

MEDIACIÓN JUDICIAL Y SANEAMIENTO PROCESAL *

DR. JORGE ANTONIO ZEPEDA**

En homenaje al

Dr. Cipriano Gómez Lara

SUMARIO: 1. Preámbulo.- 2. Aclaración terminológica.- 3. Planteamiento del problema.- 4. La mediación: 4.1. La composición del conflicto; 4.2. El sujeto mediador; 4.3. Regulación de la mediación; 4.4. Eficacia y eficiencia de la mediación.- 5. El saneamiento. 5.1. Cuestiones pasibles de saneamiento; 5.2. La actividad depuradora del proceso.

1. PREÁMBULO

El Segundo Seminario Internacional de Derecho Procesal¹, en el que participaron varios profesores de Europa y América, fue convocado con el propósito de rendir un merecido homenaje al profesor **Cipriano Gómez Lara**, quien –*primus inter pares*– ha destacado entre los procesalistas de Iberoamérica por sus cualidades de investigador acucioso, expositor sistemático, profesor ilustrado y hombre ejemplar, que ha sabido conducir a muchas generaciones de estudiantes y estudiosos por los complicados senderos de los diversos planos en que –según su propio pensamiento– discurre nuestra disciplina: el paraíso de los conceptos formadores de una teoría del proceso; el purgatorio de las normas que esperan ser aplicadas con atingencia y justicia; y el infierno de los actos del proceso, vale decir,

* Documento de sustento para la conferencia por dictarse en el IV Congreso Nacional de Derecho Procesal, que, según se prevé, tendrá lugar en San Cristóbal, Estado de Táchira, Venezuela, del 17 al 20 de junio de 2003.

** Profesor de Teoría General del Proceso en la Facultad de Derecho (UNAM). Miembro de número de los Institutos Iberoamericano, Panamericano y Mexicano de Derecho Procesal. Socio de los Institutos Argentino (correspondiente) y Colombiano (honorario) de Derecho Procesal.

¹ Auspiciado por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado y por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, División de Posgrado, el Seminario se celebró, del 10 al 14 de marzo de 2003, en Morelia, Estado de Michoacán, México.

de la realidad que, con no poca frecuencia, viven los litigantes, los postulantes y aun los propios miembros de la judicatura².

Aunque el tema que ahora se analiza no fue objeto de exposición en dicho seminario, el autor, aprovechándose de la invitación que le han hecho el Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano y el Instituto Venezolano de Derecho Procesal, desea que este trabajo constituya una extensión del homenaje rendido al doctor **Gómez Lara**, el maestro y el amigo, quien, además, por acuerdo del órgano supremo de la Universidad Nacional Autónoma de México –su Consejo Universitario–, y en solemne ceremonia celebrada el 9 de abril de 2003 en el anfiteatro Bolívar del venerable edificio de San Ildefonso (antigua sede de la Escuela Nacional de Preparatoria), fue investido con la honrosa calidad de *Profesor Emérito*.

A este homenaje se ha unido sin reservas el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, cuyo presidente manifestó: *"En especial, en nombre de nuestro Instituto, queremos dejar testimonio de nuestra más fervorosa adhesión al tan justo homenaje que se brindará en el próximo II Seminario Internacional de Derecho Procesal al Maestro Dr. Cipriano Gómez Lara, cuyos altísimos méritos se resaltan en la convocatoria michoacana. Su hombría de bien y su dedicación inteligente a la ciencia procesal iberoamericana lo colocan entre los grandes maestros de nuestro tiempo"*³.

2. ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA

El título originalmente propuesto para esta exposición fue el de "Conciliación y Despacho Saneador", términos que, para no inducir a conceptos erróneos o a expresiones multívocas, requieren de alguna precisión:

La conciliación es el avenimiento de las partes en conflicto, es decir, la solución autocompositiva de éste, mientras que la mediación consiste en la intervención de un tercero ajeno a las partes, tendiente a lograr, en el caso, precisamente la conciliación de ellas. Con otras palabras, la mediación es un método, un procedimiento; y la conciliación –de ser exitosa la primera– es el resultado perseguido. Por ello, al desarrollar el tema, es mejor hablar de la mediación que de la conciliación.

² **Cipriano Gómez Lara**: *Sistemática procesal* (tesis doctoral), México, 1988, pp. 16 y 160-164.

³ Mensaje del presidente del Instituto, profesor **Roberto O. Berizonce**, contenido en el boletín de 27 de febrero de 2003.

Por su parte, la depuración procesal, orientada a eliminar los vicios que impiden la constitución misma del proceso, o a subsanar las irregularidades que obstaculizan su adecuado desarrollo, puede darse de diversas maneras, en diferentes etapas o mediante variadas actuaciones, y no sólo por virtud de un decreto judicial específico. Contrástense, al efecto, el *pretrial* norteamericano, la audiencia preliminar austríaca y el despacho regulador de la legislación lusitana. Estas posibilidades hacen recomendable referirnos al saneamiento en general, más bien que a un despacho saneador.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El “hambre y sed de justicia”, una constante en la historia de la humanidad, es un dato revelador de su ausencia y de su requerimiento, que se plasma en un *anhelo*, en un *propósito*, aunque muchas veces no en la realidad fáctica: *iustitia est constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Pues bien, tanto la mediación como el saneamiento están orientados a lograr que esa *voluntas tribuendi* se torne en un real y concreto *tribuere*.

¿Qué factores impiden la realización de tan elevado ideal? Como se aprecia en los informes nacionales presentados al XI Congreso Mundial de Derecho Procesal⁴, lo que ha llegado a llamarse una “patología crónica” de la impartición de justicia deriva de la congestión de expedientes, fomentada por la “eclosión de litigios”, lo que conlleva retardos en los procesos, ineficiente prestación de los servicios de la judicatura, vicios y corruptelas que no han podido hallar remedio en las reformas legisladas porque éstas sólo han sido parciales y no han llegado a la raíz de la problemática; y porque, a las deficiencias en la regulación procesal, se suman las carencias presupuestarias,⁵ así como –muy sobresalientemente– el espíritu de litigiosidad y las “malas artes” de litigantes y postulantes.

En contra de tales males, debe pensarse –de manera radical– en la introducción del juicio por audiencias, en el respeto de las reglas de

⁴ Cfr.: *El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI)*, editado por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

⁵ Es notable que, conforme al Código de Procedimiento Civil, en Venezuela predomina el sistema escrito (artículos 25, 187 y 188, p. ej.); que el juicio oral es de excepción y se da únicamente en los casos previstos en el artículo 859; y que es facultad del Ejecutivo Nacional (mediante Resolución del Consejo de Ministros) determinar “*las Circunscripciones Judiciales y los Tribunales de éstas*” en que se implantará el procedimiento oral, modificar la cuantía y las materias que se sujetarán al mismo, y extender su aplicación a otros asuntos (artículo 880).

inmediación, concentración y no recurribilidad de los proveimientos intraprocerales, así como en el establecimiento y observancia de la obligatoriedad del protagonismo del juzgador en la dirección del proceso⁶.

Sólo en este tipo de procedimiento pueden operar de manera eficaz la mediación y el saneamiento, pues, de otra manera, el juzgador, a pesar de su buena voluntad, ve obstaculizada su diligencia por los ritos procesales que lo envuelven en la complejidad de las actuaciones y en la voluminosidad de los expedientes.

4. LA MEDIACIÓN

Enseña **Briseño Sierra** que el supuesto del proceso es el conflicto, el cual "se reduce a la contradicción de pretensiones". Con ello, el profesor mexicano, sin discrepar en el fondo, supera la terminología empleada por **Carnelutti** y por **Alcalá-Zamora**, pues el primero dice que "el litigio es [...], sobre todo, un presupuesto del proceso", y el segundo afirma que litigio es "el conflicto jurídicamente trascendente, que constituye el punto de partida o causa determinante de un proceso"⁸.

4.1. La composición del conflicto

El objeto de la mediación es el conflicto de pretensiones, cuya solución persigue: si lo logra plenamente, se obtendrá la *exclusión* o la *terminación anticipada* del proceso; si se consigue sólo parcialmente, se llegará a una *reducción* de la litis, vale decir, del *thema decidendum*. Y, si no hay avenimiento de orden sustantivo, existe la posibilidad de arribar a un consenso procesal.

Para analizar debidamente la cuestión, es menester, en mi opinión, distinguir entre el conflicto sustantivo y el procesal, entre la pretensión sustantiva y la pretensión procesal.

