

1410
F. Y. Y. C. S.
p. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES.

ACTOS PREVIOS A LA DEMANDA EN EL -

***** * ** ***** ** ** **

PROCESO CIVIL.

TESIS

PRESENTADA POR

JESUS RAFAEL FUNES ARAUJO , -

PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN

JURISPRUDENCIA Y CC. SS.

SAN SALVADOR - EL SALVADOR - CENTRO AMERICA.

1 9 7 0



UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10112667

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

DR. JOSE MARIA MENDEZ.

SECRETARIO GENERAL:

DR. OSCAR QUINTEROS ORELLANA.

**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO :

DR. GUILLERMO CHACON CASTILLO.

SECRETARIO :

DR. GUILLERMO ORELLANA OSORIO

R/13-~~XL~~170 #37564

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES GENERALES

PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES.

DR. JOSE NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ.

DR. LUIS SALMAN.

DR. CARLOS ESCALANTE.

PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ.

DR. JUAN ADALBERTO MENJIVAR.

DR. LUIS ALONSO POSADA.

PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONST. Y LEG. LAB.

DR. PABLO MAURICIO ALVERGUE.

DR. RENAN RODAS LAZO.

LIC. SANTIAGO RUIZ.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE LA TESIS

DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ.

DR. MAURICIO ALFREDO CLARA.

DR. MIGUEL ANGEL PARADA.

ASESOR DE TESIS

DR. CARLOS ALFREDO RAMOS CONTRERAS.

DEDICO ESTA TESIS :

A MIS PADRES: JUAN MARIANO FUNES,
 ANTONIA DE FUNES,
 RAFAEL IGNACIO FUNES,
 BLANCA DE FUNES.

A MIS HERMANOS: OSCAR ANTONIO,
 BLANCA EMILIA,
 JOSE GUILLERMO,
 MARTA EVELYN.

A MI NOVIA: SRITA. ALICIA DEL CARMEN RIVAS G.

ACTOS PREVIOS A LA DEMANDA EN EL PROCESO CIVIL

INDICE SINтетICO

- I INTRODUCCION.
- II INCAPACES QUE TIENEN QUE DEMANDAR O SER DEMANDADOS.
- III DEMANDAS CONTRA AUSENTES NO DECLARADOS O CUYO PARADERO SE IGNORA.
- IV SECUESTRO PREVENTIVO DE BIENES.
- V EXHIBICION DE DOCUMENTOS.
- VI ACECHANZA.
- VII JACTANCIA.
- VIII PRUEBAS QUE PUEDEN PERDERSE.
- IX LA CONCILIACION.
- X OTROS ACTOS PREVIOS NO COMPRENDIDOS EN EL TITULO III , LI
BRO I , DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

*
*
*

INDICE ANALITICO.

I.- INTRODUCCION.-

- 1.- Generalidades sobre el desarrollo del tema.
- 2.- Consideraciones doctrinarias sobre los actos previos.- Su naturaleza jurídica.
- 3.- Los actos previos en el Código de Procedimientos Civiles.- Proyecto de Código Procesal Civil.

II.- INCAPACES QUE TIENEN QUE DEMANDAR O SER DEMANDADOS.

- 1.- Generalidades sobre el punto. Casos que contempla nuestra ley.
- 2.- Caso de los menores no habilitados de edad y mayores declarados inhábiles cuando tienen que ser demandados y carecen de representante legal o éste se halla ausente. Modo de proceder.
- 3.- Caso de los menores no habilitados de edad y mayores declarados inhábiles cuando tienen que demandar, y carecen de representante legal o éste se halla ausente. Modo de proceder.
- 4.- Caso del hijo de familia que tiene que litigar como actor contra el padre o madre que lo representa. Modo de proceder.
Omisión del Código en la situación contraria: cuando el padre o madre tiene que litigar contra el hijo a quien representa. Nuestra solución.
- 5.- Caso del hijo de familia cuyo padre o madre que lo representa rehusa representarlo o autorizarlo para comparecer en juicio. Análisis previo del caso. Modo de proceder.

III.- DEMANDAS CONTRA AUSENTES NO DECLARADOS O CUYO PARADERO SE IGNORA.

- 1.- Algunas nociones sobre la ausencia procesal.
- 2.- Casos de ausencia procesal en nuestro Código de Procedimientos Civiles. Breve análisis de los mismos.
- 3.- El caso del Artículo 141 Pr.
 - a) Nociones previas.
 - b) Utilización del procedimiento después de iniciado el juicio.
 - c) El Art. 141 Pr. en relación con el Art. 219 Pr.- Delimitación del campo de aplicación de dichos artículos.
 - d) Modo de proceder y problemas prácticos en relación al mismo.

IV.- SECUESTRO PREVENTIVO DE BIENES.

- 1.- Nociones previas.
- 2.- Estudio de los casos en que procede el secuestro preventivo.-
Artículo 142 Pr.
- 3.- Modo de proceder.
- 4.- Efectos del secuestro preventivo.

V.- EXHIBICION DE DOCUMENTOS.

- 1.- Nociones previas y delimitación del exacto campo de aplicación del referido acto previo.
- 2.- Modo de proceder.- Problemas que origina.

VI.- ACECHANZA.

- 1.- Nociones previas. Fundamento histórico de su regulación legal.
- 2.- Requisito sine qua non para la procedencia de este acto previo.
- 3.- Modo de proceder.- Problemas que origina.
- 4.- Inexistencia de fundamento actual para la vigencia de la Ace--
chanceza.

VII.- JACTANCIA.

- 1.- Nociones previas. Discusión en el plano doctrinario sobre el -
fundamento de la Jactancia.
- 2.- Modo de proceder. La fianza en la Jactancia.
- 3.- El perpetuo silencio. Sus efectos.

VIII.- PRUEBAS QUE PUEDEN PERDERSE.

- 1.- Nociones previas.
- 2.- Pruebas susceptibles de obtenerse previamente.
- 3.- Modo de proceder.

IX.- LA CONCILIACION.

- 1.- Nociones previas. Fundamento y naturaleza jurídica de la conc*u*liación.
- 2.- Breve referencia sobre la conciliación en los procesos no civi*l*es.
- 3.- La conciliación como acto previo al Proceso Civil:
 - a) Estudio de los casos en que procede. Excepciones.
 - b) Modo de proceder.
 - c) Inadvertida importancia de la conciliación.

X.- OTROS ACTOS PREVIOS NO COMPRENDIDOS EN EL TITULO III, LIBRO I,
DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

PUNTO UNICO: Nociones previas.- Enumeración de casos.

*
**
*

1.- INTRODUCCION

- 1.- GENERALIDADES SOBRE EL DESARROLLO DEL TEMA.
- 2.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LOS ACTOS PREVIOS.
SU NATURALEZA JURIDICA.
- 3.- LOS ACTOS PREVIOS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.
PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL.

1.- INTRODUCCION

1)- GENERALIDADES SOBRE EL DESARROLLO DEL TEMA.

El tema de los actos previos a la demanda en el Proceso Civil es de extraordinaria importancia, motivo por el cual me ha extrañado encontrar muy escasa bibliografía al respecto. Precisamente ha sido uno de los motivos que me han impulsado a escogerlo como punto de mi Tesis Doctoral ; además, es uno de los pocos temas en que en nuestra disciplina aún se -- puede trabajar con cierta originalidad.

El trabajo lo circunscribo fundamentalmente al estudio de los actos previos comprendidos en los artículos 134 al 139 Pr., lo cual no impedirá que en algunas partes haga referencia a otros actos que también considero previos a la demanda, diseminados en algunas disposiciones del Código Civil y del Pr.--

Quiero dejar constancia que he optado por abandonar el caduco sistema de análisis exagético de la Ley, prefiriendo estudiar los diversos actos previos que adelante veremos en sus aspectos prácticos y doctrinarios fundamentales, sin perder tiempo en artículos de escasa importancia.

2).- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LOS ACTOS PREVIOS.- SU NATURALEZA JURIDICA.

Pongo especial énfasis en el estudio de este punto, pues sobre las conclusiones a que llegue aquí, descansará la base teórica que aplicaré en el desarrollo especializado de los diversos actos previos en nuestro proceso civil.-- En los diversos tratadistas que he consultado, no existe realmente una teoría general doctrinaria sobre dicho tema, sin embargo , hay afirmaciones aisladas de algunos cognotados escritores de Derecho -- Procesal, que me llevan a establecer algunas conclusiones.

En efecto, autores de la categoría de Eduardo Couture, al hacer un estudio particular sobre la jactancia, manifiestan que ésta corresponde en su naturaleza jurídica, a la tradicionalmente denominada Jurisdicción Voluntaria.

La opinión de Couture es compartida, en general, respecto a todos los actos previos a la demanda, por todos los escasos tratadistas extranjeros que hacen alguna alusión al tema en estudio.

En vista del pobre aporte doctrinario al problema, me veo obligado a elaborar mi propio concepto en relación a la naturaleza jurídica de los actos previos a la demanda en el Proceso Civil, esperando dar algunas ideas para mejores elaboraciones posteriores sobre este aspecto.

Considero que el enfoque debe partir de reconocer que en materia procesal normalmente se acepta la existencia de la jurisdicción contenciosa y de la voluntaria; de tal manera que examinando simplistamente el problema, podría afirmar que los actos previos deben necesariamente ubicarse - en cualesquiera de las jurisdicciones que he mencionado; y, por simple - lógica, podría concluir que por tratarse de actos que, como su nombre lo indica, son "previos a la demanda", que es precisamente la primera parte del juicio CONTENCIOSO, es preciso ubicarlos en la denominada jurisdicción voluntaria.

Personalmente, me parece que la ubicación doctrinaria de los Actos - Previos a la Demanda en la Jurisdicción Voluntaria, es correcta; pero es preciso fijar claramente lo que debe entenderse por Jurisdicción Voluntaria.

Tradicionalmente se ha conceptuado la jurisdicción voluntaria como - aquella en que no existe contención de partes; precisamente éste ha sido el criterio que ha informado a la casi totalidad de Códigos de Procedimientos Civiles del siglo pasado y de principios del presente.

Sin embargo, el desarrollo contemporáneo del Derecho Procesal y el - apareamiento consiguiente de numerosos cultivadores de esta rama del Derecho, ha permitido una mayor profundización de los estudios y concepciones sobre la Jurisdicción Voluntaria.- Se han esbozado innumerables tesis teniendo mucha fortuna la que ha pretendido negarle la categoría jurisdiccional, sosteniendo que se trata de una verdadera función administrativa encomendada al Poder Judicial.- Pero lo que quiero dejar bien claro es -

que se ha llegado a un consenso casi unánime, en el sentido de abandonar la postura "no contención", para caracterizar la Jurisdicción Voluntaria.

La verdad es que el criterio tradicional ha llevado a verdaderos problemas, pues aunque en la generalidad de casos realmente es correcto afirmar que no existe contención, hay un sinnúmero de casos en que encontramos esquemas verdaderamente contenciosos pero que resulta jurídicamente - incorrecto ubicarlos dentro de la Jurisdicción Voluntaria.

Un ejemplo muy claro lo tenemos en el caso del acto previo denominado Jactancia, que presenta un esquema marcadamente contencioso por lo cual no podríamos ubicarlo en la Jurisdicción Voluntaria, pero por otra parte, salta a la vista que todos los Actos Previos no son más que una antesala del juicio contencioso, y de ninguna manera podemos llegar a ubicarlos - dentro del mismo.

En vista de los problemas a que me he referido anteriormente, es que ha surgido una postura que me parece correcta, según la cual se abandona el criterio tradicional y sin entrar a mayores especulaciones teóricas - sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, se concluye que se -- trata de procedimientos ajenos a la jurisdicción contenciosa , que por - causas de diversa índole las cuales deben señalarse según el caso concre to, es indudable que su conocimiento y tramitación deben pertenecer al - Poder Judicial ; en otras palabras, el concepto de Jurisdicción Voluntaria se sustituye por el de "Procedimientos Judiciales Especiales", entre los cuales se incluyen los actos previos a la demanda en el Proceso Civil.

Con estos antecedentes podemos entrar al estudio de la situación jurídica de los actos previos en nuestra Ley Procesal Vigente.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles sigue, en apariencia, el sistema tradicional de considerar la Jurisdicción Voluntaria como aquella en que no existe contención de partes - artículo 25 Pr. y digo en apariencia, porque esa misma disposición señala como ejemplo de dicha ju risdicción el caso de los juicios por arbitramento, lo cual es claramen te contradictorio, ya que en los juicios por arbitramento es indudable

que nos encontramos en un caso de jurisdicción contenciosa, lo que pasa es que el Estado delega la jurisdicción en particulares; que son precisamente quienes dirimen la contienda.- De tal manera que noto en nuestro Legislador inseguridad en su planteamiento sobre la naturaleza de la Jurisdicción Voluntaria; adelante veremos con mayor claridad esta inseguridad.

En lo relativo a los actos previos a la demanda en nuestra Ley Procesal, la mayoría de casos responden a un esquema no contencioso, por lo que no hay mayores problemas para concluir fácilmente que deben encuadrarse en el concepto general señalado en el artículo 25 Pr.; pero al examinar concretamente la Jactancia y la Acechancia, puede concluirse que presentan, analizando superficialmente la cuestión, características contenciosas.

Pero como he señalado anteriormente, cualquiera que sea el punto de vista que se tenga, es necesario reconocer que los Actos Previos, especialmente la Jactancia y Acechancia, son una antesala del juicio contencioso y que resulta una impropiedad sostener que se está ante casos de Jurisdicción Contenciosa.

De aquí resulta la fuerte crítica que se ha hecho al concepto señalado en el artículo 25 Pr., que como vemos, resulta insuficiente para comprender todos los casos reales de Jurisdicción Voluntaria contemplados por nuestra Ley; pero la inseguridad conceptual de nuestro Legislador de que ya he hablado antes, me da margen para sostener que el concepto del artículo 25 Pr., debe tenerse únicamente como ilustrativo y que aquellos casos en que después de un riguroso análisis se establezca que verdaderamente corresponden a esquemas no contenciosos, pese a su apariencia, deben incluirse dentro del rubro general de la Jurisdicción Voluntaria, entre los cuales, ubico todos los Actos Previos a la Demanda en el Proceso Civil.

3).- LOS ACTOS PREVIOS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL.

Como he expresado antes, me limitaré al estudio de los Actos Previos

a la Demanda en el Proceso Civil, contemplados de los artículos 134 al 189 Pr., con la salvedad que estimo que los casos allí contemplados no son taxativos.

Los casos regulados en las disposiciones antes mencionadas son, a mi juicio, los siguientes:

- a) Incapaces que tienen que demandar o ser demandados;
- b) Demandas contra ausentes no declarados o cuyo paradero se ignora;
- c) Secuestro Preventivo de bienes;
- d) Exhibición de documentos;
- e) Acechancia;
- f) Jactancia;
- g) Pruebas que pueden perderse; y
- h) La Conciliación.

El Proyecto de Código Procesal Civil regula en el libro tercero correspondiente a la Jurisdicción Voluntaria y Procesos Especiales, las cuestiones previas en algunos procesos contenciosos (cap. 2o.).- Esta terminología equivale a la que en el Código Vigente se denomina Actos Previos a la Demanda y, particularmente, el proyecto regula los siguientes actos previos:

- a) Conciliación;
- b) Medidas Cautelares;
- c) Arraigo; y
- d) Proceso de Jactancia.

Cabe añadir que lo relativo a los incapaces es regulado por el proyecto en el capítulo destinado a "procesos relativos a la representación legal en los incapaces" y a la exhibición de documentos, en la sección cuarta del capítulo primero relativo a la prueba general.

*

*

11.- INCAPACES QUE TIENEN QUE DEMANDAR O SER DEMANDADOS.

