundo único*, convertido en la patria sin fronteras del hombre que sea finalmente digno de la imagen y semejanza de Dios.

INTRODUCCIÓN AL PROCESO CIVIL
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
ENERO DEL 2026, CON FM SERVIGRAF E.I.R.L.
CALLE EL ALHELÍ 108-B DPTO. 201, SURQUILLO,
TELÉFONO: 774-9972
LIMA, PERÚ