⁶ Obsérvese que el Código de Procedimiento Civil de Venezuela (el Código Venezolano), en su artículo 860, inserto en el Título XI del Libro IV, relativo al procedimiento oral, admite que, cuando la ley lo autoriza, las actuaciones se realicen por escrito. Pero añade que el juez "procurará asegurar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación del procedimiento oral".

⁷ **Humberto Briseño Sierra**: *Derecho procesal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1960, t. II, p. 28.

⁸ **Niceto Alcalá-Zamora y Castillo**: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, p. 5.

En ambos casos, para que el conflicto sea jurídicamente trascendente, debe darse una conducta de los titulares (o presuntos titulares) de los intereses contrapuestos: uno exige la subordinación del interés ajeno al propio, mientras que el otro resiste ese requerimiento; y así la exigencia como la resistencia constituyen pretensiones.

Ahora bien, si la conexión se da únicamente entre los titulares, **el conflicto es meramente sustantivo** y las pretensiones tienen igual carácter: un sujeto actúa frente al otro, y nada más; pero si el titular acude al órgano jurisdiccional y, en ejercicio del *derecho potestativo* de que hablara **Chiovenda**, logra que el juzgador ordene comparecer al otro, las respectivas pretensiones se tornan procesales, pues se dan *contra* la parte adversaria y *ante* el tercero imparcial, de donde resulta que **el conflicto es procesal** y consiste en la oposición de pretensiones procesales.

La solución del conflicto sustantivo puede darse mediante la autocomposición, que implica, a veces, la **renuncia** al derecho propio, a pesar de creérsele legítimo (el pretensor *retrocede*); otras, el **reconocimiento** del derecho ajeno (el opositor *accede*); y otras más, el acuerdo que conduce a la **transacción** (ambas partes *ceden*). En todo caso, lo característico de la conexión es la relación jurídico-material de carácter bilateral entre los sujetos del conflicto, así como la ausencia de un tercero *supra partes*.

Por otro lado, si se busca la solución heterocompositiva, se observa una diferente conexión entre las pretensiones: se da, una, opuesta a la otra; y ambas se plantean ante un tercero decisor, por lo que la relación es trilateral y de naturaleza procesal; mas no se excluye la posibilidad de la autocomposición intraprocesal, que se manifiesta, ora en el **desistimiento**, bien en el **allanamiento**, ya en el **convenio transaccional**; pero, aun cuando se trate de fenómenos que se dan dentro del proceso, la solución viene dada por las partes, por mucho que, con su mediación, la propicie el juzgador. Éste, como dice **Alcalá-Zamora**, no *forma* una sentencia, sino se concreta a *dar forma* de sentencia a lo decidido por una de las partes o a lo pactado por ambas⁹.

Dicho con otras palabras: instaurado el proceso, puede —y, diría yo, *debe*— intentarse la conciliación. Ha de tenerse en cuenta que el mejor proceso es

⁹ Al referirse al allanamiento, el Código Venezolano emplea el vocablo “convenimiento” (artículos 263 y 363, p. ej.).

el que no surge o aquél que se extingue prematuramente por acuerdo de las partes¹⁰. Si las tentativas de avenimiento fracasan parcialmente en cuanto a la solución del problema de fondo en tanto se convenga únicamente respecto de alguno o algunos de los temas controvertidos, se logra al menos una *reducción del conflicto sustancial*; y si no se consigue concierto alguno en lo que toca al propio conflicto, puede obtenerse, sin embargo, la aceptación de un *convenio procesal* que, de cualquier manera, facilita la solución de mérito al eliminar obstáculos de procedimiento.

En efecto, no es de escasa utilidad, ni mucho menos, que se arribe a un consenso sobre cuestiones atinentes al procedimiento, las cuales pueden ir, desde el reconocimiento de la personalidad o la personería, la aceptación de la originalmente controvertida competencia del juzgador, la ampliación de plazos y la admisión de ciertos hechos, hasta la adopción de reglas convencionales de procedimiento ahí donde la ley lo permite, como sucede con el Código de Comercio de México, que, en su artículo 1051, dispone que el procedimiento convencional es preferente a todos¹¹.

4.2. El sujeto mediador

La mediación, como se aprecia de lo anterior, tiende a lograr la conciliación de las partes mediante la solución autocompositiva del conflicto, y, según sea la naturaleza de éste, puede darse (i) antes del proceso –con el objetivo de eliminar la confrontación de **pretensiones sustantivas** y, por tanto, excluir el proceso–, o (ii) una vez que se ha instaurado el mismo –con el propósito de diluir el contraste entre las **pretensiones procesales** y, de esa manera, dar por terminado anticipadamente el proceso o, al menos, reducir o limitar las cuestiones controvertidas–.

En la primera hipótesis, los mediadores pueden ser los mismos abogados de las partes, obligados, por razones éticas, a no propiciar pleitos sino a prevenirlos o, en su caso, a procurar el avenimiento de los pretendientes¹²;

¹⁰ No obsta, para la calificación dada en el texto, que algún sector de la doctrina –Alcalá-Zamora incluido– se refiera a este fenómeno como un “aborto procesal”.

¹¹ El artículo 859 del Código Venezolano, al enunciar los casos en que procede el juicio oral, menciona (ordinal 4º) el “convenio de las partes”. Es éste un claro ejemplo de “convenio procesal”.

¹² En Portugal, es común que los abogados, antes de presentar una demanda, intenten la conciliación de su cliente con la contraparte, según informa Ferreira da Silva: *Arbitraje y conciliación. Presente y futuro. La situación en Portugal*. Comunicación a las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, San José, Costa Rica, 2000, p. 15.

pueden ser entidades privadas como el Instituto Mexicano de la Mediación¹³ o la Cámara Internacional de Comercio, que cuenta con su propio reglamento sobre la materia¹⁴; y pueden ser dependencias o entidades públicas como, en México, la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la Procuraduría Federal del Consumidor, la Procuraduría Social del Distrito Federal (en materia de controversias condominales), la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (en tratándose de obras públicas) y aun el Ministerio Público (en el Distrito Federal, en relación con delitos que sólo pueden perseguirse por querrela de parte).

En el segundo caso, la función mediadora corre —debe correr— a cargo del oficio judicial, el cual desempeña un papel de tan relevante importancia que hizo decir a **Adolfo Gelsi Bidart**, **Luis Torello** y **Enrique Vescovi**, redactores de la exposición de motivos del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (el Código Modelo): “*El tema de la **justicia conciliatoria** es uno de los más trascendentes del mundo moderno, dentro de la problemática más general de la justicia, de las formas de acceso a la misma y la búsqueda de fórmulas de alternativa*”¹⁵.

Ahora bien, el hecho de que el juzgador conduzca la mediación no significa que las actuaciones relativas tengan carácter procesal, tanto menos cuanto que, con palabras de **Alcalá-Zamora**¹⁶, si la mediación fracasa y no se produce la conciliación, nada se resuelve; y, si tiene éxito, el conflicto se solucionará por la vía de la autocomposición y no como consecuencia de una decisión del juzgador, quien se habrá de concretar, según sea el caso, a declarar extinguido el proceso como consecuencia del desistimiento de la pretensión por parte del actor, o a asumir el

¹³ El reglamento del Instituto sigue los lineamientos de las Reglas Modelo de Procedimientos para la Conciliación, elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI).

¹⁴ **Ricardo Henríquez La Roche** comenta que, en Venezuela, los “medios de justicia privada” están siendo cada vez más aceptados, y que los mismos se pueden usar antes (o en lugar) del juicio. (*El juez y la magistratura cit.*, p. 545).

¹⁵ *Exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica*, seg. ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, p. 35.

¹⁶ **Niceto Alcalá-Zamora y Castillo** (*op. cit.*, seg. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1970, p. 194) dice que la conciliación (*rectius*, la mediación) ni siquiera llega a la categoría de equivalente jurisdiccional “*porque, o fracasa y no resuelve nada, o prospera, y no puede desembocar más que en alguna de las tres formas de autocomposición*”.

allanamiento del demandado en su resolución definitiva, o a homologar el convenio transaccional de ambas partes¹⁷.

No faltan, desde luego, críticos que consideran que hacer mediador a un juez significa privar a su actividad de uno de los rasgos característicos de la función jurisdiccional: la imposición coactiva *supra partes*, e involucrar al juzgador en el conflicto, con graves riesgos de parcialidad¹⁸.