- 1.- GENERALIDADES SOBRE EL PUNTO.- CASOS QUE CONTEMPLA NUESTRA LEY.
- 2.- CASO DE LOS MENORES NO HABILITADOS DE EDAD Y MAYORES DECLARADOS INHABILES CUANDO TIENEN QUE SER DEMANDADOS Y CARECEN DE REPRESENTANTE LEGAL O ESTE SE HALLA AUSENTE.- MODO DE PROCEDER.
- 3.- CASO DE LOS MENORES NO HABILITADOS DE EDAD Y MAYORES DECLARADOS INHABILES CUANDO TIENEN QUE DEMANDAR Y CARECEN DE REPRESENTANTE LEGAL O ESTE SE HALLA AUSENTE.- MODO DE PROCEDER.
- 4.- CASO DEL HIJO DE FAMILIA QUE TIENE QUE LITIGAR COMO ACTOR CONTRA EL PADRE O MADRE QUE LO REPRESENTA.- MODO DE PROCEDER.- OMISION DEL CODIGO EN LA SITUACION CONTRARIA: CUANDO EL PADRE O MADRE TIENE QUE LITIGAR CONTRA EL HIJO A QUIEN REPRESENTA.- NUESTRA SOLUCION.
- 5.- CASO DEL HIJO DE FAMILIA CUYO PADRE O MADRE QUE LO REPRESENTA REHUSA REPRESENTARLO O AUTORIZARLO PARA COMPARECER EN JUICIO.- ANALISIS PREVIO DEL CASO.- MODO DE PROCEDER.

II.- INCAPACES QUE TIENEN QUE DEMANDAR O SER DEMANDADOS.

1).- GENERALIDADES SOBRE EL PUNTO.- CASOS QUE CONTEMPLA NUESTRA LEY.

Según nuestra Ley, los menores de 21 años no habilitados de edad y los mayores de edad privados de la administración de sus propios bienes por demencia o por ser sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, son incapaces para comparecer en juicio como actores o reos. (Artículo 16 Pr.).-

El Código Civil en su artículo 41 establece que son representantes legales de una persona, el padre o madre bajo cuya potestad vive, su tutor o curador general.

Armonizando todo lo anterior expuesto, se puede señalar que es necesaria cierta capacidad para comparecer en juicio y que cuando no se tiene dicha capacidad, no se puede comparecer personalmente, sino que por medio de los representantes legales.- Pero en la vida práctica puede suceder que por multitud de causas imaginables, un incapaz carezca en un momento determinado de persona que lo represente, volviéndose imposible en esta situación demandarlo o que éste haga uso judicialmente, de las acciones que le competen.

Para evitar los perjuicios que esta situación crea tanto al mismo incapaz, como a las personas que necesiten ejercitar acciones contra él, el Legislador ha regulado la manera de suplir la falta de representante legal de las personas antes mencionadas.

Los artículos 134 al 140 Pr., regulan la situación de los Incapaces que tienen que demandar o ser demandados, contemplan concretamente los siguientes casos:

- a) Caso de los menores no habilitados de edad y mayores declarados inhábiles cuando tienen que ser demandados y carecen de representante legal o éste se halla ausente;
- b) Caso de los menores no habilitados de edad y mayores declarados inhábiles cuando tienen que demandar y carecen de representante

legal o éste se halla ausente.

- c) Caso del hijo de familia que tiene que litigar como actor contra el padre o madre que lo representa.
- d) Caso del hijo de familia cuyo padre o madre que lo representa rehusa representarlo o autorizarlo para comparecer en juicio.

2) CASO DE LOS MENORES NO HABILITADOS DE EDAD Y MAYORES DECLARADOS INHÁBILES CUANDO TIENEN QUE SER DEMANDADOS Y CARECEN DE REPRESENTANTE LEGAL O ESTE SE HALLA AUSENTE.- MODO DE PROCEDER.

Los artículos 134, 135 y 137 inciso 2o., regulan expresamente el caso en estudio.- El artículo 134 en su primera parte dice: "Cuando un menor no habilitado de edad haya de ser demandado y carezca de Representante legal o éste se halla ausente, se pedirá previamente y por escrito -- por el demandante, el nombramiento de un Curador especial que se apersonne por él".

El Artículo 135 en su primera parte dice: "Cuando un mayor declarado inhábil haya de ser demandado y carezca de Representante legal o éste se halla ausente, se procederá como en el artículo anterior".

Por otra parte, el artículo 137 inciso segundo, señala que: "Cuando el demandante pidiere por escrito el nombramiento de Curador de las personas dichas en el inciso precedente, se requerirá a éstas para que en el acto de la notificación, digan si tienen o no Representante, y si nada dijeren o expresaren no tenerlo, se les nombrará y extenderá certificación".-

Del análisis de las disposiciones antes descritas podemos ver que , tanto para el caso de los menores no habilitados de edad, como de los mayores declarados inhábiles que carecen de Representante legal o éste se halla ausente, nuestra Ley señala el procedimiento contemplado en la disposición últimamente citada, el cual merece un análisis cuidadoso para determinar si en la vida práctica es susceptible de aplicarse y si es adecuado.

Siguiendo el pensamiento del Legislador en el caso mencionado, el camino a seguir por la parte actora consistirá en presentar un escrito ante el Juez competente, manifestando la carencia de Representante legal - por parte del futuro demandado, en virtud de lo cual el Juez debe requerir al incapaz para que en el acto de la notificación diga si tiene o no Representante.

Precisamente aquí viene la crítica más fuerte para el procedimiento señalado y que prácticamente lo hace imposible de aplicar; basta que nos pongamos a pensar en que el incapaz sea un sordomudo que no puede darse a entender por escrito, o bien un demente, para que podamos concluir que el procedimiento señalado por nuestra Ley es absurdo, porque para el caso específico del sordomudo, sería imposible notificarle ya que en nuestro medio no se admite la notificación por señas.

Nuestro Legislador añada además, que cuando el incapaz nada dijere - al ser notificado o expresare no tener Representante, se le notificará uno y además se le extenderá la certificación correspondiente.

Es indudable que también resulta imposible darle aplicación práctica a esta regulación ya que siguiendo con el ejemplo anterior, en el caso - del sordomudo que no puede darse a entender por escrito, también resulta imposible el procedimiento señalado por la ley.

Por otra parte, la carencia de Representante legal o su ausencia, son los extremos a establecer, de los cuales la ley prácticamente releva de prueba al actor y únicamente deja su comprobación al dicho del incapaz.

De todo lo expuesto anteriormente, resulta que este procedimiento es imposible de aplicar en la mayoría de casos prácticos y además, es notoriamente inconveniente ya que, en términos generales, tanto los menores de edad, como demás incapaces, no tienen el suficiente discernimiento necesario para contestar adecuadamente un requerimiento judicial.- Sin embargo, el procedimiento está vigente y en consecuencia, podríamos concluir que el Juez forzosamente debe aplicarlo.

Ahora bien, si como hemos establecido resulta prácticamente imposible darle aplicación a dicho procedimiento en la mayoría de casos, ¿qué debe hacer el Juez en un caso típico como el del sordomudo que no puede -- darse a entender por escrito? .- En mi opinión, considero que cuando un procedimiento señalado por el Legislador resulta imposible de aplicarse en la vida práctica, debe entender que se trata de un verdadero vacío -- del legislador, que debe suplirse haciendo uso de elementos integradores de la Ley Procesal.

Desde luego que aquí surge otro arduo problema, cual es el de estudiar si es posible en nuestro sistema legal, la integración de la Ley -- Procesal, ya que gran parte de profesionales salvadoreños sostienen que ésta no es posible, pues el Artículo 421 Pr., que es el que expresamente contempla la integración de la Ley, únicamente regula integración de Ley sustantiva y no de Ley procesal; por otra parte, se señala que el artículo 2 Pr., establece que los procedimientos no penden del arbitrio de los Jueces y que en consecuencia en virtud de esta disposición, se prohíbe -- expresamente la integración de la Ley Procesal.

Sin embargo, a pesar de tales argumentaciones comparto la opinión de algunos procesalistas salvadoreños, entre los cuales destaca el Dr. Guillermo Manuel Ungo, quienes sostienen que sí es posible la integración -- de la Ley procesal salvadoreña, habida cuenta que realmente el artículo 2 Pr. establece que los procedimientos que no penden del arbitrio de los Jueces son los ya establecidos y que consecuentemente, aunque nuestra -- Ley en ningún artículo permite expresamente la integración de la Ley Procesal, en ninguna disposición la prohíbe, por lo que lógicamente debemos concluir que sí es posible la integración de la Ley Procesal Salvadoreña.

Volviendo al problema , me toca ahora determinar la manera de llenar el vacío a que me he referido anteriormente.- Es claro que el Juez debe cerciorarse que el incapaz carece efectivamente de Representante legal o que éste se halla ausente y estos extremos perfectamente pueden probarse haciendo uso de un procedimiento desprovisto de mayores formalismos, como es el señalado en el artículo 1254 Pr., o sea que el Juez sin necesidad --

de señalamientos previos o de cualquiera otra formalidad, puede recibir las pruebas pertinentes.

En este caso, no hacemos más que aplicar la regla general señalada por nuestra Ley para todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

3) CASO DE LOS MENORES NO HABILITADOS DE EDAD Y MAYORES DECLARADOS INHÁBILES CUANDO TIENEN QUE DEMANDAR Y CARECEN DE REPRESENTANTE LEGAL O ESTE SE HALLA AUSENTE.- MODO DE PROCEDER.

Este caso está regulado por los artículos 134, 135 y 137 Inciso 1o.- Pr. ¹³⁴.- La primera disposición citada en lo pertinente dice: "Cuando el menor no habilitado tenga que demandar, comparecerá personalmente ante el Juez pidiéndole de palabra que le provea Curador".-

El artículo 135 Pr., añade: "Cuando tenga que demandar (refiriéndose al mayor declarado inhábil) y no fuere demente o sordomudo, comparecerá personalmente ante el Juez pidiéndole de palabra que le provea de curador.- Si fuere demente o sordomudo, se pedirá de palabra el nombramiento de curador por sus parientes, amigos o cualquiera del pueblo o se lo dará el Juez de oficio".-

El artículo 137 Pr. Inciso 1o., señala que: "En los casos de los artículos 134 y 135 en los que no tienen la libre administración de los bienes ocurrieren verbalmente al Juez, como va dicho, se levantará un auto haciéndose cargo de su solicitud, y en vista de las pruebas recibidas en la misma audiencia o en los tres días siguientes, sobre la verdad de sus fundamentos, se dará o no el curador pedido, proporcionándose al nombrado la certificación correspondiente".-

Para la debida comprensión de este caso es necesario fijar previamente ciertos conceptos.- En primer lugar, debemos tener presente que para nuestra Ley, menor de edad o simplemente menor, es el que no ha cumplido 21 años de edad, tal como lo establece el artículo 26 del Código Civil ; en segundo lugar, que los mayores de edad pueden ser declarados inhábiles

por causa de demencia o de sordomudez, siempre y cuando éstos últimos no puedan darse a entender por escrito.

Antiguamente existían otras causales de inhabilitación tales como la disipación y el caso de las mujeres, a quienes en términos generales, se les negaba capacidad de ejercicio. Con estos antecedentes puedo señalar que, en lo que se refiere a los menores no habilitados de edad que tienen que demandar, nuestra ley es clara en cuanto al procedimiento señalando que el incapaz puede comparecer personalmente y pedir de palabra que se le provea un curador.

En lo que se refiere al mayor declarado inhábil, nuestro Código dice en el artículo 135 Pr.: "que si no fuere demente o sordomudo, comparecerá personalmente", a este respecto puedo afirmar que en mi opinión, dicha - regulación ya no tiene razón de ser, pues en la actualidad las únicas -- causas de inhabilitación son la demencia y sordomudez y el párrafo transcrita es un verdadero resabio histórico de nuestra Ley en que se tenían en cuenta otras causas de inhabilitación como las anteriormente expresadas.

Cuando se trata de demente o sordomudo, teniendo en cuenta la absoluta incapacidad de éstos, nuestra Ley señala una verdadera acción popular y además da margen a la oficiosidad del Juez para proveerles de curador.

Consecuentemente, el trámite señalado en el artículo 137 inciso 1o.Pr., únicamente tiene aplicación para el caso del menor no habilitado de edad; dicho trámite no presenta mayores problemas, sin embargo, es preciso señalar que dice nuestra Ley que se debe levantar un auto haciéndose cargo de la solicitud del menor, debiendo entenderse que el Legislador quiso - referirse a que se debe levantar un Acta.

Me permito añadir que para la recepción de la prueba debe tenerse en cuenta tanto lo que dispone el artículo en referencia, así como el 1254 Pr.-

4) CASO DEL HIJO DE FAMILIA QUE TIENE QUE LITIGAR COMO ACTOR CONTRA EL PADRE O MADRE QUE LO REPRESENTA.- MODO DE PROCEDER.- OMISION DEL CODIGO EN LA SITUACION CONTRARIA: CUANDO EL PADRE O MADRE TIENE QUE LITIGAR CONTRA EL HIJO A QUIEN REPRESENTA.- NUESTRA SOLUCION.

El Código de Procedimientos Civiles en su artículo 136, señala que :
"Siempre que el hijo de familia tenga que litigar como Actor contra su padre o madre que lo representa, pedirá verbalmente la venia al Juez, y éste, al otorgársela, le dará un curador para la Litis".

Comienzo por mencionar que esta disposición tiene dos fundamentos : Uno de orden Moral que hago consistir en el respeto que la Ley exige al hijo de familia, señalándole como requisito previo para demandar a sus padres, la venia del Juez.- El otro fundamento es de orden Jurídico pues siendo el padre o madre en su caso, representante legal de su hijo, no podría tener en un proceso la doble calidad de actor y reo y se hace necesario nombrar un curador al menor, para que actúe a su nombre en el juicio.

Para la debida inteligencia del artículo en estudio, es preciso que señale lo que debe entenderse por hijo de familia; al respecto, me remito al inciso 2o. del artículo 252 C., que dice: "Los hijos de cualquier edad no emancipados, se llaman hijos de familia y el padre o madre, con relación a ellos, padre o madre de familia."

Nuestra Ley señala en el caso en estudio, que el menor deberá pedir verbalmente la venia al Juez, quien le nombrará un curador para la Litis.

Ahora bien, ¿ Y si se trata de un menor que no tiene el suficiente discernimiento como para acudir ante un Juez a solicitar la venia, cómo debe procederse?

Entiendo que se trata de un verdadero vacío de nuestro Legislador , por lo que acudo a elementos integradores de la Ley, y me pronuncio por sostener que en este caso, debe darse amplio margen a la acción popular como a la oficiosidad del Juez.

Del artículo en estudio resulta claramente su aplicación al caso en que es el incapaz quien tiene que demandar, ¿pero cómo debe procederse cuando es el padre o madre quien tiene que litigar contra el hijo a quien representa?

Nuestra Ley tampoco lo regula expresamente; sin embargo, resulta fácilmente deducible, que por las mismas razones por las cuales es preciso nombrar curador en el caso anterior, debe hacerse en el presente.

Precisamente el artículo 13 Pr., señala que nadie puede ser indistintamente actor o reo en una misma causa sino en los juicios dobles, de tal manera que de la disposición señalada resulta como regla general que un padre de familia al demandar al hijo a quien representa, no puede actuar como parte reo.- El artículo 16 Pr., señala por otra parte, las personas que pueden ser actores o reos por sí en causas civiles y añade además, en su inciso final, que si los llamados se negaran a representarlos, O SI ESTUVIEREN INHABILITADOS PARA HACERLO, podrá el Juez darles un curador para la Litis.

De todo lo anterior resulta que en el caso que analizamos, el padre de familia que tiene que litigar contra el hijo a quien representa, se encuentra inhabilitado para representarlo, ya que como antes he dicho, solo se puede ser actor y reo a la vez en los juicios dobles.

En consecuencia, debe nombrarse un curador al menor usando un procedimiento, que en vista del silencio del Legislador, debe suplirse acudiendo a elementos integradores de la Ley y por analogía, se me ocurre pensar que el más viable es el señalado por la Ley para el caso anterior, o sea, la simple petición verbal del interesado.

5) CASO DEL HIJO DE FAMILIA CUYO PADRE O MADRE QUE LO REPRESENTA REHUSA REPRESENTARLO O AUTORIZARLO PARA COMPARECER EN JUICIO.- ANALISIS PREVIO DEL CASO.- MODO DE PROCEDER.

Este caso lo contemplan los artículos 138, 139 y 140 Pr., dichas disposiciones dicen: "Siempre que el hijo de familia deba ser autorizado para

comparecer en juicio como demandante, se presentará por escrito al Juez pidiendo la autorización.- El Juez dará traslado al padre o a la madre en su caso, quien deberá contestar dentro de tercero día, expresando las razones que tenga para rehusar al hijo su representación o autorización.

Pasados los tres días, el Juez, con vista de la contestación del padre o de la madre, recibirá la causa o prueba si fuere necesario, por 3 días con calidad de todos cargos, y vencidos, concederá o negará la auto rización dentro de los tres siguientes, dando en el primer caso al hijo un curador para la Litis".- "En caso de ausencia real o aparente del padre o de la madre, o quien haya sido declarado inhábil para manejar sus bienes o usar de sus derechos, la demanda de autorización se determinará oyendo sólo al que en tales casos lo representa, o en su defecto, a un - curador especial".- "Ejecutoriada el auto de autorización, se dará la cer tificación correspondiente".-140 R.