Los argumentos que suelen esgrimirse en contra de la atribución de la actividad mediadora al juez de la causa se rebaten, en la ya citada exposición de motivos del Código Modelo, con las siguientes razones: (i) El juez es técnico en derecho y conoce mejor que nadie las pretensiones de las partes; y, si no es perito en algunos aspectos técnicos de la materia litigiosa, puede auxiliarse de asesores; y (ii) La pretendida pérdida de imparcialidad y objetividad se sustenta en la idea de un juez pasivo [un testigo de piedra, en palabras de *Lascano*], cuando actualmente se aspira a contar con un juez protagonista en el desenvolvimiento del proceso¹⁹.

La exposición de motivos que se ha mencionado concluye con estas ilustradoras palabras: *"En todos los países donde el proceso es oral, el tribunal interviene activamente, rechaza peticiones, recrimina a las partes y a los abogados que no actúan con lealtad y probidad, inclusive los sanciona, hasta con arrestos... y luego continúa su tarea terminando con la sentencia, sin que nadie piense que ha perdido su imparcialidad"*²⁰.

4.3. Regulación de la mediación

a) El Código Modelo ha advertido sabiamente las dos formas que pueden revestir las pretensiones y el conflicto: en el terreno de lo sustantivo o en el campo de lo procesal, independientemente de que tanto unas como otras, así como el conflicto respectivo, se planteen en sede judicial. Por ello –y sin perjuicio de que la conciliación o la transacción pueden darse en cualquier estado del

¹⁷ Véase el Código Venezolano en materia de conciliación (artículos 257 y 262), de transacción (artículos 255 y 256) y de desistimiento o allanamiento –“convenimiento”– (artículo 263).

¹⁸ **Jorge Antonio Zepeda:** *El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar*. Comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Madrid, junio de 1985). En *Ciencia Jurídica*, Universidad de Occidente, Sinaloa, t. I, año 5, N°. 8, p. 132.

¹⁹ *Cfr.:* **Jorge Antonio Zepeda:** *El árbitro y la mediación*. Memoria del Primer Seminario Regional de Derecho Procesal. Culiacán, Sinaloa, México, 2000, p. 165.

²⁰ Exposición de motivos cit., p. 37.

proceso, con los mismos efectos que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, según se dispone en los artículos 196 y 197–, el Código Modelo ha establecido sendas oportunidades específicas para la mediación del juzgador:

La *audiencia previa de conciliación* es de índole **anteprocesal** y tiene por objeto la solución del conflicto **sustantivo**. Regulada por los artículos del 263 al 267, constituye una condición de procedibilidad de los juicios ordinarios (artículos 263 y 264), por lo que su celebración y el correspondiente citatorio al futuro demandado debe pedirse, antes de instaurar cualquiera de ellos, al juez que sería competente para conocer del proceso por intentar, o bien al tribunal de inferior categoría que determine la ley orgánica²¹. La incomparecencia del citado “se tendrá como presunción simple en contra de su interés en el proceso ulterior” (artículo 265). En el acta relativa se harán constar, entre otros datos, las pretensiones iniciales de las partes, las soluciones propuestas por ellas **y por el tribunal**, así como, en su caso, los aspectos en que concuerden y aquéllos en que disientan (artículo 266). “La conciliación acordada tiene los mismos efectos y está sujeta a los mismos requisitos que la transacción aprobada judicialmente” (artículo 267).

La *audiencia preliminar* es, en cambio, de carácter **procesal** y persigue la solución del conflicto entre las **pretensiones procesales** o, en su caso, la depuración del proceso, como se verá más adelante. En cuanto a lo primero, el artículo 298.3 del Código Modelo ordena que la audiencia será convocada una vez transcurridos los plazos de la fase postulatoria (demanda y contestación, así como, en su caso, reconvenición y respuesta del reconvenido), para que en ella tenga lugar la “*Tentativa de conciliación, que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos*”, según se dice en el artículo 301.3 de dicho ordenamiento. La comparecencia de las partes constituye una carga procesal (artículos 300.2 a 300.4), pues la inasistencia del actor se tendrá como desistimiento de su pretensión, y la del demandado determinará que se pronuncie sentencia de inmediato, en la cual se reputarán ciertos los hechos afirmados por su contraparte²².

²¹ A propósito del carácter de condición de procedibilidad que tiene la audiencia previa de conciliación, debe señalarse que el artículo 267.2 del Código Modelo dispone que, si no se agregare constancia de su celebración, lo actuado en el proceso no será nulo, pero el procedimiento se suspenderá hasta que se satisfaga tal requisito.

²² Esta presunción de certeza sólo se da respecto de aquello de lo que no exista prueba en contrario (art. 300.3), y no opera “*si la cuestión planteada es de orden público, si se tratare de derechos indisponibles o si los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por confesión*” (art. 124, seg. párr.).

b) El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (el Código Distrital) regula la "audiencia previa y de conciliación"²³. En su artículo 272-A, que se refiere a la depuración del proceso y a la tentativa de conciliación, dispone que la última estará a cargo de un conciliador adscrito al juzgado, quien "*preparará y propondrá a las partes alternativas de solución al conflicto*"²⁴. La audiencia se celebra una vez producida la contestación de la demanda y, en su caso, la de la reconvencción en el juicio ordinario, aunque la diligencia de que se trata también se prevé para algunos procedimientos especiales: el de divorcio necesario, cuando se trata de ciertas causales (previstas en las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267); el de divorcio por mutuo consentimiento (artículos 675 y 676); el de controversias de orden familiar (artículo 941); y el de las de arrendamiento inmobiliario (artículo 961). De manera general, el artículo 55 dispone que los conciliadores estarán facultados para intentar la conciliación en todo tiempo, antes de que se dicte sentencia²⁵.

Conforme al Código Distrital, la sanción por incomparecencia de cualquiera de las partes a la audiencia previa y de conciliación conlleva la imposición de una multa, por lo que resulta obvio que su asistencia no constituye una *carga*, sino una *obligación* procesal. Es evidente que, en este punto, el Código Modelo supera con mucho el régimen de la legislación mexicana.

c) El Código de Procedimiento Civil de Venezuela (el Código Venezolano), en el Título V del Libro Primero, establece las reglas concernientes a la terminación del proceso y, después de referirse al modo *normal* en que ésta se produce (por virtud de la sentencia), se ocupa de los casos de la llamada terminación *anormal*, a saber, los medios autocompositivos.

En cuanto a las soluciones autocompositivas intraprocesales de carácter unilateral, el artículo 263 establece que el desistimiento de la demanda, así como el "convenimiento" (allanamiento) respecto de ella por parte del demandado, conducen a que el juez dé por consumado el acto —el cual "es

²³ Cfr.: **Fernando Flores García**: *Audiencia previa y de conciliación*. En Diccionarios jurídicos temáticos, vol. 4, Derecho procesal, seg. ed., Oxford University Press, México, 2000, pp. 42-43. El citado profesor menciona el Código Procesal Civil para el Estado de Morelos, de cuyo anteproyecto es autor, y recomienda el uso de la denominación: "audiencia de conciliación y depuración".

²⁴ *Rectius*, "opciones o posibilidades de solución del conflicto".

²⁵ Es notable que nada se disponga sobre la mediación cuando se trata de juicios de menor cuantía, en los cuales la conciliación resulta más viable por razón natural. Pero ha de entenderse que el juez tiene la facultad establecida en el artículo 55 que se cita en el texto.

irrevocable aun antes de la homologación del Tribunal— y a que se proceda como en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, *“sin necesidad del consentimiento de la parte contraria”*²⁶.

La transacción intraprocesal —que es una forma bilateral de autocomposición— se prevé en los artículos 255 y 256, que le atribuyen *“la misma fuerza que la cosa juzgada”*, pero exigen la homologación judicial para que pueda procederse a la ejecución.

Los artículos 257 y 262 hacen —implícita, pero indudablemente— la distinción apuntada con anterioridad entre la mediación y la conciliación. De acuerdo con el primero, el juzgador **puede**, en todo tiempo (anterior a la sentencia) *“excitar a las partes a la conciliación, tanto sobre lo principal como sobre alguna incidencia, aunque ésta sea de procedimiento, exponiéndoles las razones de conveniencia”*, lo que revela su papel de mediador. Y, conforme al segundo, *“La conciliación (obra de los litigantes) pone fin al proceso y tiene entre las partes los mismos efectos que la sentencia definitivamente firme”*. Y aún puede añadirse la posibilidad de que, por esta vía conciliatoria, se logre la reducción de la materia litigiosa, pues el artículo 397, al referirse a la confesión, dispone que cada parte debe expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos, para que el juez pueda fijar los acordados (no sujetos a prueba).

Hay otras materias y procedimientos en que puede —y, a las veces, debe— intentarse la conciliación. Tales son, ejemplificativamente, los casos: (i) de los artículos 756 y 757 del Código Venezolano, que establecen la obligatoriedad de dos audiencias previas a que se decrete el divorcio o la separación de cuerpos, en el entendido de que, *“al llegar la definitiva, en caso de alegarse reconciliación por alguno de los cónyuges, de pleno derecho se abre una incidencia innominada para resolver el planteamiento”*²⁷; (ii) de las normas contenidas en la legislación procesal del trabajo, que, en Venezuela, resultan sumamente interesantes y en las que se plasman los institutos de la mediación y el arbitraje²⁸; del artículo 34

²⁶ Por su lado, el artículo 363, inserto en el capítulo IV (De la contestación de la demanda) del Título I (De la introducción de la causa), Libro Segundo (Del procedimiento), previene que, si hay convenimiento (allanamiento) total respecto de la demanda, *“quedará ésta terminada y se procederá como en cosa juzgada, previa la homologación del convenimiento por el Tribunal”*.

²⁷ Mariolga Quintero Tirado: En *El juez y la magistratura cit.*, p. 565.

²⁸ Los comentarios sobre la legislación procesal del trabajo requerirían de mucho más espacio y tiempo que los previstos para esta exposición, por lo que, lamentablemente, deben omitirse por ahora.

del Código Orgánico Procesal Penal, que establece una especie de transacción en el ámbito de lo penal al disponer: "*cuando el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos, el juez podrá, desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima*"²⁹.

Por último, como está dicho en nota de pie de página, el Código Venezolano reconoce la posibilidad de convenios procesales al disponer, en el ordinal 4° del artículo 859, que el procedimiento oral debe seguirse cuando así lo disponga la ley o **lo convengan las partes**. Otro tanto resulta del texto del artículo 257 ya citado, cuando se refiere a la conciliación "*sobre alguna incidencia, aunque ésta sea de procedimiento*".

4.4. Eficacia y eficiencia de la mediación

Si la mediación es un instrumento o mecanismo para lograr la conciliación, vale usar aquí los términos que **Briseño Sierra** emplea para el proceso: la mediación, en tanto procedimiento, es **eficaz** si los actos integradores de éste se producen y conectan adecuadamente; y resultará **eficiente** si se logra el resultado apetecido: la conciliación.

La eficacia de la mediación depende, fundamentalmente, de las normas que regulan el procedimiento, no menos que del juez que aplica las primeras y dirige el segundo; la eficiencia, por su lado, descansa, básicamente, en el cumplimiento de las obligaciones y en la liberación de las cargas que la ley establece, vale decir: en la probidad y buena fe de los litigantes y de los postulantes, que debe incidir en la eliminación o disminución de su "espíritu de litigiosidad".

Para verificar en qué medida los conceptos expuestos se han vertido en las normas de derecho positivo³⁰, es conveniente comparar las disposiciones de los tres cuerpos legales que se han citado y comentado arriba, en el entendido de que los preceptos del Código Modelo **están**

²⁹ Sobre las diversas materias en que, de acuerdo con las legislaciones de diversos países, puede darse la mediación, con expectativas de conciliación, véase: **Jorge Antonio Zepeda**: *Conciliación y arbitraje*. Ponencia general ante las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Memoria, San José, Costa Rica, 2000, t. I, pp. 22-47.

³⁰ El **paraíso** y el **purgatorio** de que habla **Gómez Lara** (*supra*, capítulo 1 y nota 2). Otro tema es el del **infierno** de la realidad: ¿Cómo actúan, de hecho, los jueces, las partes y sus abogados? ¿No se trata, acaso, del infierno de la conducta procesal?

vigentes en Uruguay, en cuyo Código General del Proceso fueron recogidos prácticamente de manera literal (aunque con variaciones en la numeración)³¹.

a) En lo que toca a la oportunidad de la mediación en el proceso civil ordinario, (i) El Código Modelo regula dos audiencias: la previa (anteprocesal) y la preliminar (intraprocesal)³²; (ii) El Código Distrital sólo consigna una posibilidad: la audiencia previa y de conciliación; y (iii) El Código Venezolano no dispone la celebración de audiencia alguna para estos efectos, ni siquiera cuando se trata del procedimiento oral pues, en éste, la audiencia preliminar se concreta, en los términos del artículo 868, a "*la fijación de los límites de la controversia*", mediante la indicación de los hechos que se admitan por cada parte, los que ellas consideren probados con los elementos aportados con la demanda y con la contestación, las pruebas que estimen superfluas, impertinentes o dilatorias, y aquéllas que propondrán en el lapso probatorio³³.

b) En lo que se refiere al carácter facultativo o imperativo de la tentativa de conciliación, (i) El Código Modelo atribuye a la audiencia previa el carácter de condición de procedibilidad, y, para los efectos del proceso ulterior, sanciona la inasistencia a la primera con una presunción simple en contra del interés del ausente; mientras que, si se trata de la audiencia preliminar, la comparecencia tiene tal carácter de **carga procesal** que la falta del actor se reputa desistimiento de su pretensión, y la del demandado es considerada confesión, pues provoca que se pronuncie sentencia desde luego; (ii) El Código Distrital, en cambio, impone a las partes la **obligación procesal** de comparecer, por lo que el incumplimiento determina la imposición de una multa, sin más consecuencias procesales; y (iii) Del Código Venezolano nada hay que decir, salvo que el juez, en ejercicio de sus facultades de

³¹ Profesores, investigadores y abogados están contestes en que los resultados de la aplicación de este nuevo Código General del Proceso ha sido altamente satisfactorio para los uruguayos.

³² El sistema de doble audiencia resulta ventajoso porque la previa abre la posibilidad de excluir absolutamente el proceso; porque, si ello no se logra, se propicia al menos el mejor conocimiento de la litis por parte del juzgador (ya sea por su contacto con los futuros litigantes, si actúa quien ha de entender en el proceso ulterior, o bien por la lectura del acta que se hubiera levantado ante un juzgado de nivel inferior); y porque la doble oportunidad facilita que los litigantes conozcan más ampliamente sus respectivos casos y las posibilidades de solución, a la que tal vez lleguen mejor dispuestos al celebrarse la audiencia preliminar.

³³ Sin embargo, sí hay lugar a la audiencia de mediación-conciliación en otros casos, como los indicados en el inciso c) del apartado 4.3, y, señaladamente, en materia laboral.

impulsor y director del proceso (artículo 14), convoque a una diligencia de avenimiento, en la cual excite a las partes a la conciliación (artículo 257), caso en el cual estaríamos simplemente frente a una eventualidad.

c) En lo que atañe al sujeto mediador, cabe advertir lo siguiente: (i) El Código Modelo dispone que el tribunal no puede delegar el ejercicio de sus atribuciones, ni dejar de presidir la audiencia³⁴, so pena de nulidad (artículos 8°, 95 y 265.3); que debe ejercer una función protagónica y, en la audiencia previa, **proponer** soluciones a las partes (artículo 266, numeral 2), mientras que, en la preliminar, ha de realizar personalmente la tentativa de conciliación (artículo 301, apartado 3°); (ii) El Código Distrital encomienda esta delicada función a los conciliadores adscritos al juzgado con el pretexto de que son (o deben ser) expertos, argumento que ha quedado rebatido en el apartado 4.2, sin que pueda alegarse que, si el juez no se encarga de la mediación, tendrá más tiempo que dedicar a su labor de decisión, puesto que la citada audiencia debe ser presidida por el propio juez; y (iii) En el Código Venezolano sólo se aprecia una facultad del juzgador para excitar a las partes –cuando él lo crea conveniente– a conciliar sus diferencias (artículos 14 y 257); pero ha de señalarse que, cuando se designan relatores en los términos de los artículos 125 y 861, éstos realizan labores de “*sustanciación y estudio de las causas*”, por lo que el juez no participa en acto alguno de mediación.

d) En lo que respecta a la actuación de las partes, (i) El Código Modelo, en su artículo 300.1, ordena **la comparecencia personal** (y no por representante) de las partes que sean personas físicas, a la audiencia preliminar (y debe entenderse, por mayoría de razón, que la misma regla es aplicable a la audiencia previa); y, en sus artículos 5° y 73, dispone que las partes “*ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe*”; que el tribunal deberá impedir cualquier conducta ilícita o dilatoria; y que los actos procesales “*deberán ser lícitos, pertinentes y útiles*”; (ii) El Código Distrital es más genérico: en su artículo 61 se refiere a las faltas de decoro y probidad, las cuales se sancionan con una multa; y, en el 72, ordena que no se admitirán instancias o promociones notoriamente frívolas o improcedentes, las cuales