Los artículos que he transcrito deben estudiarse cuidadosamente pues con mucha facilidad pueden conducir al equívoco.- Sabido es que los inca paces no pueden actuar personalmente en un proceso civil por estarles ve dada la capacidad de ejercicio procesal, y en consecuencia, solamente -- pueden actuar por medio de su representante legal, que normalmente es su padre o madre o bien un curador.

Por esa razón me extraña que los artículos en estudio, en contraposi ción a las reglas generales, vengán a darnos a entender que es posible - que un incapaz pueda actuar personalmente en un juicio siempre y cuando el padre o madre que lo representa lo autorice al efecto.

Me da la impresión que en lo que se refiere a la autorización, las disposiciones mencionadas no pueden ser más que un injerto de otras le gislaciones o un verdadero resabio histórico.- En ambos casos debe ne-- gársele toda vigencia práctica a tal regulación.-

En lo que toca al resto de la regulación antes referida, puedo seña- lar que el caso en definitiva se refiere a aquellos incapaces que se ven en la necesidad de demandar y que no pueden hacerlo por rehusar represen-

tarlos su padre o madre en su caso.

El procedimiento no presenta mayor problemática, señalándose un verdadero esquema sumario, con la salvedad que en caso de ausencia real o aparente del representante legal o en caso de inhabilidad del mismo, el trámite se sigue con su respectivo representante, o bien con un curador.

Llama la atención que nuestro Legislador únicamente contemple el caso del padre o madre que rehusa la representación al hijo de familia y nada dice para el caso en que el menor de edad es representado por un tutor o un curador y éste rehusa la representación. En mi sentir, y acudiendo nuevamente a elementos integradores de la Ley, creo que perfectamente pueden aplicarse por analogía, las disposiciones en estudio.

*
*
*
*
*
*
*

III.- DEMANDAS CONTRA AUSENTES ~~NI~~ DECLARADOS O CUYO PARADERO SE IGNORA.

1.- ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA AUSENCIA PROCESAL.

2.- CASOS DE AUSENCIA PROCESAL EN NUESTRO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.- BREVE ANALISIS DE LOS MISMOS.-

3.- EL CASO DEL ARTICULO 141 Pr.

a) NOCIONES PREVIAS.

b) UTILIZACION DEL PROCEDIMIENTO DESPUES DE INICIADO EL JUICIO.

c) EL ARTICULO 141 PR., EN RELACION CON EL ARTICULO 219 PR.-
DELIMITACIONES DEL CAMPO DE APLICACION DE DICHOS ARTICULOS.

d) MODO DE PROCEDER Y PROBLEMAS PRACTICOS EN RELACION AL MISMO.

III.- DEMANDAS CONTRA AUSENTES NO DECLARADOS O CUYO PARADERO SE IGNORA.

I.- ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA AUSENCIA PROCESAL.

Sobre este tema, la doctrina no se encuentra completamente unificada, por lo que también en este punto me veo precisado a aportar el fruto de mis reflexiones personales.

Entiendo por ausencia procesal, todos aquellos casos en que el proceso se tramita sin la concurencia total del reo, o bien cuando esa falta de concurrencia se produce en el desarrollo del juicio y en este caso, la ausencia procesal puede también presentarse por el lado de la parte actora.

Aclarando los conceptos anteriores, puedo decir que efectivamente el caso más claro de ausencia procesal es aquel en que el proceso en su totalidad, se tramita sin la concurrencia de la parte demandada, en otras palabras, se hace imposible emplazarlo para la contestación de la demanda, por lo que las legislaciones normalmente señalan los trámites a seguir para poder cubrir la formalidad del emplazamiento.

En otros casos, la parte reo es emplazada personalmente, pero no concurre efectivamente al proceso, en vista de lo cual, se hace necesario señalar los medios necesarios para la continuación del proceso y es así como casi todas las legislaciones del mundo, contienen la institución de nominada rebeldía por no contestación de demanda y acuse de rebeldía, és te último aplicable a actor y reo, cuando no contestan una audiencia o traslado que se les confiere.

Por el lado del actor, es un caso típico de ausencia procesal el desamparo de la acción que hace y el cual ha dado lugar a la institución -- procesal denominada deserción.

2) CASOS DE AUSENCIA PROCESAL EN NUESTRO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.- BREVE ANALISIS DE LOS MISMOS.

Para el desarrollo de este punto me permito aclarar que me limitaré

al análisis de los casos de ausencia procesal que he denominado total , pues considero que el desarrollo de los demás casos señalados, es de una amplitud tal, que necesitarían toda una tesis doctoral para su estudio.

Considero como casos típicos de ausencia procesal total en nuestra ley, los siguientes:

- a) Muerte presunta en sus tres grados de mera ausencia, posesión provisoria y posesión definitiva; y
- b) Caso de los ausentes no declarados.

En este apartado estudiaré el primer caso, el segundo lo analizaré detalladamente en otro.

La muerte presunta es, en el sentir de muchos autores, una institución creación del Código Civil Chileno, concretamente de su autor don Andrés Bello .- Y no es que Códigos anteriores no señalaran algunas regulaciones respecto al tema, sino que la verdadera sistematización de esta institución se encuentra plasmada por primera vez en el Código Civil Chileno.

Es incuestionable la necesidad de una regulación como ésta en un cuerpo de leyes, pues a nadie escapa que con relativa frecuencia sucede el caso de personas que se ausentan del lugar eje de sus intereses económicos y familiares y que sin tenerse noticia cierta de su muerte, debido a la concurrencia de factores de índole humana, tales como la falta de comunicación con los suyos, hacen presumir su muerte.

Cuando una persona desaparece en estas circunstancias, es lógico que surge una inquietud en el seno puramente familiar, lo cual tiene trascendencia moral pero no económica; pero si ésta persona además tiene determinado número de bienes, de relaciones comerciales, etc., es claro que su patrimonio queda sin persona que lo represente y es fácil colegir los innumerables perjuicios que esta situación causa a sus acreedores y en general, a los que tengan que deducir alguna acción en su contra.

Para evitar estos perjuicios es que nuestra Ley ha regulado la muer-

te presunta, la cual se divide en tres períodos que a continuación me permito analizar brevemente.

a) MERA AUSENCIA: Es lógico suponer que cuando una persona desaparece y no se tiene noticia alguna de ella, a medida que pasa el tiempo las presunciones de su fallecimiento se tornan más fuertes.- Por esa razón es que el Legislador ha fijado un término mínimo de cuatro años dentro del cual supone que la presunción de muerte es relativamente débil y por ello es que en el artículo 82 C., del Código Civil, se regula que: "Durante el tiempo que corra antes de proceder la posesión provisoria o la definitiva, en los casos en que aquella no preceda a ésta, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia y cuidarán de los intereses del desaparecido los apoderados que haya dejado para su administración, o sus representantes legales".-

El desarrollo específico de la mera ausencia, lo encontramos en el título relativo a las curadurías de bienes, artículos 473, 474, 475, 476 y 477 C.-

Por su importancia transcribo el artículo 489 C., que dice: "Toca a los Curadores de bienes en todo lo que se refiere a su administración especial, el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes de los últimos, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores".- Cabe añadir que el trámite procesal de la Curaduría de Bienes se encuentra regulado en los artículos 853 Pr. y siguientes.

b) POSESION PROVISORIA.- Una vez que transcurren los cuatro años a que me he referido anteriormente, las presunciones sobre la muerte del desaparecido se hacen más fuertes y se pasa, legalmente hablando, del período de mera ausencia al de posesión provisoria.- Nuestro Código de Procedimientos Civiles, en los artículos 800 y 802 regula detalladamente el trámite a seguir para obtener la declaratoria de posesión provisoria.- Para los efectos del presente trabajo, es importante tener en cuenta el artículo 86 C., que dice: "Los poseedores provisorios re

presentarán a la sucesión en las acciones y defensas contra terceras".

Aunque el aspecto que interesa fundamentalmente es el anteriormente - señalado, considero conveniente aclarar que a los poseedores provisorios se confiere la administración de los bienes del muerto presunto, pero tienen escasas facultades en cuanto a la enajenación de los mismos.

c) POSESIÓN DEFINITIVA.- Cuando han transcurrido quince años desde la fecha en que se dió la posesión provisoria, los presuntos herederos pueden solicitar ante Juez competente, se les conceda la posesión definitiva de los bienes, señalándose el trámite procesal para el efecto en los artículos 803 y 804 Pr.- Creo oportuno agregar que existen estos otros casos en que también se concede la posesión definitiva, sin necesidad de que antes se conceda la provisoria:

- 1.- Cuando el muerto presunto recibió herida grave, etc.; en accidente y han pasado cuatro años sin saberse de él;
- 2.- Cuando cumplidos cuatro años de las últimas noticias, se probare que el desaparecido tiene ochenta años de edad; y
- 3.- Cuando han transcurrido veinte años desde la fecha de las últimas noticias. 99-900

Decretada la posesión definitiva se abre la sucesión según las reglas generales (artículos 89 y 90 C.); los poseedores definitivos, al igual que los provisorios, representan a la sucesión legalmente, teniendo a su cargo la administración de los bienes de la misma, pero sin las restricciones en cuanto a la enajenación a que están sujetos los provisorios.

3) EL CASO DEL ARTICULO 141 Pr.

a) NOCIÓNES PREVIAS.

El artículo en referencia se lee: "Si se intentare la demanda contra un ausente no declarado que se halle fuera de la República o cuyo paradero se ignore, y que no se sepa que se ha dejado procurador u otro repre-

sentante legal, se preparará el juicio pidiendo previamente, y por escrito, el nombramiento de un curador especial, probando sumariamente las circunstancias antedichas.

Si la demanda hubiere de intentarse contra una persona jurídica que por cualquier motivo carezca de representante legal en la República, se preparará el juicio nombrándosele a instancia de la parte actora, un curador especial que la represente, probando sumariamente la antedicha circunstancia.

Antes de la recepción de prueba a que se refieren los incisos anteriores, el Juez deberá ordenar la publicación por tres veces consecutivas en el Diario Oficial y en dos periódicos de mayor circulación en la capital que aquél designe, de un aviso que indique la solicitud y prevenga que si el ausente tuviere procurador o representante legal, se presente éste y, dentro de quince días después de la última publicación, compruebe dicha circunstancia".

Como se desprende de la lectura de la anterior disposición, vamos a estudiar el denominado caso de los ausentes no declarados que se encuentran fuera de la República o cuyo paradero se ignora, no sabiéndose si -- han dejado procurador o representante legal.- Recordando ideas anteriormente expuestas puedo afirmar que éste es uno de los casos que he considerado de ausencia procesal total, esto es, que se vuelve imposible emplazar personalmente al reo, por lo que nuestra Ley, para garantía del público -- en general, regula detalladamente el procedimiento a seguir para lograr -- proveer de curador a los ausentes antedichos.- Conviene destacar desde ya el sentido en que debe entenderse nuestra Ley cuando habla de ausente no declarado.- Por simple lógica deduzco que para nuestro Legislador existen ausentes que sí han sido declarados como tales, por lo que el problema se simplifica y basta que traiga a cuento el artículo 473 C., y siguientes, que contemplan la curaduría de bienes del ausente y los arts. 853 y 854 - Pr., que regulan el trámite procesal para declarar ausente a una persona y nombrarle un curador que administre sus bienes.- Precisamente he mencionado antes, que ésto es lo que en doctrina constituye el primer período -

de la muerte presunta, por lo cual omito desarrollar más extensamente esta cuestión, pero insisto en repetir que en definitiva debe entenderse -- que, cuando nuestra Ley tácitamente habla de ausente declarado, debe inferirse que son los declarados tales de conformidad a las disposiciones antes mencionadas, extendiéndose tal concepto a los restantes períodos de la muerte presunta.-

b) UTILIZACION DEL PROCEDIMIENTO DESPUES DE INICIADO EL JUICIO.-

Si examinamos la ubicación del artículo 141 Pr., en nuestro Código, veremos que se encuentra en el título relativo a los Actos Previos a la Demanda, por lo que sin mayor dificultad podemos llegar a establecer que es un trámite a cubrir antes de la presentación de la respectiva demanda.-

Sin embargo, en la vida práctica sucede corrientemente que una persona entabla una demanda contra otra, que el Juez admite la demanda y ordena el traslado correspondiente a la parte reo y que cuando el notificador se presenta a la casa de habitación del demandado con el objeto de emplazarlo, se ve imposibilitado de verificar dicha diligencia en virtud de ser informado que la parte reo se encuentra fuera del país, o bien que se ignora su paradero.- Nuestro Legislador nada ha dicho con respecto a esta situación, pero nuestra Jurisprudencia unánimemente ha aceptado la aplicación del artículo 141 Pr., aún en este caso, a pesar de que ya no podríamos estar hablando de un acto previo a la demanda.

Es lógico que en vista del vacío legal que apunto, nuestra Jurisprudencia ha tenido que darle cabida al principio de integración de la Ley Procesal y creo que es innecesario que comente sobre la corrección de tal interpretación; de mayor importancia estimo señalar que en la práctica y con muy buen juicio, cuando sucede uno de los casos que he mencionado, en vista del informe del notificador y previa petición de parte, se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 141 Pr., nombrándose en definitiva un curador que es a quien finalmente se emplaza. ✓

c) EL ARTICULO 141 PR., EN RELACION CON EL ARTICULO 219 PR.- DELIMITACION DEL CAMPO DE APLICACION DE DICHS ARTICULOS.-

El artículo 219 Pr. dice textualmente: "Toda citación o emplazamiento para contestar la demanda, se entenderá con el demandado en persona, si tuviere la libre administración de sus bienes y, en caso contrario, con su representante legal; pero si aquél o éste estuvieren ausentes de la República, o si se ignorase su paradero, se emplazará a su procurador, si tuviere poder bastante.- A falta de apoderado, se procederá como se dispone en el artículo 141".-

Al transcribir el artículo 141 Pr., vimos que éste se aplica cuando no se sabe que el ausente haya dejado procurador u otro representante legal conocido, pues es lógico que si lo ha dejado y se sabe esta circunstancia, debe emplazarse a éste, cosa que expresamente dispone el artículo 219 Pr.- Sin embargo, pese a la claridad y concordancia con la lógica de dichas disposiciones, hay quienes sostienen, entre otros nuestro estimado profesor Doctor Francisco Arrieta Gallegos, que cuando se tiene que demandar a un ausente no declarado sabiéndose que ha dejado procurador, debe seguirse forzosamente el trámite del artículo 141 Pr.- Razonan su tesis señalando que el artículo 219 Pr. se encuentra tácitamente derogada por el inciso tercero del 141 Pr. el cual fué agregado en virtud de reformas de 1941.- Francamente, no veo de dónde se puede llegar a concluir que el inciso tercero del artículo 141 Pr. importa una derogación del 219 Pr.,- al contrario, creo que dichas disposiciones se complementan pues el 219 únicamente es aplicable cuando la parte actora sabe que el reo ausente ha dejado procurador o representante legal y el 141, tal como expresamente lo regula el inciso lo., se aplica cuando respecto al ausente "NO SE SEPA que ha dejado procurador u otro representante legal".-

Por otra parte, el artículo 219 establece que, "a falta de apoderado se procederá como se dispone en el 141", lo cual indica la armonía existente entre los dos artículos.

Ahora bien, cuál es la razón de la inclusión del inciso tercero del artículo 141 Pr.?- Sabido es que en nuestro medio no existe registro de

poderes, por lo cual es muy difícil la aplicación práctica del artículo 219 Pr. y en la gran mayoría de casos, cuando se tiene que demandar a un ausente no declarado, se emplea el procedimiento señalado en el artículo 141; pero a nadie escapa que cuando una persona se ausenta del país y constituye procurador, para que dicha representación pueda ser efectivamente cumplida, se hace necesario que al pretender demandarse al representado, el procurador tenga la oportunidad de conocer de dicha situación, cosa que solo puede lograrse mediante una publicación adecuada y por esta razón es que nuestra Ley incluyó el inciso 3o. del artículo 141, en el que expresamente se señala que el Juez deberá ordenar la publicación por tres veces consecutivas en el Diario Oficial y en dos periódicos de mayor circulación de la capital, de un aviso que indique la solicitud y prevenga que si el ausente tuviere procurador o representante legal, se presente y en el término de ley compruebe dicha circunstancia.-

Por supuesto que de esto no vamos a deducir una derogación tácita del artículo 219 Pr., que por otra parte sería contraria al principio de Economía Procesal.-

Los sostenedores de la tesis mencionada aducen además que es forzosa la aplicación del artículo 141 Pr. porque es la única forma de conceder al Juez la oportunidad de calificar previamente el poder del procurador y determinar si tiene las facultades suficientes para comparecer a nombre del reo ausente.