³⁴ Discrepo del criterio de los redactores del Código Modelo en cuanto se establece la posibilidad de que el competente para la audiencia previa sea el juez “*de menor jerarquía en la escala judicial*” (artículo 265). Ello va en contra del postulado de inmediación toda vez que será otro, el juez del proceso ulterior, quien presida la audiencia preliminar. El juez de la causa podrá dirigir con mayor eficacia la preliminar si ya conoce la litis por haber intervenido en la previa.

se desecharán de plano; (iii) El Código Venezolano dice, en su artículo 17: *"El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesal, o cualquier acto contrario a la majestad de la Justicia y al respeto que se deben los litigantes"*³⁵.

e) Como puede apreciarse de lo dicho en este apartado y en el anterior, falta en el Código Venezolano una concreta regulación de las actividades de mediación; y, en el mismo, al igual que en el Distrital, se observa poco cuidado del legislador en la definición del papel protagónico que debe corresponder al juzgador, así como en la determinación de la responsabilidad en que incurre al delegar sus funciones directoras del proceso; en la instauración cabal del *juicio por audiencias*³⁶, en el que se respeten las reglas de concentración, inmediación y no recurribilidad de las resoluciones intraprocesales; en el establecimiento de la imperatividad de la mediación y en la precisión de consecuencias procesales –no meramente administrativas– de la omisión de las partes en la liberación de las cargas de comparecencia y participación constructiva en las audiencias orientadas al logro de la conciliación, aunque ésta no se alcance o se obtenga sólo parcialmente; y en la imposición de severas sanciones, tanto disciplinarias cuanto procesales, por la falta de lealtad y probidad, así como por la realización de maniobras meramente dilatorias del proceso³⁷.

Hay, a no dudarlo, una forma de impunidad cuando los sujetos del proceso, incluido el personal del oficio judicial, observan una indebida conducta procesal que, por omisión o deficiencia de la ley, o por negligencia o tolerancia de las autoridades competentes, no se sanciona debidamente,

³⁵ Véase también el artículo 170, relativo a los deberes de las partes, sus apoderados y abogados asistentes. En él se reitera el requerimiento de lealtad, probidad y veracidad; se prohíben las promociones sin fundamento, con la sanción de condena al pago de daños y perjuicios; y se establecen los casos en que se presume la temeridad o mala fe.

³⁶ Se ha preferido esta denominación –juicio por audiencias–, tanto porque responde plenamente a la naturaleza del procedimiento, cuanto porque la de "juicio oral" provoca, a las veces, la idea de la supresión absoluta de la escritura.

³⁷ En el artículo 51 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que –según se sabe– entrará en vigor el 16 de agosto de 2003, el legislador venezolano dispone que el juez debe *"prevenir o sancionar la falta de lealtad y probidad en el proceso"*, y establece, además de la administrativa y/o penal, una sanción auténticamente procesal: *"...podrá el Juez extraer los elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, sus apoderados o los terceros..."*.

así en el plano de lo procesal, como en el terreno de lo administrativo, y aun en el orden penal.

Es lamentable reconocer que, en México, esa impunidad se sigue manifestando no obstante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, en jurisprudencia obligatoria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley de Amparo: *"CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES. La conducta procesal de las partes es un dato objetivo de convicción para el juzgador, que debe tomarse en cuenta, sin que por ello se violen las garantías individuales"*. (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, año 2000, tomo VI).

Si se examina con cuidado el Código Modelo, fruto de más de diez años de esfuerzos conjuntos de numerosos juristas asociados en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y si se deja de lado el temor al cambio, se llegaría a la conclusión de que bien vale la pena incorporar su texto en nuestras legislaciones. La experiencia del Uruguay es reveladora.

En conclusión, considérese que, de esta manera, pueden hacerse realidad las palabras de **Briseño Sierra**: *"Con la buena voluntad de las partes, la adecuada dirección del juzgador y sobre todo el respeto entre sí, los conflictos pueden reducirse a su mínima expresión"*³⁸.

5. EL SANEAMIENTO.

A propósito de la evolución de la doctrina y de las reformas legislativas en esta materia, he dicho, en otra ocasión, que tanto la primera como las segundas *"transitan del formulismo riguroso, que crea trampas y obstáculos, a la formalidad, que salvaguarda los derechos de las partes y la regularidad del procedimiento, sin necesidad de actos o expresiones sacramentales; del sometimiento ritual en beneficio de la apariencia, a la apreciación de la sustancia; de la superficialidad de la forma, a la consideración del conflicto. La regularidad in procedendo sirve y debe servir de premisa a la justicia in iudicando"*³⁹.

El objetivo del saneamiento, según las ideas de **Ayarragaray**, es que, a través de un procedimiento "inmaculado", se dicte *"una sentencia en la*

³⁸ **Humberto Briseño Sierra**: *Los principios procesales y la reforma procesal*. En Derecho Procesal Moderno, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, Colombia, 1988, p. 19.

³⁹ **Jorge Antonio Zepeda**: *El saneamiento del proceso...* cit, p. 118.

cual triunfe la justicia dando a cada uno lo suyo, y no que consagre un pronunciamiento que lleve el sello de la superchería, de la maniobra, de la deficiencia procesal, del triunfo del ritual, existente desde el principio de la formación del proceso o introducido en él, durante su crecimiento"⁴⁰.

Ahora bien, si del marco de las expresiones asaz literarias, nos trasladamos a un plano estrictamente técnico, encontraremos que el proceso puede verse afectado en varias dimensiones: desde su objeto o contenido sustancial hasta las formas que su desarrollo debe revestir, pasando, de la manera más relevante, por los aspectos relativos a su constitución. Es a propósito de estas circunstancias que la doctrina mayoritaria se refiere a lo que de modo genérico llama los "presupuestos procesales", mismos que, conforme a la autorizada opinión de **Briseño Sierra**, deben ser denominados "condiciones del proceso", las cuales abarcan: (a) el supuesto; (b) los presupuestos, propiamente dichos; y (c) los requisitos⁴¹.

El *supuesto* del proceso es el **conflicto sustantivo**, y tiene tal carácter porque sin su preexistencia es inimaginable proceso alguno, aunque debe reiterarse que, al establecerse la relación procesal, el conflicto se torna también procesal⁴², se actualiza en el proceso. Los *presupuestos* son tales —son "pre"— porque existen antes de que surja un proceso, cualquiera que sea, pero no son operantes hasta que alguno comienza: la **competencia** del juzgador, la **legitimación** de las partes (su aptitud para estar y/o para actuar en un proceso dado), la **vía** reglada y la **secuencia procedimental** prevista legalmente. Y los *requisitos* son las **modalidades formales** que deben revestir las actuaciones al instaurarse un proceso o durante su desarrollo.

5.1. Cuestiones pasibles de saneamiento

Toda vez que se puede incurrir en indefiniciones, imprecisiones, vicios, deficiencias, omisiones o irregularidades de cualquier naturaleza en relación con el supuesto, los presupuestos o los requisitos del proceso, son justamente estas condiciones las que deben ser atendidas, ora para

⁴⁰ Carlos A. Ayarragaray: *El principio de la inmaculación del proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1927, p. 32.

⁴¹ Cfr.: Jorge Antonio Zepeda: *Presupuestos procesales*. En *Diccionarios jurídicos temáticos* cit., vol. IV, pp. 205-206.

⁴² En los procesos aparentes, simulados o fraudulentos, sin embargo, no existe conflicto sustantivo, aunque se le alega; pero sí se da un formal conflicto de pretensiones procesales.

prevenir los defectos o, en su caso, subsanarlos, ya para impedir la consumación de un proceso maculado, que siempre conlleva el riesgo de una sentencia injusta⁴³.

En lo que sigue se intentará clasificar de un modo sistemático las diversas cuestiones cuya desatención, inobservancia o incumplimiento pueden impedir la constitución del proceso, obstaculizar su adecuado desarrollo o incidir en la incorrección o injusticia del pronunciamiento de mérito. Esa clasificación se ajustará a la que ya se hizo de los aspectos antes enunciados –condiciones del proceso–, aunque ha de advertirse que, a las veces, la conexión entre una determinada cuestión y la condición con la que se le relaciona no siempre es rigurosamente limitativa, pues algunos de los impedimentos, obstáculos o irregularidades en comento pueden estar referidos a más de una de las aludidas condiciones⁴⁴.

a) *El supuesto del proceso*. Si el supuesto –*sine qua non*– es el conflicto sustantivo, la confrontación de pretensiones planteadas ante el juzgador mediante el accionar de las partes⁴⁵ constituye el conflicto procesal que ha de ser resuelto por el juzgador. Por esto último se dice que el conflicto –*litigio*, según **Carnelutti**– es el contenido del proceso, aunque sería más apropiado sostener que el conflicto es el *objeto* del proceso y de la sentencia que le pone fin.

(i) **Precisión de la litis**. La fijación de los alcances y límites de las cuestiones debatidas o por debatir en el proceso es de gran trascendencia, no sólo porque sobre ellas habrá de resolver el juzgador, sino también porque, desde mucho antes del pronunciamiento de mérito, su contenido sustancial influye en la determinación de la competencia del juzgador y de la legitimación causal de las partes, así como en otros aspectos de no menor relevancia para la viabilidad o el desarrollo del proceso, como son la litispendencia, la conexidad, la cosa juzgada, la pertinencia de la prueba, etc.

⁴³ La enunciación general de estos temas se hace en los artículos 123 del Código Modelo (excepciones previas), 35 y del 272-A, último párrafo, al 272-E del Código Distrital (excepciones procesales) y 346 del Código Venezolano (cuestiones previas).

⁴⁴ Así, por ejemplo, la falta de precisión de la litis es deficiencia en la revelación del conflicto (supuesto); puede eventualmente deformar la configuración del objeto del proceso de una manera tan pronunciada que se estime competente a un juez que en verdad no lo es (presupuesto); y puede también incidir en un inadecuado tratamiento probatorio (requisito).

⁴⁵ La acción *refiere*, porta, lleva la pretensión, al decir de **Brisño Sierra**, no solamente al instaurarse la demanda, sino también al ser contestada, y durante todo el desarrollo del proceso.

Por eso llama la atención que, si desde la *litis contestatio* y la expedición de la *formula* romanas, se llegó al establecimiento de un momento procesal de *fijación de la litis*, luego se haya soslayado, en algunas legislaciones, la importancia de dicho acto⁴⁶. El Código Distrital contiene un rubro sobre la “*fijación de la cuestión*” (artículos 255 a 257), pero ésta se hace con el señalamiento de los datos que deben contener la demanda y la contestación y, cuando la primera es “*oscura o irregular*”, con las aclaraciones que requiera el juez (antes del emplazamiento). El Código Venezolano, al regular la audiencia preliminar en el procedimiento oral (artículo 868), ordena que cada parte exprese si conviene en alguno o algunos de los hechos sostenidos por la contraria, “*determinándolos con claridad*”, y que harán “*cualesquiera otras observaciones que contribuyan a la fijación de los límites de la controversia*”. Véase, en el mismo sentido, el artículo 397, inserto en el capítulo relativo a la promoción y evacuación de los medios de prueba, en el que se indica que, con las expresiones de conformidad o inconformidad de cada parte con los hechos expuestos por la contraria, **el juez podrá fijar los acordados**, que no quedarán sujetos a prueba.

No parecen satisfactorias las normas vigentes que se han comentado. Sin embargo, no sucede lo mismo con las del Código Modelo. Este, en su artículo 301, ordinales 1° y 6°, dispone que, en la audiencia preliminar, se ratifican los escritos de postulación; se pueden alegar nuevos hechos, pero sin modificar la pretensión; se aclaran los puntos que resultaren oscuros o imprecisos; y **se fija en definitiva el objeto del debate**, lo que permite decidir si se admiten o desechan las pruebas ofrecidas y hace posible, incluso, que algunas de éstas sean asumidas en el mismo acto⁴⁷.

(ii) **Litispendencia**. Regulada en los artículos 35, fracción II y segundo párrafo, del Código Distrital y 51 y 61 del Código Venezolano, el numeral 38 del primero determina que existe litispendencia “*cuando un juez conoce ya de un juicio en el que haya identidad entre partes, acciones (**rectius**, pretensiones) deducidas y objetos reclamados, cuando las partes litiguen con el mismo carácter*”. Esta identidad conlleva, de no adoptarse medidas de saneamiento, la seguridad de que se juzgaría dos veces respecto de un mismo caso, así como la posibilidad de que las sentencias respectivas

⁴⁶ Así, por ejemplo, fueron derogados los artículos del Código Distrital (265 ss.) colocados bajo el rubro “De la fijación de la litis” (Decreto de 30 de diciembre de 1996, publicado el 21 de enero siguiente en el Diario Oficial de la Federación).

⁴⁷ Las pruebas que, por su naturaleza, no puedan evacuarse en la audiencia preliminar, se desahogan en la llamada “complementaria”, que es, en realidad, la final.

fueran contradictorias entre sí. Con ello se violaría el principio de *ne bis in idem* y se vulneraría el derecho a la seguridad jurídica.

Por las razones indicadas, esta excepción se incluye entre las que deben examinarse en la audiencia previa del Código Distrital (artículo 272-E)⁴⁸ o preliminar del Código Modelo (artículo 123, ordinal 2°), y se consigna igualmente en el listado del artículo 346, ordinal 1°, del Código Venezolano⁴⁹, cuerpo legal que autoriza la declaración oficiosa del juez que interviene con posterioridad en la citación para la contestación de la demanda, como lo hace igualmente el Código Modelo en el último párrafo del citado artículo 123, que defiende la competencia a favor del juez que hubiera prevenido. Como es obvio, el efecto de la declaración de que existe litispendencia es el sobreseimiento o extinción del segundo proceso y el archivo del expediente (artículos 35, segundo párrafo, del Código Distrital, 353 del Código Venezolano y 302.3 del Código Modelo).

(iii) **Conexidad.** Si la litispendencia deriva de que, en dos diversos procesos, hay identidad de partes —que litigan con el mismo carácter— y de pretensiones, así como del objeto y de la causa (título) de éstas, no resultaría aventurado pensar en que la conexidad es una forma parcial de pendencia litigiosa, porque existe cuando hay identidad de personas y pretensiones (“acciones”, “título”); o bien de personas y cosas (“objeto”); o bien de pretensiones y cosas (“objeto”); o bien de causa o título (de la pretensión), aunque, en cada caso, varíen los demás elementos que las leyes señalan en relación con la conexidad. Éstos, en términos más técnicos, son, por un lado, **las pretensiones** y, por el otro, **los sujetos, el objeto y el título de las mismas**⁵⁰. El “parentesco procesal” aludido explicaría que el Código

⁴⁸ En este precepto, el legislador mexicano descubre —como nuevo Perogrullo— que “*el Juzgador resolverá con vista de (sic, por “en”) las pruebas rendidas*”. Ese es todo el contenido normativo del artículo, el cual hace extensivo el precepto transcrito a los casos de conexidad y cosa juzgada.

⁴⁹ En el mismo ordinal 1° del artículo 345, el Código Venezolano agrupa las excepciones de falta de jurisdicción, de incompetencia y de conexidad, las cuales se separan en esta exposición por ser de naturaleza diversa.

⁵⁰ Los artículos 39 del Código Distrital y 52 del Código Venezolano desarrollan los mismos conceptos, aunque con variación de expresiones (las encerradas en paréntesis rectangulares corresponden al venezolano), cuando hablan de la identidad de personas y acciones (pretensiones), aunque las cosas sean diversas [o bien de la identidad de personas y título, aunque el objeto sea distinto]; cuando se refieren a la identidad de personas y cosas, aunque las acciones (pretensiones) sean diversas [o bien de la identidad de personas y objeto, aunque el título sea diferente]; cuando mencionan que las acciones (pretensiones) provienen de una misma causa (título), aunque sean

Modelo no incluya la conexidad en la lista de excepciones previas (artículo 123) y que, en cambio y *contrario sensu*, señale los requisitos que deben tener las pretensiones para ser acumulables en una misma demanda (artículo 113), y se refiera, por otro lado, a la indebida acumulación de pretensiones (artículo 123, ordinal 3°).