A mi juicio no es correcta esta afirmación, pues entiendo que cuando se sabe que un ausente ha dejado procurador y se pide al Juez que lo emplace, en la secuela del proceso se tiene que presentar el poder correspondiente -por el respectivo procurador o por la parte actora- el cual debe ser calificado por el Juez para decidir si lo considera suficiente, con lo que se garantiza la validez del emplazamiento y la correcta entablación de la litis contestatio.-

d) MODO DE PROCEDER Y PROBLEMAS PRACTICOS EN RELACION AL MISMO.

El modo de proceder, en términos generales, no necesita de mayores -

explicaciones en virtud de la claridad de la ley, por lo que considero - de mayor importancia circunscribirme a la problemática de dicho procedimiento.

Cuando se desea demandar a un ausente no declarado, es de suma importancia que la parte actora medite seriamente sobre los términos en que - versará su demanda y las consecuencias de la misma, tomando en cuenta -- nuestra realidad jurídico procesal.- Digo esto porque el curador que en definitiva nombra el Juez, no tiene más facultades que las que éste expresamente le concede y no puede representar al ausente más que en aquellos juicios designados concretamente por el Juez, en su resolución final.

Para mayor entendimiento de las ideas antes expuestas, menciono un ca so que tuve oportunidad de conocer: la parte actora entabló demanda en - juicio ordinario de resolución de contrato de compraventa con el curador de un ausente no declarado, habiendo logrado resolución favorable en la cual se declaraba resuelta la expresada compra-venta y se condenaba al - reo a pagar los daños y perjuicios.

Posteriormente a este fallo, el actor, con el objeto de liquidar los daños y perjuicios, entabló demanda contra el mismo curador de conformidad al artículo 960 Pr.; pero resultó que cuando inició el procedimiento señalado en el artículo (41) Pr., no tuvo la previsión de solicitar al -- Juez el nombramiento del curador para que representara al ausente, tanto en el juicio de resolución, como en el de liquidación de daños y perjuicios, motivo por el cual su demanda de liquidación resultó inepta.

Es indudable que en el caso señalado el error es hasta cierto punto justificable, ya que nace de un equivocado esquema de nuestra Ley al con figurar la liquidación de daños y perjuicios como un procedimiento autónomo, cuando en realidad no es más que un procedimiento que lógicamente debiera estar incluido en una de las fases del juicio, que es la ejecu-- ción de la sentencia definitiva; sin embargo, refiero este caso para indicar la importancia que tiene para la parte actora el señalar cuidadosa mente en su solicitud de nombramiento de curador, que se concedan a éste

las facultades de representación para los diversos procesos que la naturaleza de la acción requiera.

Otra cuestión de sumo interés y sobre la cual se han presentado en el terreno práctico arduas discusiones, es la relativa a establecer el mecanismo legal correcto para cuando el procurador de un ausente se da cuenta de la prevención que por medio de la edictos se le hace, a fin de que se presente y compruebe su representación.

Sobre este particular hay dos posiciones bien definidas: las que sostienen que basta la presentación del apoderado y la comprobación de dicha circunstancia para que el Juez ordene, si lo cree conveniente, la suspensión del procedimiento y el emplazamiento al procurador; otros, por el contrario, estiman que el Juez debe limitarse a tener por presentado al procurador y mandar agregar los documentos con que acredite su gestión, debiendo continuar el procedimiento hasta su culminación para, en la sentencia definitiva, resolver si debe emplazarse al procurador o, si no -- considera suficiente el poder, nombrar el curador correspondiente.

Aunque por un tiempo me sentí inclinado por la segunda tesis, después de hondas meditaciones he llegado a la conclusión que es contraria al principio de Economía Procesal. -- Me parece que el procedimiento correcto es aquel en que el Juez, al presentarse el procurador con los documentos -- que acreditan su representación, califica dicho poder y si lo estima suficiente, ordena el emplazamiento y suspende el procedimiento.

Ahora bien, es lógico que si el Juez no considera suficiente dicho poder, debe continuar el trámite del 141 Pr. y, en vista de las pruebas que oportunamente presente la parte actura, deberá nombrar el curador correspondiente.

Anteriormente he dicho que para mí tiene completa vigencia el artículo 219 Pr., de tal manera que, si sin necesidad de procedimiento previo es posible emplazar al procurador, es más lógico sostener que cuando éste se presenta en virtud de la prevención y comprueba su representación, lo preferible es suspender el procedimiento y ordenar su emplazamiento --

inmediato.- Por otra parte, ésta es la más acorde con el principio de eco
nomía procesal a que antes me he referido.

El argumento de que el Juez solo puede hacer la calificación del po-
der en la sentencia definitiva, me parece sin sentido alguno ni valor ju
rídico, que no hace otra cosa más que alargar el procedimiento con noto-
rio perjuicio para los intereses del litigante y, lo que es más fundamenta
l, de la justicia pronta.

*
* * * * *
* * * * *
*
*

IV.- SECUESTRO PREVENTIVO DE BIENES.

1.- NOCIONES PREVIAS.

2.- ESTUDIO DE LOS CASOS EN QUE PROCEDE EL SECUESTRO
PREVENTIVO.- ARTICULO 142 Pr.

3.- MODO DE PROCEDER.

4.- EFECTOS DEL SECUESTRO PREVENTIVO.

IV.- SECUESTRO PREVENTIVO DE BIENES.-

1.- NOCIÓNES PREVIAS.

El artículo 2212 del Código Civil regula el derecho de prenda general que tiene el acreedor sobre todos los bienes de su deudor.- Esta es la garantía más amplia que concede la Ley al acreedor, pero no precisamente la más eficiente, pues también regula las cauciones, que son suertes de garantías y que cumplen la función de proteger más cumplidamente el pago de la obligación.

En efecto, por medio de la caución el acreedor tiene como garantía para el pago de la obligación, bien varios patrimonios o determinados bienes.- Pero también el derecho regula un sinnúmero de garantías que, aunque no cumplen el eficiente papel de las cauciones, sí proporcionan mayores facilidades al acreedor; dentro de éste rubro se encuentra incluido el secuestro preventivo de bienes, que no tiene más finalidad que la de garantizar al sujeto activo del derecho de crédito contra actuaciones maliciosas, o comprometedoras de su patrimonio por parte del deudor.- Por esa razón es que nuestro Código de Procedimiento Civiles regula detalladamente la garantía a que nos hemos referido en los artículos 142 a 155.

2) ESTUDIO DE LOS CASOS EN QUE PROCEDE EL SECUESTRO PREVENTIVO.- ARTICULO 142 PR.

El artículo 142 Pr. establece que puede también preceder al juicio el secuestro de bienes muebles o inmuebles a petición de parte, en los casos que a continuación examinaré brevemente.-

1a.- CUANDO REIVINDICANDOSE UNA COSA CORPORAL HUBIERE MOTIVO DE TEMER QUE SE PIERDA O DETERIORE EN MANOS DEL POSEEDOR.-

El caso antes mencionado lo confirma nuestra Ley en el artículo 903 del Código Civil, que dice: "Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir su secuestro; y el poseedor será

obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir".-

Cabe destacar como primera premisa para la correcta inteligencia de este caso, que el Código Civil nos viene a confirmar una cuestión que el artículo 142 No. 1o., únicamente nos permite deducir, pues el C. nos habla claramente de reivindicación de cosa mueble, en cambio el Pr. únicamente habla de cosa corporal, pero adelante añade que procederá el secuestro preventivo cuando hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor.- De simple lógica resulta concluir que no puede referirse más que a una cosa mueble, pues es la única susceptible de estar en "manos" del poseedor.-

quiero además recordar que las acciones posesorias no tienen efecto en relación a las cosas muebles, en virtud del axioma jurídico que viene desde tiempos de los romanos, por el cual se presume dueño al poseedor de cosa mueble y en consecuencia, únicamente se le concede acción reivindicatoria.-

Ahora bien, ¿por qué en este caso específico que estudio, únicamente se permite el secuestro preventivo tratándose de reivindicación de cosa mueble?

Nuestra ley casi lo da a entender en el número primero del artículo 142 Pr., pues leyendo detenidamente dicha disposición, infiero que el pensamiento del Legislador ha sido que resulta muy fácil para aquél a quien se demanda una cosa mueble, deteriorarla o simplemente "perderla", al tal que le es muy poco favorable el desenvolvimiento del proceso reivindicatorio.- Con un bien inmueble ésto resulta físicamente imposible y es muy difícil que un demandado se aventure a causar daños al inmueble con el fin de perjudicar al actor, tomando en cuenta que resulta relativamente fácil probar dichos daños y deducir las acciones correspondientes contra el infractor.-

20.- CUANDO EL DEUDOR PRETENDE ^{transf. el dominio} SUSTRAER O ENAJENAR EL TODO O LA MAYOR --
PARTE DE SUS BIENES.-

En este caso lo que pretende la ley es amparar al acreedor contra }
la mala fe del deudor, que ante la inminencia de una ejecución for- }
zada de la obligación, con fines defraudatorios, se dedica a sustra }
er o enajenar sus bienes.

Conviene destacar el significado preciso que debe darse a los térmi-
nos "sustraer y enajenar" que emplea nuestra Ley.- Por enajenación
entiendo la transferencia del dominio de un bien o la constitución
de cualquier derecho real sobre él; sin embargo sostengo que para -
los efectos de este numeral únicamente debe aceptarse dicho concep-
to en lo relativo a la transferencia de dominio, pues creo que la -
constitución de derechos reales no justifica, en manera alguna, la
precedencia del secuestro preventivo.

Con respecto al término sustraer, que significa separar, apartar u-
na parte del todo, creo que debe entenderse en un sentido eminentem-
ente jurídico, sin tomarlo en un sentido general y substancialmente
material.- Fácilmente podría concluirse que el simple traslado de -
bienes por parte del deudor, con el objeto de separarlos de su masa
de bienes, y de ocultarlos para hacer difícil su persecución al acre-
edor, constituyen una sustracción; pero la verdad es que la sustrac-
ción que tiene verdadera relevancia jurídica como para merecer un -
secuestro preventivo, es aquella en que se separan los bienes por me-
dio de actos o contratos en los cuales se transfiere el dominio de
los mismos.- En definitiva concluyo que el término sustraer, debe -
entenderse como sinónimo de enajenación.

30.- CUANDO SEA EXTRANJERO NO DOMICILIADO EN EL PAIS. ✓

El artículo 150 de nuestra Constitución política señala que todos -
los hombres son iguales ante la Ley y que para el goce de los dere-
chos civiles, no se podrán establecer restricciones que se basen en
diferencias de nacionalidad.- Como podemos ver, los extranjeros es-

tán equiparados a los nacionales en cuanto al goce de los derechos civiles, pero esto no debe llevarnos a pensar que en la mente de nuestro Legislador constitucional estuvo permitir la defraudación de nacionales al amparo de dicha equiparación. Resulta muy fácil comprender que cuando el sujeto pasivo de un derecho de crédito es un extranjero no domiciliado, el acreedor se encuentra en una situación sumamente desventajosa, que eventualmente puede hacérsele muy difícil lograr la ejecución de la obligación y esa es la razón por la cual se le permite solicitar secuestro preventivo de bienes.

Con respecto al concepto de domicilio me remito a lo que dispone el artículo 57 C., que lo hace consistir en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.

46.- EN EL CASO DEL ARTICULO 905 C.

El artículo 905 C. dice: "La acción reivindicatoria se extiende al embargo, en manos de tercero, de lo que por éste se deba como precio o permuta al poseedor que enajenó la cosa".-

El caso que contempla el artículo anteriormente citado es bastante difícil de entender, por lo que para su mayor inteligencia me permito dar un ejemplo: Supongamos que Juan es propietario de un inmueble del cual Pedro entra en posesión y lo vende a Luis. Luis no cumple con su obligación de pagar el precio, por lo que Pedro inicia el cumplimiento forzado de la obligación embargando finalmente bienes propios de su deudor. Juan al darse cuenta que ha sido despojado de su inmueble, entabla acción reivindicatoria contra Pedro, acción que, tal como lo dice el 905 C., se extiende a lo que Pedro ha embargado a Luis.

Me toca ahora establecer la mecánica mediante la cual puede operar el artículo 142 Pr.- En el ejemplo antes visto, nos hemos dado cuenta que es preciso el uso de la acción reivindicatoria por parte del propietario del inmueble, pero ya sabemos que el uso de dicha acción supone un estudio previo de las circunstancias de hecho que neces-

riamente hacen perder al actor un tiempo precioso, en el cual puede verse defraudado por el poseedor.- Para evitar esta situación es -- que el artículo 142 No. 4o. Pr., permite al propietario el secuestro previo al ejercicio de la acción reivindicatoria.- Por demás está - decir lo justificada que está nuestra Ley en este punto.

5o.- CUANDO AL PRACTICARSE INSPECCION POR DELEGADOS DE LA AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA O DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CUENTAS, EN LA CONTABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS QUE DE CONFORMIDAD CON LA LEY MANEJEN FONDOS O VALORES DEL ESTADO, SE HALLAREN FALTANTES CUYO MONTO SEA SUPERIOR AL DE LA CANTIDAD AFIANZADA PARA GARANTIA DEL FISCO; DEBIENDO LIMITARSE EL SEQUESTRO, EN ESTE CASO, HASTA ESA CANTIDAD FALTANTE DETERMINADA EN LA CERTIFICACION A QUE SE REFIERE EL INCISO 2o. DEL ARTICULO 146 DE ESTE CODIGO, MAS LOS ACCESORIOS DE LEY.- EL SEQUESTRO PODRA DIRIGIRSE, A LA VEZ, CONTRA LOS BIENES PROPIOS DEL FUNCIONARIO RESPONSABLE Y CONTRA LOS DEL FIADOR.-

La ley suele ser muy celosa en la protección de los fondos públicos.- Cuando un funcionario defrauda al Estado, nuestra Ley permite que antes de ejercitarse las acciones correspondientes contra el infractor, se secuestren bienes propios de éste o de su fiador, con el fin de garantizar adecuadamente la recuperación de los fondos defraudados.

En este numeral nuestra ley se refiere a la Auditoría General de la República y al Tribunal Superior de Cuentas, Instituciones que ya no existen y que han sido sustituidas por la Corte de Cuentas de la República.

3) MODU DE PROCEDER.

Estudiaré a continuación las características y problemas de mayor notoriedad en el trámite señalado por nuestra Ley para la obtención de un secuestro preventivo de bienes.

a) FORMALIDADES DE LA PETICION.

Según lo que dispone el artículo 143 Pr., el secuestro deberá pedir

se por escrito o verbalmente según fuere la naturaleza del juicio - que se siga o deba seguirse y el artículo 145 Pr. añade que en la - petición deberá expresarse con toda precisión, el valor de la deman - da que va a entablarse o el de la cosa que se reclama.

he permitido recordar que el secuestro no necesariamente opera como - acto previo, ya que según lo dispone el artículo 155 Pr., también - puede pedirse en el curso del juicio.

b) LA FIANZA EN EL SECUESTRO PREVENTIVO.

El artículo 146 Pr. dispone que: "Cuando se pida un secuestro, sin fundarlo en título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque se absuelva al demandado".

De la disposición anterior resulta obvio que el secuestro preventivo puede fundarse o no, en título ejecutivo.- Esto me obliga en primer lugar, a establecer lo que debe entenderse por título ejecutivo, pues variadas y un tanto confusas han sido las opiniones vertidas - respecto a este punto, pero justo es reconocer la labor altamente - clarificadora que ha tenido mi respetado profesor Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz p., quien ha llegado a concluir que debe entenderse por - título ejecutivo el acto o contrato que debidamente legalizado en un documento, puede servir para perseguir ejecutivamente el cobro de una obligación.- me parece acertada tal conceptualización por lo que la acepto plenamente.