Ahora bien, como la conexidad puede conducir a vicios análogos a los indicados respecto de la litispendencia, aquélla es pasible de saneamiento y es tratada como excepción procesal (artículo 35, fracción III, del Código Distrital) o como cuestión previa (artículo 346, ordinal 1°, del Código Venezolano); pero, como la pendencia litigiosa es sólo parcial —pues se halla referida a la identidad de sólo dos de los cuatro elementos considerados (y, en un caso, únicamente al título o causa de la pretensión)—, no se justificaría la extinción de ninguno de los procesos conexos, pero su acumulación resulta obligada para sanear ambos. Así se ve de lo dispuesto en los artículos 35, segundo párrafo, del Código Distrital y 353 del Código Venezolano. E igual solución debe entenderse aplicable al caso del Código Modelo por las razones expresadas al final del párrafo anterior.

(iv) **Cosa juzgada.** Es éste uno de los temas más profusamente tratados en la doctrina, a la cual se hace remisión. De los códigos que ahora se comentan, sólo el venezolano contiene sendas definiciones: respecto de la cosa juzgada material, dice que la sentencia "*definitivamente firme es ley entre las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro*" (artículo 273); y, en relación con la cosa juzgada formal, consigna una terminante prohibición: "*Ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia*", aunque se deja a salvo la posibilidad de los recursos previstos en la ley, así como la autorización de revisión que la misma consagre (artículo 272)⁵¹.

La denominación doctrinaria y legal de la figura en comento proviene de la frase latina *res iudicata*, que se ha traducido precisamente como "cosa juzgada". Pero los filólogos tendrían mucho que decir acerca del valor semántico que los romanos daban al vocablo *res*, y acaso sostendrían que

diversas las personas y las cosas [o bien de un mismo título, aunque difieran las personas y el objeto]; y cuando señalan la identidad de acciones (pretensiones) y de cosas, aunque las personas sean distintas [o bien la identidad de título y objeto, aunque las personas sean diferentes].

⁵¹ Por ejemplo, el artículo 328 consigna las causales de la revisión extraordinaria: indebida citación, falsedad del documento base de la pretensión o retención de éste por la contraria, cosa juzgada inadvertida, incompetencia en la última instancia.

sería más apropiada la traducción si se dijera “asunto decidido”, “cuestión juzgada”. En este sentido, resulta conveniente hablar, con **Briseño Sierra**, de **caso juzgado**.

Así se entiende más claramente (y discúlpese la inevitable repetición de vocablos), que no puede juzgarse un caso que ya ha sido juzgado, que no puede decidirse sobre un caso que ya ha sido decidido, pues ello violaría el principio de *ne bis in idem* y atentaría contra el derecho a la seguridad jurídica. Por estos motivos, los códigos de que ahora se habla atribuyen al caso juzgado el carácter de excepción previa (Código Modelo, artículo 123, ordinal 8°), o de excepción procesal (Código Distrital, artículo 35, fracción VIII), o de cuestión previa (Código Venezolano, artículo 346, ordinal 9°).

Y es de advertirse que la procedencia del saneamiento en esta materia es a tal punto relevante que el Código Modelo, en el último párrafo del artículo citado, dispone que el juez puede revelar de oficio esta causa impeditiva del nuevo juzgamiento, mientras que el Distrital ordena que la cuestión se decida en la audiencia previa (artículo 42, en relación con el 272-E)⁵². Por lo demás el efecto de la declaración de que el caso ya ha sido juzgado es obvio: la demanda se tendrá por desechada y el nuevo proceso se extinguirá (artículo 356 del Código Venezolano).

(v) **Transacción**. Si la transacción intraprocesal, como quedó indicado en su lugar, resuelve el conflicto procesal y determina la extinción del proceso, la transacción anterior al juicio soluciona el conflicto sustantivo y evita el proceso. Por ello, si una de las partes demanda a la otra respecto de lo ya transigido, su pretensión debe ser desechada *in limine*, toda vez que falta el supuesto *–sine qua non–* del proceso, vale decir: no hay conflicto jurídicamente trascendente.

En tal virtud, el artículo 123, ordinal 8°, del Código Modelo considera que la transacción es una excepción previa que puede oponerse por el demandado o, inclusive, revelarse de oficio por el juez (último párrafo del precepto citado). Y ello es apenas natural porque, al fin de cuentas, la transacción vincula legalmente a las partes, las cuales deben estar y pasar por lo convenido. Por ende, al demostrarse la existencia previa de la transacción, el proceso ha de declararse extinguido.

⁵² Sin embargo, en la práctica, es harto raro que el juzgador cumpla con este deber pues, por regla general, el tema se decide en la sentencia definitiva.

(vi) **Prescripción o caducidad.** Sin que sea este el lugar apropiado para analizar las diversas posiciones doctrinarias respecto de la diferencia entre prescripción y caducidad –la cual, para los efectos de esta exposición, es irrelevante–, el hecho⁵³ es que, por un motivo o por el otro, el derecho sustantivo se extingue, por lo que el derecho subjetivo de acción carece de sustento.

El Código Modelo consigna esta excepción previa en el ordinal 7° del artículo 123, en cuyo último párrafo se faculta al juez para actuar oficiosamente en la materia. Por su parte, el artículo 346, ordinal 10°, del Código Venezolano incluye la “caducidad de la acción” (*rectius*, del derecho) como cuestión previa, cuya demostración origina que la demanda se tenga por desechada y que el proceso se extinga (artículo 356). Ello es así porque, al no existir ya el derecho sustantivo, no puede legalmente haber una pretensión sustantiva ni, mucho menos, puede jurídicamente hacerse valer una procesal, de donde resulta que no puede existir un conflicto de pretensiones que deba ser resuelto por la vía procesal.

(vii) **Plazo o condición.** Si la exigibilidad de una obligación está sujeta a un plazo o a una condición suspensiva, es obvio que, mientras no venza el primero o no se satisfaga la segunda, no puede existir el derecho de reclamar el cumplimiento⁵³, ni en el terreno de lo sustantivo, ni en el campo de lo procesal: la pretensión, sea de una naturaleza o de la otra, no puede hacerse valer sino hasta que sobrevenga el término o se dé la condición. Mientras eso sucede, no puede jurídicamente existir un conflicto pretensional ni, por ende, puede darse curso a un proceso.

No es –aclárese– que no pueda instaurarse un proceso. Es que **todavía** no puede comenzar, **aún** no puede plantearse una demanda. Por eso, los artículos 35, fracción V y párrafo tercero, del Código Distrital, y 346, ordinal 7°, y 355 del Código Venezolano, regulan la figura como excepción procesal y como cuestión previa, respectivamente, y atribuyen a su demostración los efectos que más adelante se indicarán.

En las circunstancias apuntadas, y dado que la excepción no es impeditiva sino obstaculizante, teóricamente podría pensarse en que, planteada la misma sin que se objete la futura exigibilidad de la obligación, el proceso se adelante hasta concluir en una sentencia merodeclarativa, o

⁵³ Se deja de lado la discusión doctrinaria acerca de la naturaleza del derecho –o expectativa de derecho– material sujeto a condición suspensiva.

en una de condena con ejecución diferida o condicionada. Pero cualquiera de estas soluciones atenta contra la regla de economía procesal, y aun llega a lo extremo de lo absurdo si se considera la posibilidad de que el obligado cumpla espontáneamente en el futuro, al vencer el plazo o darse la condición.

El tratamiento legislativo es diverso en los Códigos Distrital y Venezolano. De acuerdo con el primero, si se declara procedente la excepción, el efecto será "*dejar a salvo el derecho, para que se haga valer cuando cambien las circunstancias que afectan su ejercicio*", lo que implica que el proceso actual se extinga. Conforme al segundo ordenamiento, el juicio prosigue su curso hasta antes de que se dicte sentencia, momento en el cual se produce su suspensión. Parece claro que la solución del Código Distrital es más adecuada que la del Venezolano porque, según quedó indicado en el párrafo anterior, la prosecución del juicio podría resultar inútil si el deudor cumple oportunamente con su obligación.

b) *Los presupuestos del proceso.* Los conceptos elementales y, por ello, inescindibles del proceso son la acción y la jurisdicción, y la conexión entre los dos últimos resulta en el compuesto que es el primero (**Briseño Sierra**)⁵⁴. Jurisdecir, esto es, ejercer la actividad directora del proceso, corresponde al juez. Accionar en el debate incumbe, básicamente, a las partes, pero también compete a los terceros intervinientes a quienes afectan las pretensiones deducidas por aquéllas. El juez, las partes y los terceros aludidos son los protagonistas del proceso y los responsables de la secuela procedimental. Por ende, el saneamiento tiene que ver con la válida constitución de la relación entre esos sujetos y con la actuación de los mismos, vale decir, con el avance normal de la serie progresiva de los actos integrantes del proceso. Debe atenderse, entonces, a la calidad de los sujetos, a la regularidad de su actuación y a la validez y eficacia del procedimiento.