Ahora bien, nuestra Ley dice que si el secuestro no se funda en título ejecutivo, el actor dará fianza; siendo éste el caso de mayor ocurrencia en la práctica y que no presenta problemas relevantes, - salvo el de señalar que nuestra Ley no ha determinado el procedimiento a seguir para rendir tal fianza, que dicho sea de paso forzosamente debe ser una fianza, pues no se han concedido las facultades de consignar la cantidad mandada afianzar, o bien de rendir prueba de - posesión de bienes raíces suficientes para cubrir la cantidad de -

la fianza.- Entiendo que la omisión en cuanto al procedimiento de la fianza, es un verdadero vacío legal que debe suplirse con elementos integradores y a primera vista resulta muy cómodo sostener que, por analogía, debe aplicarse el procedimiento señalado en el artículo 19 inciso 3o. Pr.; sin embargo, creo que por la naturaleza urgente del secuestro preventivo, debe rechazarse tal analogía y sustituirse por un procedimiento breve y sencillo, que en ningún caso prescriba apertura a pruebas.

-di 2
cuál es
el Poder

El Secuestro preventivo también puede fundarse en título ejecutivo y en este caso no es necesaria la rendición de fianza.- Resulta un tanto difícil imaginarse este caso, tomando en cuenta que cuando se tiene un título ejecutivo lo más lógico es que la parte actora entable directamente el juicio ejecutivo, en el cual obtendrá como primera resolución el decreto de embargo de bienes.- Meditando seriamente la cuestión, he llegado a pensar que nuestro Legislador al mencionar este caso, tomó en cuenta que los elementos de la acción ejecutiva son: título ejecutivo, relación acreedor-deudor, exigibilidad de la obligación y liquidez; de tal manera que se puede tener un título ejecutivo sin que la obligación sea exigible por falta de cumplimiento del plazo, etc.- Podría suceder que el tenedor de un título ejecutivo, por la razón apuntada, se vea en la necesidad de secuestrar preventivamente los bienes de su deudor al ejecutar éste maniobras tendientes a su defraudación y nuestro Legislador creyó - que en vista de la fuerza jurídica del título ejecutivo, no es necesario exigir rendición de fianza al acreedor.- Pero de todas maneras la regulación me parece un tanto absurda, pues el artículo 154 Pr. dispone que el actor debe entablar la demanda dentro de ocho días de practicada el secuestro, con lo cual se limita notablemente el campo de aplicación del secuestro fundado en título ejecutivo.- Me parece más razonable, para este caso, conceder al actor un plazo más amplio dentro del cual deba entablar su demanda.

Título Ejecutivo

c) PRUEBA.

Me toca establecer aquí dos aspectos fundamentales que consisten en

determinar sobre qué debe versar la prueba en un secuestro preventivo y cómo debe rendirse dicha prueba.

Con respecto a la segunda cuestión debe tomarse en cuenta en primer lugar, lo que dispone el artículo 143 Pr., que señala que ni para recibir la información ni para dictar un secuestro, se citará a la persona contra quien éste se pida. - Resulta lógica esta exigencia - pues si con este acto previo lo que se pretende es paralizar las medidas defraudatorias del deudor, la mejor manera de garantizar dicha finalidad es la omisión de citación al deudor. - En segundo lugar, - tengo que precisar cuál es el procedimiento a seguir para la obtención del secuestro preventivo y con respecto a éste no me cabe duda alguna que la solución se encuentra en el artículo 1254 Pr., que dispone que "en los asuntos de mera jurisdicción voluntaria, para la práctica de diligencias, no será necesario señalar lugar, día y hora, salvo que sea para remates o cuando se hubiere presentado persona haciendo oposición". *1254*

En relación a los extremos a probar el artículo 144 Pr. es claro al señalar que "el que pida el secuestro deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita".

Con relación al derecho para gestionar lo hago consistir en la prueba que debe rendir el peticionario en lo que se refiere a su condición de acreedor o bien de representante legal o sucesor de éste y en lo que respecta a la necesidad de la medida que se solicita, debe tomarse en cuenta que ésta consiste en la ubicación del caso en alguno de los numerales que contempla el artículo 142 Pr. y en consecuencia, la prueba debe referirse al numeral que se invoque. *Se debe en su favor.*

4) EFFECTUS DEL SEQUESTRO PREVENTIVO.

Dos son los efectos principales del secuestro preventivo, siendo el primero de ellos el contemplado en el artículo 151 Pr. que dice: "El secuestro surtirá todos sus efectos, no obstante cualquiera excepción o recurso que contra él se interponga; y si recayere sobre bienes raíces,"

se anotará preventivamente en el Registro de la Propiedad como en el caso del número (20.) del artículo 719 C., teniendo entonces el acreedor la preferencia establecida en el artículo 722 del mismo Código".

Por su parte, el artículo 722 C. estableció en su inciso 1.º que: "El acreedor que obtenga anotación a su favor en el caso del número 20. del artículo 719, tendrá derecho preferente en cuanto a los bienes anotados, respecto de otros acreedores del mismo deudor por créditos contraídos o reconocidos por documento o confesión, con posterioridad a la anotación".

Para garantizar aún más la eficacia del secuestro preventivo, nuestra Ley establece que éste surte efecto no obstante cualquier excepción o recurso y añade que si recae sobre bienes raíces y se anota preventivamente, entonces goza de preferencia en los términos a que se refiere el artículo 722 C.- Es lógica esta preferencia, pues de lo contrario el deudor podría fácilmente burlar al acreedor simulando créditos o reconociendo deudas con posterioridad a dicha anotación.

El segundo efecto del secuestro preventivo es el señalado en el artículo 154 Pr. Inciso 1.º que se lee: "Practicado el secuestro, el actor deberá entablar su demanda dentro de ocho días y si no lo verificare, se levantará el secuestro a solicitud del demandado, sin otro procedimiento".

Resulta fácil comprender los innumerables perjuicios que el secuestro preventivo de bienes causa al deudor, por esa razón es que el Legislador establece que el actor debe entablar su demanda en un plazo de ocho días contados desde la práctica del secuestro; sin embargo me parece un tanto limitado dicho plazo y considero sería preferible un término de -- por lo menos quince días.- En lo que se refiere al secuestro preventivo que se funda en título ejecutivo, ya anteriormente he expuesto mi opinión, por lo que me remito a lo dicho.



V.- EXHIBICION DE DOCUMENTOS.

1.- NOCIONES PREVIAS Y DELIMITACION DEL EXACTO CAMPO DE APLICACION
DEL REFERIDO ACTO PREVIO.

2.- MODO DE PROCEDER.- PROBLEMAS QUE ORIGINA.

V.- EXHIBICION DE DOCUMENTOS

I.- NOCIONES PREVIAS Y DELIMITACION DEL EXACTO CAMPO DE APLICACION DEL REFERIDO ACTO PREVIO.

Nuestra Ley regula la exhibición de documentos en el artículo 156 Pr., que textualmente se lee: "Toda persona tiene derecho para pedir que otra exhiba, ^{forzosamente} ante el Juez competente, los documentos públicos o privados o bienes muebles que necesite para preparar una acción, o para defenderse de la intentada contra él.-" ^{auténticos?}

Esta exhibición podrá también pedirse por cualquiera de las partes ^{no es acto previo?} en el curso del juicio o por un tercero que se presente como opositor. De los documentos exhibidos se tomará razón en el juicio a solicitud de partes."

Existen determinadas situaciones en la vida práctica en que tanto el actor como el reo necesitan, para la correcta invocación de sus pretensiones, tener a la vista documentos o bienes muebles en poder de la contraria.- Pero muy a menudo resulta, como una consecuencia de la naturaleza humana, que tanto el actor como el reo no están dispuestos a proporcionar a su contrario los elementos de juicio que posteriormente repercutirán en su contra; es por eso que el Legislador, tratando de llevar moralidad al proceso, ha regulado la exhibición forzosa de documentos, señalando, tal como adelante lo veremos, las sanciones para la parte que no cumple con dicha exhibición.

Un aspecto que quiero dejar bien claro es que por disposición expresa del mismo Legislador, el acto previo en estudio no funciona necesariamente como tal, pues el artículo antes transcrito en su inciso 2o., señala que puede pedirse "en el curso del juicio".-

También deseo señalar que la exhibición no es exclusiva del proceso civil, pues en los procesos mercantiles tiene perfecta aplicación en virtud de lo que dispone el artículo 33 del Código de Comercio.- Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 350 del Código de Trabajo.

Con
Por la escasa experiencia que he tenido en nuestros Juzgados de lo Civil, me he dado cuenta de la incorrecta aplicación que se hace de la exhibición de documentos, tanto de parte de jueces como de los litigantes; por eso es necesario fijar el exacto campo de aplicación del acto previo en estudio.

El artículo 156 Pr. me da alguna luz para tal propósito, al señalar que se puede pedir la exhibición "para preparar una acción o defenderse de la intentada", lo cual me lleva a pensar que en la mente del Legislador se configuró la procedencia de la exhibición de documentos, únicamente cuando éstos son necesarios para el ejercicio de una acción o excepción y además, cuando resulta imposible obtenerlos por otros medios.- Esto último no lo dice la Ley, pero es la única conclusión lógica a que se puede llegar después de examinar los principios en que se fundamenta la prueba en nuestro sistema procesal.- De otra manera tendríamos que aceptar que las compulsas, los testimonios extendidos por la Corte Suprema de Justicia, etc., de nada sirven.- Algunas jurisprudencias han confirmado este punto de vista.-

Es conveniente añadir que nuestra Ley permite la exhibición de documentos públicos, privados y de bienes muebles.- Sabido es que nuestro Código de Procedimientos Civiles, a diferencia del Código Civil, tiene una división tripartita de los documentos -públicos, privados y auténticos- por lo cual llama la atención que el artículo 156 Pr. únicamente se refiera a los públicos y privados, dejando por fuera los auténticos.- Me imagino que nuestro Legislador pensó que, como los documentos auténticos son los expedidos por funcionarios públicos, se hacía innecesario permitir su exhibición, ya que bastaba al interesado solicitar la compulsas correspondiente.

Aunque en términos generales es correcta esta manera de pensar, creo que pueden darse casos remotos en que se haga necesaria la obtención de un documento auténtico por medio de la exhibición, motivo por el cual me parece que hubiese sido preferible que el Legislador permitiera la exhibición de documentos auténticos.

Para finalizar este apartado, quiero mencionar que muchos han criticado la exhibición de documentos [señalando que prácticamente son imposibles los casos en que pueda aplicarse y tal vez por eso es que algunos jueces han decretado exhibiciones en que francamente se ha llevado la Ley a extremos que ésta no permite.- Reconozco que no son muy fáciles los casos para su aplicación, pero esto no es argumento para su aplicación arbitraria.- Concretamente señalo que existe un fértil campo de aplicación de la exhibición de documentos en los casos de liquidación de sociedades de hecho que contempla el Código Civil en el Artículo 1815.-

2.- MODO DE PROCEDER.- PROBLEMAS QUE ORIGINA.

Respecto al modo de proceder, los artículos 157, 158 y 159 Pr., disponen lo siguiente: "La persona de quien se exijan los documentos o cosas muebles, deberá presentarlos al Juez si los tuviere, y no teniéndolos, cumple con manifestarlo así o con dar razón del lugar donde se hallen o de la persona que los tenga, si lo supiere; pero si esto no fuere cierto, pagará dicha persona a la parte contraria, las costas, daños y perjuicios que le haya ocasionado".- *Pendida la exhibición, el Juez dará audiencia por cuarenta y ocho horas a la parte contraria.- Si no fuere evacuada dicha audiencia, se tendrá desde luego por renunciada y se decretará la exhibición.- En caso de que se evacúe dentro de aquél término, se resolverá el artículo si la cuestión fuere de puro derecho, si fuere de hecho se recibirá a prueba por ocho días improrrogables, concluidos los cuales, sin otro trámite, se resolverá la conveniente*.- "Al decretar el Juez la exhibición fijará un término prudencial para que se verifique.- Si concluido el que se designe no cumple la parte obligada, el Juez, a petición de la contraria, la condenará a indemnizar los daños y perjuicios que cause la falta de exhibición".-

El modo de proceder presenta, a mi juicio, tres modalidades bien definidas que a continuación pasaré a examinar:

- a) Cuando se pide una exhibición, el Juez debe conferir audiencia por 48 horas a la parte contraria y si no fuere evacuada, nuestra Ley presume que la parte tiene los documentos y le ordena su presentación.- Es

te es uno de los casos en que el silencio tiene efectos afirmativos y me parece adecuada la sanción establecida por la Ley, pues de lo contrario poco efecto podría tener la exhibición de documentos.

b) También puede suceder que la parte contraria conteste la audiencia manifestándole al Juez que considera que a pesar de tener efectivamente los documentos, no tiene obligación legal alguna de presentarlos.— Es obvio que la cuestión en este caso es, tal como lo dice la Ley, de puro derecho; o sea que el Juez no tiene más que resolver si legalmente existe obligación o no de presentar los documentos y por consiguiente, resulta innecesario cualquier otro trámite.— En este sentido debe entenderse el caso en estudio.

c) El artículo 158 establece que si la cuestión fuere de hecho, se recibirá a prueba por ocho días improrrogables, después de los cuales se resolverá lo conveniente.— Este caso puede darse cuando ^① a quien se confiere la audiencia la contesta, manifestando que no tiene dichos documentos o bien que los tiene otra persona; pues entendemos que si simplemente se limita a confesar que los tiene, la cuestión es realmente de mero derecho y se tramita de conformidad a lo que he expuesto anteriormente.

Es lógico que si se niega la tenencia de los documentos, es necesario abrir a pruebas por ocho días para que las partes presenten las pruebas pertinentes en apoyo a sus afirmaciones, en base a las cuales el Juez resolverá definitivamente lo conveniente conforme a derecho.

Para finalizar quiero señalar que al decretarse la exhibición de documentos, el Juez fijará un término prudencial para que se verifique, y en caso de incumplimiento del obligado, deberá condenársele a la indemnización de daños y perjuicios.— Sobre este aspecto resulta innegable lo difícil que es establecer el monto de dicha indemnización, pero la verdad es que el Juez tiene un amplio radio de acción para fijar dicho monto, con la salvedad que, creo, el interesado debe tener sumo cuidado en aportar las pruebas que den al Juez los suficientes elementos de juicio para resolver adecuadamente.

*
*
*
*
*
*
*

VI.- ACECHANZA.

1.- NOCIONES PREVIAS.- FUNDAMENTO HISTORICO DE SU REGULACION LEGAL.

2.- REQUISITO SINE QUA NON PARA LA PROCEDENCIA DE ESTE ACTO PREVIO.

3.- MODU DE PROCEDER. PROBLEMAS QUE ORIGINA.

4.- INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO ACTUAL PARA LA VIGENCIA DE LA ACECHANZA.-

VI.- ACECHANZA.

1.- NOIONES PREVIAS.- FUNDAMENTO HISTORICO DE SU REGULACION LEGAL.

Este acto previo está regulado en el artículo 160 Pr. que textualmente dice: "Cuando una persona que tiene que ausentarse recela que otro -- acecha el momento de su partida para estorbárselo moviéndole pleito, podrá presentarse al Juez que debiera conocer de la demanda, para que desde -- luego se le ponga ésta; y el Juez dará traslado de la petición a la parte contraria por tercero día y con lo que conteste ó en su rebeldía resolverá dentro de los tres días siguientes lo que corresponda, señalando en su caso el término de ocho días para que el demandado entable su acción, so pena de que si no lo hiciere así, no se dará curso a su demanda sino hasta que la otra parte vuelva de su viaje".-

Con la acechanza pretende combatirse la conducta de aquellos que con el fin de estorbar el viaje de una persona, le promueven juicio para lograr tal fin. La existencia de este acto previo sólo se justifica en aquellas legislaciones en que es forzosa la concurrencia personal del demandado en el proceso y que desconocen instituciones jurídico-procesales como la declaratoria de rebeldía y la procuración.

Es indudable que nuestro Legislador no fué oportuno al regular la acechanza, que data desde nuestro primer Código de Procedimientos Civiles, pues desde entonces se reconoció tanto la declaratoria de rebeldía, como la procuración.- En consecuencia, me pronuncio por sostener que la acechanza, desde cualquier ángulo que se la mire, constituye un injerto nada feliz de otras legislaciones con características muy diferentes a las nuestras.

2) REQUISITO SINE QUA NON PARA LA PROCEDENCIA DE ESTE ACTO PREVIO.

En vista de la inclusión nada oportuna de la acechanza y de los innumerables problemas que su trámite e interpretación ocasionan, considero que su aplicación práctica debe tratar de limitarse exigiendo la concurrencia de determinados requisitos para su procedencia.- Aunque justo es reconocer que no conozco casos de su aplicación práctica.

De la lectura del artículo 160 Pr., deduzco que nuestro Legislador, de una manera muy incipiente, tuvo conciencia de la poca objetividad de este acto previo y por eso es que reguló que procede cuando se "recela - que otro acecha el momento de su partida para estorbárselo moviéndole -- pleito", con lo cual vino a establecer un requisito que implica un ánimo especial consistente en la conciencia de promover un pleito con el fin - de estorbar el viaje de otro.- Este requisito lo considero de muy difícil prueba y que puede ser un instrumento para la rigidez del criterio judicial a fin de evitar la facilidad en el empleo de la acechancia.- En otras palabras, considero que esta exigencia debe entenderse como un verdadero requisito sine qua non para la procedencia del acto previo que estudiamos.

3) MODO DE PROCEDER.- PROBLEMAS QUE ORIGINA.

Antes de iniciar el estudio detallado del modo de proceder, quiero se ñalar que nuestra Ley establece que puede hacer uso del procedimiento de acechancia quien tiene que ausentarse, pero no especifica los términos de esa ausencia; ya que una persona puede ausentarse de su domicilio a otro lugar de la República o bien al extranjero.- Quiero dejar bien claro que en mi sentir, únicamente se justifica la procedencia de la acechancia, a pesar del silencio del Legislador, en el caso de viaje al extranjero.

Para mejor entendimiento, estudiaré a continuación el modo de proceder analizando sus aspectos más notables:

- a) El peticionario deberá presentar su escrito ante el Juez que debiera conocer de la demanda, quien dará traslado de la petición a la parte contraria.
- b) Con lo que conteste la parte contraria o en su rebeldía, resolverá - dentro de los tres días siguientes el Juez.- Para esta etapa del procedimiento, es necesario hacer algunas consideraciones con el fin de interpretar debidamente la Ley.- En primer lugar noto que nuestra Ley habla de rebeldía, por lo que puede concluirse que en este caso deben aplicarse las reglas generales de la rebeldía en el juicio contencioso, ésto es, debe declararse rebelde al que recibió el traslado y te-

se por contestado en sentido negativo el escrito del peticionario; sin embargo, me parece que no cabe aún la aplicación de las reglas de la rebeldía del juicio contencioso, pues como lo he sostenido en la introducción de esta tesis, todos los actos previos están incluidos en el rubro de la jurisdicción voluntaria y en consecuencia no deben aplicársele las reglas del juicio contencioso.- Creo que en el caso que analizo, el peticionario debe acusar la rebeldía y el silencio de la parte contraria no debe entenderse ni afirmativo ni negativo, siguiéndose a continuación el trámite tal como lo exponeré adelante.

También puede suceder que el traslado sea contestado afirmativa o negativamente, lo cual implica algunas modalidades en el procedimiento que veré en el siguiente apartado.

- c) Establece el artículo 160 Pr. que con lo que conteste la parte contraria o en su rebeldía, resolverá el Juez dentro de los tres días siguientes lo que corresponda, señalando en su caso el término de ocho días para que el demandado entable su acción.- Cuando hay contestación afirmativa de la -- parte contraria, implica ésto, una confesión de su parte por lo cual queda relevado el peticionario de aportar prueba alguna y el Juez debe resolver previniendo que se entable la demanda en el término de Ley.- Si la -- parte contraria contesta negativamente o guarda silencio, es obvio que el peticionario debe aportar la prueba pertinente para lograr el triunfo de sus pretensiones; ahora bien, cómo debe aportarse esta prueba?

En mi sentir debe aplicarse la regla general señalada para los procedimientos de jurisdicción voluntaria, consignada en el artículo 1254 Pr.

- d) Como punto final del procedimiento, establece nuestra Ley que debe prevenirse a la parte contraria que en el término de ocho días entable su acción, so pena de que si no lo hiciere así, no se dará curso a su demanda sino hasta que la otra parte vuelva de su viaje.

En este punto vemos una innegable imprecisión de nuestro Legislador al señalar que no se dará curso a la demanda hasta que la otra parte vuelva de su viaje, sin especificar el plazo máximo de duración de dicho viaje.

Esto resulta absurdo porque si la parte tarda en su viaje, pongamos por ejemplo dos años, resulta claro los perjuicios que se pueden ocasionar al eventual demandante.- Creo que el Legislador, por tratar de evitar la mala fe, lo cual es muy correcto, ha adoptado una posición nada aconsejable que puede producir verdaderas injusticias.

4) INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO ACTUAL PARA LA VIGENCIA DE LA ACECHANZA.

Algo he adelantado sobre esto en párrafos anteriores y con mayores detalles recalco aquí, que no existe en nuestro sistema procesal fundamento alguno para la vigencia de la acechanza y creo que lo preferible sería desterrarlo de nuestro sistema legal.

En efecto, nuestra Ley regula ampliamente la procuración y en el artículo 219 Pr. establece que perfectamente puede emplazarse al apoderado de un ausente siempre y cuando tuviere poder suficiente; de tal manera que cuando una persona va a emprender un viaje y es demandada con el fin de estorbarle el viaje, la verdad es que tal estorbo es muy fácil de eliminar confiriendo poder a un abogado para que la represente en el juicio, con lo cual puede emprender sin preocupación alguna su viaje y de ninguna manera puede sostenerse que esto le impida o estorbe verificarlo.- Como vemos, se hace innecesario el procedimiento de acechanza, y no existe fundamento alguno para mantenerlo vigente.

*

*

VII.- JACTANCIA.-

1.- NOCIONES PREVIAS. DISCUSION EN EL PLANO DOCTRINARIO SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA JACTANCIA.

2.- MODO DE PROCEDER. LA FIANZA EN LA JACTANCIA.

3.- EL PERPETUO SILENCIO. SUS EFECTOS.-

VII.- JACTANCIA.

I.- NOIONES PREVIAS.- DISCUSION EN EL PLANO DOCTRINARIO SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA JACTANCIA.

El artículo 161 Pr., regula la jactancia así: "Cuando alguno se jactare de que otro le es deudor o responsable de alguna cosa o acción, puede éste pedir que aquél formalice su demanda.- El Juez dará traslado de la solicitud por tres días a la parte contraria: si ésta en su contestación niega la jactancia, se abrirá el juicio a prueba por ocho días.- Si no la niega o si la confesare, el Juez le ordenará que dentro de ocho días perentorios proponga su demanda en la forma debida: interpuesta, se substanciará según la naturaleza de la acción, pero si no se interpone en el término fijado, el Juez, a petición de la otra parte, impondrá al jactancioso perpetuo silencio con condenación de costas; lo mismo hará en el caso en que, negada la jactancia, se justificare, entendiéndose que el perpetuo silencio implica en todo caso la prohibición de intentar la demanda en lo sucesivo".-

La palabra jactancia es una voz derivada del latín -lactantia- que significa alabanza propia, desordenada y presuntuosa.- Según manifiesta el autor uruguayo don Rafael Gallinal, los orígenes de la jactancia se remontan al derecho romano y se permitía su uso a aquellos manumitidos a quienes se les negaba la condición de tal, con el fin que pudieran desafiarse al jactancioso para que justificara esa pretensión.- También las Partidas regula en el acto previo en estudio.

El artículo 14 Pr. señala que no puede obligarse a nadie a mostrarse actor, salvo en los casos de los artículos 160 y 161.- En el caso particular de la jactancia, resulta fácil de comprender lo preceptuado en el artículo 14 Pr. antes citado, pues a nadie escapa que cuando una persona públicamente se jacta que otra le es deudora, que tienen relaciones parentales, etc., es indudable que le puede ocasionar innumerables perjuicios tanto de orden económico como moral.- Si nos ponemos a pensar que alguien manifiesta públicamente que le estamos debiendo algo, que es pro

pietario de un inmueble nuestro, etc., es innegable que ésto nos perjudica económicamente, pues nos pone en entredicho en relación a nuestra solvencia económica.- Pero también puede suceder que las manifestaciones públicas consistan, por ejemplo, en atribuirse la condición de hijo de alguien y ésto ocasiona perjuicios de otro tipo que van encaminados a poner en entredicho la solvencia moral de las personas.

Por todas estas razones es que nuestro Legislador regula la jactancia, con el fin de proteger los intereses que antes he mencionado y se aparta de la regla general según la cual nadie puede ser obligado a demandar.

A pesar de los laudables fines que persigue la jactancia, hay autores como Olivieri, Giattanza y Lagarmilla, que discuten su fundamento argumentando que este procedimiento es excesivo e injusto, pues por medio breves y sencillos y casi sin forma de juicio, puede invalidarse un derecho sustantivo, sobre todo que con el plazo tan corto que se da, se pone al actor en la situación de hacer uso de sus derechos en una forma precipitada. Aducen además que por medio de la acción de daños y perjuicios pueden tutelarse los intereses que con la jactancia se pretende.

Sin negar la fuerza de las argumentaciones anteriores, soy del sentir que es preferible mantener la vigencia de la jactancia, tomando en cuenta que la vía de la acción de daños y perjuicios es sumamente complicada y - que pondría en una franca desventaja a los afectados por las actuaciones jactanciosas de otros.- Por otra parte, si se alega que es muy corto el - plazo para interponer la demanda, me parece que en este caso lo preferible es ampliar dicho plazo y no propugnar la derogación del acto previo que - examinamos.

2.- MODO DE PROCEDER.- LA FIANZA EN LA JACTANCIA.

Siguiendo mi costumbre, estudiaré el modo de proceder examinando las diversas etapas del procedimiento señalado por la Ley:

- a) Quien desee hacer uso del procedimiento de jactancia debe presentar - un escrito ante el Juez competente.-siguiéndose las reglas generales

de la competencia- manifestando los fundamentos de hecho y derecho en que basa su petición.- De esta petición el Juez dará traslado por tres días a la parte contraria.

- b) Al recibir el traslado la parte contraria, pueden suceder las siguientes hipótesis: que no lo conteste, que lo conteste afirmativamente, que lo conteste negativamente, que lo conteste en una forma ambigua o que en sus contestaciones -en cualquier sentido- solicite además que se ordene al peticionario rendición de fianza.

En primer lugar trataré lo relativo a la procedencia de fianza en la jactancia, sobre todo porque este tema ha originado muchas discusiones en nuestro ambiente jurídica.

La mayoría de nuestros jurisconsultos sostienen la procedencia de dicha fianza, en virtud de que los artículos 18 y 19 Pr. regulan la fianza - en un sentido general, aplicable a todos los juicios y sin hacer distinciones de ninguna naturaleza, por lo que no hay razón para sostener que no procede en el caso que estudiamos.

Por mi parte me parece errado tal criterio, pues opino que los artículos 18 y 19 Pr., aunque bien es cierto que regulan la fianza en un plano general aplicable a todo juicio, la verdad es que examinando detenidamente dichas disposiciones, se llega a la conclusión que se refieren a la fianza en el juicio contencioso y en manera alguna son aplicables a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, pues en estos procedimientos únicamente puede exigirse la rendición de fianza cuando la ley expresamente lo permite, cosa que aun no sucede.

Esto no indica que me pronuncie por negar el fundamento práctico de la fianza en la jactancia y me parece que es una omisión del Legislador - que debe superarse reformando el artículo 161 Pr.

Dije además que puede suceder que la parte contraria niegue la jactancia, por lo cual prescribe nuestra ley que deberá abrirse a prueba por ocho días, vencidos los cuales el Juez resolverá lo pertinente. Adelante

te estudiaré la continuación del trámite.

Dispone el artículo 161 Pr. que si la parte no niega la jactancia o si la confesare, el Juez le ordenará que dentro de ocho días interponga su demanda.- Sobre ésto es necesario que haga algunas consideraciones: cuando la parte lisa y llanamente confiesa, es obvia la improcedencia de otra prueba, pues sabemos que en nuestro sistema procesal la confesión releva de prueba al actor, sin embargo me permito recordar que ésto opera cuando se trata de una confesión pura y simple, pues si es calificada se vuelve indivisible y en consecuencia se hace necesaria la aportación probatoria.

Cuando la parte no niega la jactancia, nuestro Legislador la sanciona ordenando al Juez le haga la prevención que antes he mencionado. Creo indispensable aclarar debidamente esta situación, manifestando que entiendo que no se niega la jactancia cuando la parte que recibe el traslado guarda silencio, o bien cuando su contestación la hace en tal forma que resulta imposible deducir si acepta o niega el dicho del actor. Nuestra ley soluciona estos casos sancionando al que guarda silencio o al ambigüo, ordenando se le haga la prevención de ley.- Resulta innecesario decir que aquí se dan efectos afirmativos al silencio.

Creo necesario agregar que a mi juicio, y por las mismas razones ex-puestas en otra parte de este trabajo, tampoco procede aquí la declaratoria de rebeldía según las reglas de los juicios contenciosos.

- c) He dicho que después de transcurrido el término de prueba o bien en las otras hipótesis vistas, el Juez debe prevenir al jactancioso que proponga su demanda en un término de ocho días.- Sobre ésto quiero manifestar que en nuestro medio se tiene la costumbre de redactar esta resolución con las formalidades de la sentencia definitiva que señala el artículo 427 Pr.- Me parece viciada tal práctica, pues el referido artículo únicamente es aplicable para los juicios contenciosos y no para los procedimientos de jurisdicción voluntaria y además la resolución que comento es realmente un decreto de sustanciación, por lo que

debe redactarse como tal.-

d) Si el jactancioso se decide a entablar la demanda, aunque la Ley no lo dice, creo que para evitar los efectos de una declaratoria de perpetuo silencio, debe presentar oportunamente al Juez una certificación de la demanda promovida.

Si el jactancioso no interpone la demanda transcurridos los ocho días, el Juez deberá, a petición de parte, imponerle perpetuo silencio.- Nuestra Ley no exige en este caso que el peticionario pruebe que no se ha entablado efectivamente la demanda, pues se sigue la regla general que los hechos negativos no necesitan prueba.

Otro aspecto que es necesario aclarar es el siguiente: el artículo -- 161 Pr. dice que cuando el Juez hace la prevención con el fin que se proponga la demanda, si se interpone, "se substanciará según la naturaleza de la acción".- La lectura del artículo, especialmente del párrafo transcrito, deja la impresión que en este caso el Juez competente es el que hace la prevención.- No obstante, creo más bien que se trata de oscuridad en la redacción de la disposición y estimo que en la mente del Legislador no estuvo crear un título especial de competencia, al que, por otra parte, no le encuentro mayor justificación.

3) EL PERPETUO SILENCIO.- SUS EFECTOS.

El artículo 161 Pr. señala claramente que el perpetuo silencio implica en todo caso la prohibición de intentar la demanda en lo sucesivo.- Anteriormente he señalado que la gravedad de esta sanción ha hecho reaccionar a algunos autores en contra de este procedimiento, sin embargo -- creo que siguiéndose el criterio de mantener la vigencia de la jactancia, es lógico que se la rodee de todas las garantías necesarias para su efectividad.

Pero por otra parte, nuestra Ley no deja totalmente desamparado al jactancioso, pues puede interponer tanto el recurso de revocatoria, como el de apelación de la providencia, que lo condena a perpetuo silencio, -

fundamentándose para sostener tal criterio en los artículos 426 y 984 Pr. inciso 3o.

En relación a la última disposición citada, ubico el caso en la parte que dice que se concede apelación en ambos efectos "de las resoluciones - que pongan término a cualquier clase de juicios haciendo imposible su continuación", aclarando que nuestra jurisdicción ha entendido el vocablo -- "juicios" en un sentido amplísimo, comprensivo de los procedimientos de - jurisdicción voluntaria.

Utra cuestión que es necesario aclarar es cuál es el medio de defensa de la parte, cuando el condenado a perpetuo silencio, a pesar de la prohibición, entabla demanda en su contra.

Resulta obvio que el demandado debe excepcionarse invocando el perpetuo silencio, pero es necesario precisar qué excepción es la que debe alegarse concretamente.

Por mi parte opino que en este caso debe alegarse excepción de ineptitud de la acción, habida cuenta que desde el momento en que el perpetuo - silencio queda firme, opera una verdadera caducidad del derecho sustanti- vo, que vuelve inepta la acción que en base a dicho derecho se interponga.

*
*
*
*
*
*
*

VIII .- PRUEBAS QUE PUEDE PERDERSE.

1.- NOCIONES PREVIAS.

2.- PRUEBAS SUCEPTIBLES DE OBTENERSE PREVIAMENTE.

3.- MODO DE PROCEDER.

VIII.- PRUEBAS QUE PUEDEN PERDERSE.

I.- NOCIONES PREVIAS.

Este acto previo lo regula nuestra Ley en el artículo 162 Pr. que se lee: "Cuando pudiera perder su derecho el demandante o demandado si no se recibiesen desde luego las pruebas, como si el testigo fuese alguna persona anciana o se hallase enfermo de gravedad o tuviere que ausentarse a mucha distancia y por tiempo indeterminado, o en otros casos semejantes, puede pedir que se reciba desde luego su declaración, con citación contraria y será firme y valedera; pero si la otra parte estuviere ausente del lugar del juicio se recibirá la declaración con citación del Síndico Municipal, debiendo en este caso ratificarse el testigo en el término de prueba si estuviere presente, con la citación contraria, para que surta la declaración su efecto legal.

Con la misma citación del Síndico Municipal se procederá cuando hubiere que sacar testimonio o copia de algún instrumento, si no hubiere parte interesada conocida.

En los mismos casos determinados en el inciso primero de este artículo, pueden las partes pedirse posiciones antes de entrar en el juicio; y en este caso, se procederá conforme a lo dispuesto respecto de la prueba por confesión en la sección 6a., capítulo IV, Título IV de este Código, haciéndose precisamente citación personal al que deba absolverlas, y limitando las posiciones al interrogatorio que se presente, sin poder hacer preguntas".

El artículo 242 Pr. establece que las pruebas deben producirse en el término probatorio, con citación de la parte contraria y ante el Juez que conoce de la causa bajo pena de no hacer fé.- Añade dicha disposición que se exceptúan los casos expresamente determinados por la ley.

Como se puede apreciar, en el acto previo que ahora estudia nuestro Legislador se aparta de las reglas generales y señala una excepción que se justifica plenamente, en virtud de tratarse de situaciones anormales

por causas de diversa índole, en que si no existiera una disposición como el artículo 162 Pr., se condenaría irremisiblemente al actor o al reo a perder sus derechos, por volvérselos imposible posteriormente la obtención de las pruebas necesarias para el triunfo de sus pretensiones.

2) PRUEBAS SUSCEPTIBLES DE OBTENERSE PREVIAMENTE.

En el artículo 162 Pr., nuestra ley se refiere concretamente a la prueba testimonial, documental y de confesión, lo cual podría llevar al error de considerar que éstas son las únicas pruebas susceptibles de obtenerse previamente.- La verdad es que basta leer detenidamente la disposición mencionada para llegar a la conclusión contraria, pues nuestra Ley dice: "cuando pudiera perder su derecho el demandante o demandado si no se recibiesen desde luego las pruebas, COMO si el testigo fuese alguna persona anciana..." lo que indica que nuestro legislador de ninguna manera redactó una disposición taxativa y, por el contrario, se limitó a señalar algunas pruebas, lo cual pareceme que hizo por considerar que, dada su naturaleza, se hacía necesario señalar algunas reglas especiales para su obtención, cosa que no consideró indispensable para el resto de pruebas que admite nuestro sistema procesal.

3) MODO DE PROCEDER.

- a) En primer lugar es necesario señalar que la Ley concede el derecho de obtener previamente la prueba, tanto al demandante como al demandado ; pero es necesario recalcar que únicamente pueden hacer uso de este derecho cuando realmente se pudiere perder el derecho en vista de volverse imposible la obtención posterior de la prueba.- Esta es una cuestión sobre la cual, a mi juicio, no pueden señalarse reglas generales, por lo que el Juez, en cada caso concreto, debe determinar si a su juicio se justifica la operancia del artículo 162 Pr.
- b) Condición indispensable para la validez de la prueba obtenida de conformidad a la disposición mencionada, es la citación de la parte contraria, lo cual está acorde con los principios generales que rigen la prueba y

que permiten evitar actuaciones que no tengan otra finalidad que burlar el principio de contradicción probatoria.

- c) En lo que se refiere a la obtención previa de prueba testimonial, la Ley señala algunos ejemplos de los casos en que procede y añade además que debe recibirse con citación contraria, pero que si la otra parte -- estuviera ausente del lugar del juicio, se recibirá la declaración con citación del Síndico Municipal, indicando además, que en este caso debe ratificarse la declaración si el testigo estuviere presente.

Entiendo que los extremos antes mencionados, esto es las circunstancias especiales que obligan a la obtención anticipada de la prueba, deben -- probarse previamente al Juez para que éste decida si procede la recepción de prueba, pero no señalándose trámite especial para este efecto, soy del sentir que debe aplicarse el artículo 1254 Pr.-- Sobre esto cabe aclarar que me pronuncio por la prueba previa de las circunstancias especiales, ya que de otra manera podría el acto previo en estudio, -- prestarse a abusos de los litigantes.-- Por otra parte no debe verse -- con excesivo temor el artículo 1254 Pr., el trámite que señala es tal vez el más breve y sencillo de todo nuestro sistema procesal.

- d) En lo relativo a la prueba documental, dice el artículo 162 Pr. que -- debe obtenerse con citación del Síndico Municipal si no hubiere parte interesada conocida, pues si la hubiere debe citársele y si estuviere ausente procederse como en el caso anterior.

quiero hacer notar mi desacuerdo por la citación del Síndico Municipal, pues son numerosos los casos en que se recurre a este funcionario con lo cual se le recarga notablemente su trabajo.-- Creo que a estas alturas ya es tiempo que se vaya pensando en otro funcionario distinto del Síndico Municipal.

- e) En el caso de posiciones contemplado en el inciso final del artículo -- 162 Pr., nuestro Legislador se aparta de la regla general según la -- cual la confesión únicamente es válida cuando se hace en juicio, pero

por las razones que ya he expresado antes, en la disposición en estudio se señaló este caso excepcional.

Respecto al modo de proceder, el artículo en estudio se remite a las reglas generales de la prueba por confesión, con la salvedad que prescribe que en este caso especial no pueden hacerse preguntas al confesante, debiendo limitarse las posiciones al interrogatorio que se presente.

*
**

**
*

IX.- LA CONCILIACION

- 1.- NOCIONES PREVIAS. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA CONCILIACION.

- 2.- BREVE REFERENCIA SOBRE LA CONCILIACION EN LOS PROCESOS NO CIVILES.

- 3.- LA CONCILIACION COMO ACTO PREVIO AL PROCESO CIVIL:
 - a) ESTUDIO DE LOS CASOS EN QUE PROCEDE. EXCEPCIONES.

 - b) MODO DE PROCEDER.

 - c) INADVERTIDA IMPORTANCIA DE LA CONCILIACION.

IX.- LA CONCILIACION.

I.- NOCIONES PREVIAS.- FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA CONCILIACION.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles, en los artículos 164 a 189, regula ámpliamente la conciliación.

El artículo 164 Pr. define la conciliación diciendo que "es un acto preparatorio para el juicio, que tiene por objeto evitar el pleito que alguno quiere entablar, procurando que las partes se avengan o que transijan o comprometan en árbitros o arbitradores el asunto que da motivo a él".

Con respecto al CONCEPTO CONCILIACION, en el trabajo "La conciliación en el juicio de trabajo" que realicé juntamente con los compañeros Acosta, Méndez, Nolasco y Salinas, dijimos: "La palabra conciliación, proviene del latín "conciliare" y significa, según el Diccionario de la Lengua Española, "componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí".- Además del concepto de conciliación laboral del profesor Jaramillo, que en líneas anteriores hemos transcrito, traemos a colación en esta parte, algunas definiciones que de la conciliación, en general, se han dado: I) Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, la define como "la avenencia de las partes en un acto judicial previo a la iniciación de un pleito".- II) El Licenciado Eduardo Pallarés, en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, cita la siguiente definición: "Es la avenencia que sin necesidad de juicio de clase alguna, tiene lugar entre partes que disienten acerca de sus derechos en un caso concreto y de las cuales una trata de entablar un pleito contra otra".- III) Don Joaquín Escriche, en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, a su vez, define la conciliación como "un acto judicial que tiene por objeto evitar el pleito que alguno quiere entablar, procurando que las partes se avengan o transijan sobre el asunto que da motivo a él"; en lo que se refiere a los ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA CONCILIACION, expusimos: "En la antigua Roma, la conciliación no estuvo regulada por la Ley en forma expresa: no obstante, la Ley de las Doce Tablas respetaba la avenencia a que pudiesen llegar las partes. Cice-

rón, refiriéndose a esta institución, la aconsejaba fundado en el aburrecimiento que debía tenerse a los pleitos, diciendo de ella que era un acto de liberalidad digno de elogio y provechoso para quien lo realizaba.- En esta parte es interesante traer a cuento, el hecho de que los romanos, en repetidas oportunidades y en momentos de entusiasmo é inspiración, se reunían al pié de una columna erigida en memoria de Julio César, para dep^oner sus diferencias y terminar amigablemente sus litigios.- Posteriormente, el Cristianismo, con el espíritu pacifista que le impulsa, vino a abonar más el terreno de la conciliación.- A ese respecto podemos citar - algunos pasajes que se encuentran en la Biblia y que pueden considerarse con propiedad como fundamentos concretos de la conciliación: 1) "Transige con tu adversario mientras está con él en camino, no sea que te entregue al Juez"; y 2) "Aquel a quien se reclama una cosa, dé lo que le pidan y algo más".- En Grecia, la conciliación sí estaba regulada por la ley en una forma expresa, la cual encargaba a ciertas personas, llamadas Tesm^otetes, el examen de los hechos motivos del litigio y procurar convencer a las partes de que debían transigir equitativamente sus diferencias.- En la Edad Media, se dieron algunas leyes que establecieron la conciliación, aunque no de una manera regular y permanente.- En el Fuero Juzgo, se encuentra la constitución de los Pacis Adsertor, que eran personas delegadas por el Rey para que intervinieran en los litigios entre las personas a efecto de que procuraran su avenencia.- Más, es necesario señalar que - este cuerpo de leyes no establecía el acto conciliatorio como una medida de carácter previo y necesaria para los litigantes, sino que solamente - existía en ciertos procesos en que, por la importancia de los mismos o - por la calidad de las personas que intervenían en ellos, hubieran podido ocasionarse perturbaciones; de ahí pues, que para evitar esas perturba- ciones, el Rey tuviese que mandar a los Pacis Adsertor para procurar un acuerdo amistoso entre las partes.- Por otra parte, también es importante señalar que el Fuero Juzgo no fomentaba la conciliación como medida - general, pues una de sus leyes la prohibía expresamente, una vez comenza do el juicio.- En las Partidas no se encuentra regulación de la concilia ción, con ese nombre; pero sí existe acerca de los llamados Avenideros o Amigables Componeedores.- Finalmente, podríamos decir que la conciliación

fué regulada como general y permanente en los siglos XVIII y XIX, apareciendo primero con tales caracteres en los pueblos del Norte aunque con diversos sistemas, pues mientras en unos países se estableció como obligatoria en todo juicio de carácter declarativo, en otros fué potestativa de las partes, el intentarla o no.- En lo que a la conciliación en materia de trabajo se refiere, podríamos decir que en un principio, debido a la influencia del liberalismo, que prescribía el abstencionismo del Estado en las relaciones de trabajo entre los particulares, la conciliación no fué aceptada; más, con el paso del tiempo y con el auge que han tenido las ideas intervencionistas, esta Institución ha llegado a convertirse, en términos generales, como un trámite previo de carácter obligatorio".-; con relación a LOS FINES DE LA CONCILIACION sostuvimos lo siguiente: "Como podrá advertirse de lo que en líneas anteriores hemos escrito sobre la conciliación, los fines de esta Institución residen, fundamentalmente, en obviar los litigios cuando apenas están naciendo y evitar, en consecuencia, pérdidas de tiempo, esfuerzo, dinero y sobre todo de inteligencia, la cual debe ser usada, preferentemente, en otras labores constructivas.- Por otra parte, al evitar los conflictos laborales, se hacen desaparecer los inconvenientes del desconocimiento, más que todo del trabajador, de las fórmulas procesales.- Finalmente, no debe perderse de vista, como se dijo anteriormente, que uno de los fines esenciales del Estado estriba en la conservación de la paz y la armonía sociales, las cuales exigen el agotamiento de todos los medios adecuados a fin de suprimir los conflictos entre los ciudadanos y procurar su más rápida y equitativa solución, medios entre los cuales la conciliación es el más adecuado.-; finalmente y en lo relativo a la NATURALEZA JURIDICA DE LA CONCILIACION, escribimos: "En doctrina se ha discutido extensamente sobre la naturaleza jurídica de la conciliación y los autores han tomado tres posiciones distintas: a) Se trata de un acto típicamente jurisdiccional; b) Es un acto de carácter intermedio que debe situarse entre lo administrativo y lo jurisdiccional; y c) Es un acto administrativo.-Desde ya hay que advertir que, el hecho de que la conciliación entre nosotros se encuentre dentro del juicio laboral y que deba tener participación en ella el Juez, no debe llevarnos a concluir que necesariamente se

trata de un acto jurisdiccional.- Dn. Gabino Fraga, expresa: "La separación de Poderes impone la distribución de funciones diferentes entre cada uno de los Poderes; de tal manera, que el Poder Legislativo tenga atribuída exclusivamente la función legislativa; el Poder Judicial, la función judicial y el Poder Ejecutivo, la administrativa.- La Legislación positiva no ha sostenido el rigor de esta exigencia y han sido necesidades de la vida práctica las que han impuesto la atribución a un mismo Poder de funciones de naturaleza diferente".-* (Derecho Administrativo. G. Fraga, Pag.27 Edit.Porrúa,S.A. Ha. Edición).- Establecido que un mismo PODER puede realizar cualquiera de las tres funciones en un momento determinado, pasamos a buscar la naturaleza jurídica de la conciliación. - Se excluye desde ya, que la conciliación en un juicio individual pueda ser un acto legislativo, pues nunca crea Derecho.- La función jurisdiccional se da cuando existe un conflicto, pero esta función no se limita a declarar que hay un conflicto, sino que llega hasta la sentencia, la cual es una declaración que pone fin al conflicto y hace respetar el derecho ofendido.- La función administrativa es la actividad del Estado en caminata a la ejecución de la Ley.- En el caso de la conciliación, se es tá en presencia de un conflicto preexistente, pero con ella no se preten de poner término al conflicto, sino procurar que el juicio no continúe y la presencia del Juez no está encaminada a pronunciar una sentencia, sino a vigilar el estricto cumplimiento de las normas legales.- De la concilia ción no sale una sentencia judicial que ponga término al juicio y solo puede terminar el juicio si las partes se avienen, pero este avenimiento, que tiene la fuerza de una sentencia ejecutoriada, no es una sentencia judicial.- Vista así la cuestión, estimamos que la conciliación en el -- juicio individual de trabajo, no es un acto jurisdiccional, sino un acto administrativo realizado por el Juez, por el Poder Judicial".-

En lo que se refiere a la opinión que sostuvimos respecto a la naturaleza jurídica de la conciliación, puede verse que llegamos a la conclu sión que se trata de un acto administrativo, pero ésto en manera alguna contradice la tesis que he sostenido sobre la naturaleza jurídica, en ge neral, de los actos previos a la demanda, pues antes he manifestado que

todos aquellos procedimientos ajenos a la jurisdicción contenciosa, en que por determinadas causas se establece que su conocimiento y tramitación deben pertenecer al Poder Judicial, se engloban en el rubro general de procedimientos de jurisdicción voluntaria, que como también dije, modernamente se incluyen en el de procedimientos judiciales especiales.

En mi opinión personal y por la naturaleza misma del proceso civil, considero que todos los actos previos a éste deben estar confiados al Poder Judicial, lo cual no obsta para que en procesos de distinta índole, pueda regularse que los actos previos y en especial la conciliación, se confíen a funcionarios administrativos.

2) BREVE REFERENCIA SOBRE LA CONCILIACIÓN EN LOS PROCESOS NO CIVILES.

La conciliación no es exclusiva del proceso civil, inclusive se justifica con mayor fuerza en otro tipo de procesos que la regulan de una manera obligatoria, a diferencia de la civil que es optativa para las partes.

En los procesos laborales es regla general la obligatoriedad de la conciliación y es por eso que en el capítulo destinado al juicio ordinario establece el artículo 332 CT. en su inciso 1º., que "admitida la demanda, el Juez citará inmediatamente a conciliación a ambas partes tomando en cuenta la distancia del lugar en que deba ser citado el demandado". Los efectos de la conciliación laboral son singularmente graves, pues el artículo 357 CT. en su inciso primero dispone que "si el patrono fuere el demandado y no concurriere a la audiencia conciliatoria sin justa causa o concurriendo manifestare que no está dispuesto a conciliar, se presumirán ciertas, salvo prueba en contrario, las acciones u omisiones que se le imputen en la demanda".-

El Código de Trabajo también contempla la conciliación en los juicios de única instancia, pues en el artículo 367 dispone que "compareciendo ambas partes, inmediatamente después de contestada la demanda, el Juez las oírá y les propondrá un arreglo conciliatorio y si fuere aceptado, és

te producirá los mismos efectos que las sentencias ejecutoriadas y se harán cumplir en la misma forma que éstas".-

Para los conflictos de carácter económica, el Código de Trabajo en su artículo 419 prescribe la conciliación al regular que "el Director - señalará las audiencias que estime convenientes para tratar de avenir - las partes y si no lograre el avenimiento o las partes manifestaren que no están dispuestas a conciliar, se terminarán las audiencias y abrirá el conflicto a pruebas por veinte días.

En los procesos penales también se prescribe la conciliación, pues el artículo 363 I establece que "los Jueces de Paz o de Primera Instancia no admitirán la acusación de injuria o calumnia inferida en juicio, sin la licencia previa que requiere el artículo 421 del Código Penal, tampoco lo admitirán en los casos de injuria y calumnia y en los delitos de adulterio y estupro SIN QUE PRECEDA LA CONCILIACION.- Si los delitos de injuria y calumnia fueren cometidos por medio de la prensa, no será necesaria la conciliación".-

3) LA CONCILIACION COMO ACTO PREVIO AL PROCESO CIVIL.

a) ESTUDIO DE LOS CASOS EN QUE PROCEDE.- EXCEPCIONES.

El artículo 165 Pr. dispone que "El juicio conciliatorio podrá preceder a voluntad del actor a todo juicio escrito o ejecutivo,..."

La disposición anterior merece algunas consideraciones para su correcta inteligencia.- En primer lugar noto que habla de "juicio conciliatorio", lo cual me parece una impropiedad ya que la conciliación, técnicamente hablando, no es un juicio sino que un procedimiento de jurisdicción voluntaria.- La única justificación para esta redacción del Legislador, es que haya tomado el vocablo "juicio" en un sentido amplio comprensivo de los procedimientos mencionados.

En segundo lugar me permito manifestar que nuestro Legislador ha sido muy claro al fijar la naturaleza optativa de la conciliación en el pro

ceso civil, pues expresamente señala que "PODRA PRECEDER" al juicio.-

La misma disposición regula los casos en que procede la conciliación en lo civil y dispone que puede preceder a "todo juicio escrito o ejecutivo".- Juicio escrito es aquél en que las partes ventilan sus acciones y excepciones por escrito, asentándose de la misma manera todos los actos procesales que se desarrollan en el transcurso del proceso.- Para de terminar cuándo un juicio debe ventilarse en forma escrita, nuestra Ley acude al criterio de la cuantía de lo reclamado, disponiendo el artículo 474 Pr. inciso primero que "en materias civiles cuya cantidad no exceda de doscientos colones ni sea de valor indeterminado superior a esta suma, conocerán los Jueces de Paz en forma verbal".- Este artículo merece un comentario a parte, pues contiene un verdadero absurdo al decir "ni sea de valor indeterminado superior a esta suma", pues se supone que si una cosa es de valor INDETERMINADO, no puede relacionarse con un valor determinados como son en este caso los doscientos colones.

En lo que se refiere al juicio ejecutivo -en que nuestra Ley no distingue entre el escrito y verbal, por lo que procede en ambos casos- el artículo 586 Pr. lo define diciendo que "Juicio Ejecutivo es aquel en -- que un acreedor con título legal, persigue a su deudor moroso, o el en -- que se pide el cumplimiento de una obligación por instrumentos que según la ley tienen fuerza bastante para el efecto".

Las excepciones a los casos de procedencia de la conciliación en lo civil, están contenidos en la parte final de la disposición que antes he transcrito, regulando que no procede en los casos siguientes: 1) En las -- causas que interesan a la Hacienda Pública y demás personas jurídicas ; -- 2) En las de los que no tienen la libre administración de sus bienes; -- 3) En las de concurso de acreedores y de tercerías; 4) En las de herencias yacentes; 5) En las demandas de interdicción, de separación de bienes y -- sobre el estado civil de las personas; 6) En las causas ejecutivas que -- provengan de sentencia ejecutoriada; 7) Cuando el demandado estuviere fuera de la República; pero si regresare y se apersonare en el juicio, se pudrá celebrar la conciliación en cualquier estado de la causa".

Como se puede ver, las excepciones se fundan en causas de diversa índole, destacando aquellas que tienen por fin la protección de intereses familiares y públicos.- El numeral 7º. es muy importante porque contempla un caso excepcional, en que la conciliación no opera como acto previo.

b) MODU DE PROCEDER.

- 1) Según lo que dispone el artículo 168 Pr., para intentar el juicio conciliatorio basta la petición verbal ante el Juez de Paz, quien deberá emplazar para los fines pertinentes a la otra parte.- Me parece que en este punto el Legislador emplea incorrectamente el término "emplazar", pues la verdad es que se trata de una verdadera citación.- Según lo -- que añade el artículo 183 Pr., cuando la parte no comparece a la prime ra cita, se le "emplazará" por segunda vez a su costa y si aún así no comparece, se tendrá por intentada la conciliación, debiendo entregarse certificación al interesado haciendo notar esta circunstancia y que no se llevó a cabo por culpa de la otra parte.
- 2) El artículo 166 Pr. establece que el único funcionario autorizado para conocer de la conciliación, es el Juez de Paz competente según las reglas generales y el artículo 167 Pr. añade que "No hay fuero ninguno privilegiado en el juicio conciliatorio, y toda persona emplazada al efecto deberá comparecer ante el Juez de Paz a celebrarlo o renunciarlo, cualquiera que sea su fuero, estado o condición".-
- 3) Previamente a la celebración de la Conciliación, el Juez debe nombrar dos hombres buenos, uno por cada parte, debiendo juramentarlos.- Esto de "hombres buenos" es un verdadero resabio histórico, debiendo entenderse por tales a personas de reconocida honradez y moralidad.- El -- día y hora señalados para llevar a cabo la audiencia conciliatoria, el Juez debe comenzar oyendo a ambas partes y una vez que las partes han manifestado sus puntos de vista, tanto el Juez como los hombres -- buenos deben proponer las soluciones que estimen convenientes y, como señala el artículo 164 Pr., deben tratar que las partes se avenga, --

transijan o comprometan en árbitros o arbitradores.- Sobre este punto quiero criticar la práctica que existe en nuestro medio, según la cual los jueces acostumbran imponer a las partes la solución, cuando según lo que dispone la Ley únicamente tienen facultades para proponer soluciones, las cuales, aceptadas por las partes, producen los efectos que veremos adelante.

Con relación a las formalidades del Acta en que se consigna la audiencia conciliatoria, me permito recomendar la lectura detenida del artículo 181 Pr.-

c) INVERTIDA IMPORTANCIA DE LA CONCILIACION.-

En la práctica no se ha dado a la conciliación la importancia que realmente tiene y normalmente se le ha utilizado para solucionar lo que jocosamente se ha denominado en nuestro medio judicial como "pleitos de viejas del mercado".-

La verdad es que numerosos son los casos que se presentan al abogado en el desarrollo de su ejercicio profesional, en que teniendo la convicción de la justicia de las pretensiones de su cliente, se ve en la imposibilidad de hacerlas triunfar en vista de los limitados medios de prueba con que cuenta, o bien por tratarse de acciones cuyo trámite es sumamente largo y engorroso.- Creo que un abogado hábil puede superar estos obstáculos, haciendo uso inteligente del procedimiento de conciliación, sobre todo tomando en cuenta que según lo que dispone el artículo 179 Pr., "la conformidad de las partes, ya sea transigiendo, comprometiéndose en árbitros o arbitradores o aviniéndose con la resolución del Juez de Paz, trae aparejada ejecución y debe ejecutarse irremisiblemente por el Juez competente del demandado y en vista de la certificación que se presentará de lo resuelto y convenido en el juicio conciliatorio".- Por su parte, el artículo 591 Pr. establece que trae aparejada ejecución "la certificación del juicio conciliatorio en el caso del artículo 179".-

*
*
*
*
*
*
*

X .- OTROS ACTOS PREVIOS NO COMPRENDIDOS EN EL TITULO III ,

LIBRO I , DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

X .- OTROS ACTOS PREVIOS NO COMPRENDIDOS EN EL TITULO III, LIBRO I, DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

PUNTO UNICO: NOCIONES PREVIAS.- ENUMERACION DE CASOS.

En el Capítulo primero de este trabajo he sostenido que los actos - previos comprendidos en los artículos 134 a 189 Pr., no son los únicos existentes en nuestro sistema procesal y que, por el contrario, diseminados en el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, se encuentran algunos procedimientos que presentan las características de verdaderos actos previos a la demanda.

A continuación y en una forma breve, me permito estudiar algunos de esos procedimientos que menciono:

a) CASO DEL ARTICULO 2177 C.-

El artículo 2177 C. en su inciso la. dice: "El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados".-

Sobre este procedimiento se han presentado en la práctica innumerables discusiones, pues desgraciadamente en nuestro Código de Procedimientos Civiles no se han incluido las necesarias disposiciones de carácter adjetivo.- Algunos entienden por "reconvención", la obligación que existe de "demandar" al tercer poseedor, pues señalan que es la única forma de darle cumplimiento al artículo 164 CP.

Por mi parte soy de opinión que nuestro Legislador, en el artículo - 2177 C., en manera alguna ha tomado el término "reconvención" como sinónimo de "demanda", pues en dicha disposición habla de "reconvenido por - el pago", con lo cual se fija el concepto legal del término que menciona y que no puede ser otro que el de entender la reconvención como una diligencia mediante la cual se pone formalmente en conocimiento del tercero el gravamen y se le pregunta si está dispuesto a pagar o no.- Sin embar-

go, como ya lo dije antes, se aduce que ésta es un despojo pues el poseedor no es vencido en juicio.

Sobre tal argumento quiero agregar que nuestra Ley ha rodeado de tales garantías de publicidad a la hipoteca -a tal grado de considerar como requisito de existencia su inscripción en el Registro- que la verdad es que quien compra un inmueble hipotecado, incuestionablemente se corre el riesgo de ser desposeído.- Por otra parte el poseedor no está desamparado: la ley le franquea el derecho de pedir el desembargo conforme al artículo 718 C. y además puede hacer uso de la tercería de dominio que contemplan los artículos 650 Pr. y siguientes.

Siguiendo el criterio que considero correcto, es obvio que lo más lógico es que la reconvencción opere como un acto previo a la demanda correspondiente, aunque me permito aclarar que en la práctica no suele suceder así, en vista que por lo general el actor se da cuenta del traspaso del inmueble hasta que lo embarga y consecuentemente la reconvencción tiene que hacerse en el transcurso del juicio.

b) CASO DEL ARTICULO 1765 C.

El artículo 1765 C. dice: "La mora de un período entero en el pago de la renta, dará derecho al arrendador después de dos reconvencciones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días".

La mora en el pago de la renta da derecho al arrendante a pedir ante Juez competente la terminación del respectivo contrato de arrendamiento; sin embargo nuestro Legislador, en el artículo en estudio, ha dispuesto que como acto previo al juicio correspondiente, se hagan dos reconvencciones al arrendatario.- Estas reconvencciones son, en el fondo, advertencias para que se haga el pago o bien que se llegue a un acuerdo razonable.

c) CASO DEL ARTICULO 1257 C.

El artículo 1257 C. se lee: "Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos".

El artículo transcrito es claro cuando dice que los acreedores "no podrán entablar..." la ejecución sin la notificación previa, con lo cual da a dichas diligencias el carácter de acto previo a la demanda.

→ d) CASO DEL ARTICULO 264 PR. Y SIGUIENTES.

El artículo 264 Pr. establece que: "El instrumento privado escrito en el papel correspondiente, reconocido judicialmente, aunque sea sin juramento por la parte contra quien se opone, por su procurador especial o por su representante legal, o que la Ley da por reconocida, tiene valor de escritura pública en los casos y términos expresados en el Código Civil. C. 1573.- Si además ha sido firmado por dos testigos hace plena prueba de la enajenación, posesión y tradición de bienes raíces, servidumbres y derechos hereditarios cuyo valor no exceda de doscientos colones.- Los documentos privados, que conforme a la ley se otorgan en la venta de bienes raíces, no serán admitidos en juicio si al pié no constare razón firmada y sellada por el Alcalde y Tesorero Municipal de estar pagada la Alcabala".

El reconocimiento de firma es una diligencia en la cual, en el fondo, lo que se trata es de obtener una confesión de la parte en relación a su firma y a la obligación que dicha firma ampara, por lo que podría pensarse que lo más jurídico es estudiarlo en el capítulo de las pruebas que pueden perderse.- No obstante, soy del sentir que el reconocimiento de firma es un procedimiento normal que no precisa de circunstancias extraordinarias como enfermedad, peligro de muerte, etc., para su procedencia, por lo que no estimo correcto ubicarlo en el capítulo antes mencionado.

Resulta obvio que especialmente en los casos primero y cuarto del artículo 265 Pr., el reconocimiento de firma debe operar necesariamente como un acto previo a la demanda.

mo un acto previo a la demanda.

e) CASO DEL ARTICULO 950 Pr.

El artículo 950 Pr. se lee: "La notificación de la cesión de un crédito se practicará por el Juez de Primera Instancia o de Paz competente a solicitud del cesionario, quien acompañará el título del crédito si lo hubiere y el instrumento en que consta el traspaso.- El Juez mandará hacer la notificación, que se verificará de la manera prevenida en el capítulo segundo, Título cuarto, Libro primero, Parte Primera de este Código, leyendo al deudor a más del decreto que la ordena, los documentos ya mencionados, los que también se insertarán en su caso en la eskuela que se dé al deudor y haciendo constar en la respectiva diligencia todo lo que haya ocurrido".

Por su parte el artículo 1592 C. regula que: "La cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste".

De las disposiciones anteriores colegimos que, para que el cesionario pueda hacer uso de los derechos que emanan del título, debe previamente - notificar al deudor la cesión.- Las diligencias de notificación de cesión de crédito resultan entonces un claro acto previo a la demanda.

f) CASO DEL ARTICULO 1258 C.

Este artículo regula la facultad de los acreedores hereditarios de - pedir que no se confundan los bienes del heredero con los del difunto. - Esto tiene por objeto que con los bienes del difunto se les paguen preferentemente sus obligaciones.- Según lo que dispone el artículo 1259 C. para hacerse uso del beneficio de separación, no es necesario que la obligación sea exigible, pues basta que se deba a cierto día o bajo condición.

Resulta obvio que la manera más lógica de hacer uso del beneficio de separación, es con antelación a la interposición de la demanda, resultando entonces un acto previo a la demanda.

g) CASO DEL ARTICULO 925 Pr.

La partición de bienes la regula nuestra Ley, procesalmente hablando, en los artículos 922 Pr. y siguientes, ubicados en el título de los "otros varios procedimientos sumarios".

El Artículo 925 Pr. señala que la partición debe mandarse a practicar con presencia del inventario, por lo que se puede concluir que el inventario, relacionado con la partición, resulta un acto previo a ésta.

*
*
*
*
*
*
*

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- JOSE VICENTE Y CARAVANTÉS.- "Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de Los Procedimientos en Materia Civil".
- 2.- RAFAEL GALLINAL.- "Manual de Derecho Procesal Civil.
- 3.- JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO.- "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil".
- 4.- HUGO ALSINA.- "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial".
- 5.- EDUARDO J. COUTURE.- "Fundamentos de Derecho Procesal Civil".
- 6.- HERNANDO DEVIS ECHANDIA.- "Tratado de Derecho Procesal Civil".
- 7.- LARRANAGA Y PINA.- "Derecho Procesal Civil".
- 8.- GUILLERMO CABANELLAS.- "Diccionario de Derecho Usual".
- 9.- EDUARDO PALLARES.- "Diccionario de Derecho Procesal".
- 10.- J.E. ACOSTA , J.R. NOLASCO,
L.A. MENDEZ , W. SALINAS,
J.R. FUNES. "La Conciliación en el Juicio de Trabajo".

JRFA/arg.-