(i) **Incompetencia.** La *jurisdicción* es el poder-deber de dirigir el proceso y de decidir el conflicto. La *competencia en sentido lato* es el cúmulo de atribuciones (poderes-deberes) conferidas al titular de un órgano, con independencia de su ubicación gubernamental. Y la *competencia jurisdiccional* es la aptitud jurídica que tiene un determinado juzgador para ejercer la jurisdicción en un caso concreto⁵⁵. La falta de *competencia*

⁵⁴ Habría, sin embargo, que agregar que la acción sólo tiene sentido porque es portadora de la pretensión.

⁵⁵ No hay, entonces, necesidad de hablar de límites o división de la competencia.

jurisdiccional—concepto que, por lo acabado de señalar, podría reducirse a la expresión “*incompetencia*”— determina la nulidad de lo actuado.

Por eso, el Código Modelo atribuye a la incompetencia el carácter de excepción previa en el ordinal 1° de su artículo 123, cuyo párrafo final dispone que, si la incompetencia es absoluta, la revelación de la misma puede hacerse de oficio por el juez. El Código Distrital, por su parte, considera que la incompetencia da lugar a una excepción procesal (artículo 35, fracción I), cuyo planteamiento por el demandado puede hacerse por declinatoria o por inhibitoria (artículo 37, en relación con los numerales del 163 al 168); pero no menciona la figura en los artículos relativos a la audiencia previa y de conciliación (del 272-A al 272-G) en virtud de que, conforme al artículo 36, la excepción de incompetencia no se resuelve en ella.

El Código Venezolano se refiere a la incompetencia por materia, territorio o cuantía (valor) en su artículo 60, el cual indica que la misma puede ser declarada de oficio; y, adicionalmente, en el artículo 59, señala los casos de “falta de jurisdicción” respecto de la administración pública o de los jueces extranjeros. Tanto la falta de jurisdicción como la ausencia de competencia se incluyen entre las cuestiones previas enunciadas en el ordinal 1° del artículo 346; y, conforme a lo mandado en el numeral 353, la declaración de existencia de los impedimentos mencionados produce, naturalmente, el efecto de la extinción del proceso⁵⁶.

Con la habilidad del juez para ejercer la jurisdicción se relacionan las hipótesis de los impedimentos y las recusaciones. Si el juez es objetivamente competente, pero está afectado por circunstancias subjetivas que pueden traducirse en demérito de su imparcialidad, debe excusarse; y, si no lo hace, la parte interesada puede recusarlo. Por razón natural, la cuestión no se incluye entre las cuestiones previas, excepciones procesales o excepciones previas mencionadas por los códigos en comento; pero, siendo indudable que la parcialidad afecta la habilidad jurídica del juzgador, parecería razonable que, de ser oportuno, el tema se planteara o examinara en la audiencia de depuración o que, si surgiera con posterioridad, fuera resuelto con sujeción a las reglas de celeridad y economía procesales.

⁵⁶ Si todo juzgador tiene **jurisdicción**, aunque no la pueda ejercer por falta de **competencia**, parecería—en la más pura (y discutida) doctrina procesal— que no es necesario hablar de cuestiones de competencia y conflictos de jurisdicción, a menos que estos últimos quedaran referidos al contraste del ámbito de actuación de la judicatura nacional, con el de sujetos pertenecientes a otro orden gubernativo (como la administración pública) o jurisdiccional (como el extranjero o el arbitral).

(ii) **Falta de capacidad o de legitimación.** La *personalidad* es la calidad de la persona —centro de imputación jurídica—, del sujeto capaz de adquirir y ejercer derechos, así como de asumir y cumplir obligaciones. La *personería* es la cualidad del personero, esto es, de quien ostenta y porta la personalidad de otro. Esta distinción es importante porque el proceso puede verse maculado por falta de personalidad o por carencia de personería. Se da la primera cuando quien intenta *estar* en el proceso (ser parte *material*), ya como actor, bien como demandado, carece de aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones⁵⁷. La falta de personería, en cambio, existe cuando alguien pretende *actuar* (como parte *formal*) en representación de una entidad carente de personalidad⁵⁸, o bien cuando no ha adquirido o ha perdido la representación legal o convencional de un sujeto de derecho.

Es obvio que quien carece de personalidad no puede *estar* ni *actuar* en proceso alguno, al igual que el carente de personería no se halla en aptitud legal de *actuar* en él. En tales casos, por ende, la relación procesal no se integrará y el proceso no podrá darse por *falta de capacidad procesal general*.

Ahora bien, de modo específico, la *legitimación causal* deriva de la existencia de una relación entre el pretensor y el título o causa de la pretensión, que determina la habilidad de *estar* en un proceso determinado, de ser parte material en el mismo. Por su lado, la *legitimación procesal* concreta corresponde a quien tenga aptitud legal para *actuar* en un proceso específico en calidad de parte formal⁵⁹. En la mayoría de los casos concernientes a personas físicas, es posible que el titular de la pretensión la haga valer por sí mismo, es decir, que *esté* y que *actúe* en el proceso⁶⁰, que esté legitimado tanto causal como procesalmente.

⁵⁷ Por ejemplo, una sociedad ya liquidada, o una sucesión terminada por adjudicación definitiva, o una presunta sociedad en trámite de constitución legal, o una agrupación de personas a la que la ley no reconoce personalidad. Este último caso era el de las iglesias antes de la reforma constitucional mexicana.

⁵⁸ Tal acontecería con quien hubiera sido albacea de la sucesión aludida en la nota anterior, o con el pretendido administrador de la presunta sociedad de que ahí se habla, o con un ministro de culto antes de la reforma constitucional referida.

⁵⁹ La legitimación en la causa se conecta más bien con el pretender que con el accionar, pero, en todo caso, corresponde a las partes en tanto sujetos del proceso. Por eso se incluye el tema en este lugar. La legitimación procesal obviamente se relaciona con el accionar en un proceso dado.

⁶⁰ Llama la atención que el rubro del artículo 136 del Código Venezolano se refiera a la “Capacidad para *estar* en juicio”, mientras que en el texto del precepto se dice que “*Son capaces para obrar en juicio...*”.

Una vez instaurado el proceso, la falta de capacidad es del todo insubsanable para los efectos del mismo, por lo que, al ser ésta descubierta, debe producirse el sobreseimiento de aquél. Otro tanto ha de decirse respecto de la legitimación causal, toda vez que su carencia implica que el sujeto no está vinculado con la pretensión, por lo que no puede verse afectado, ni en pro ni en contra, por la decisión que llegare a pronunciarse respecto de la misma. En cambio, la falta de legitimación procesal puede generalmente remediarse. En consecuencia, el saneamiento tiende, en el primer caso, a evitar un proceso inútil y, en el segundo, a eliminar una deficiencia subsanable.

Relacionada con las anteriores, se halla la cuestión del interés (en el resultado del proceso), cuya falta implica, ora la carencia de legitimación causal, bien la inutilidad de la pretensión porque, aun alcanzando sentencia estimatoria, sea imposible obtener el fin perseguido⁶¹. Al interés se refieren los artículos 1° del Código Distrital, 16 del Venezolano y 1° del Código Modelo. Este último, en su artículo 11.2, dispone: *"Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa"*. Un proceso inútil, como sería el de las hipótesis indicadas, riñe con la regla de economía procesal, por lo que, precisada oportunamente la deficiencia, el proceso ha de darse por concluido desde luego.

El artículo 123 del Código Modelo considera excepciones previas la incapacidad del actor o de su representante y la falta de personería de éste (ordinal 4°), así como la falta de legitimación o interés *"cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda"* (ordinal 9°); y autoriza, en su párrafo final, que la falta de representación y la incapacidad declarada del actor o de su representante se revelen de oficio si son evidentes. El artículo 301, ordinal 5°, dispone que la *"legitimación en la causa, cuando ésta sea definible al comienzo del litigio"*, será materia de la sentencia interlocutoria que se pronuncie con motivo de la audiencia preliminar. Y el artículo 302.3 establece que, si se declara la falta de capacidad o personería, se concederán diez días para subsanarla, *"con apercibimiento de tener por no presentada la demanda"*.

El Código Distrital (artículo 35, fracción IV) establece que son excepciones procesales *"La falta de personalidad del actor o del*

⁶¹ En la segunda hipótesis, hay conexión entre la pretensión y su objetivo inasequible; pero, precisamente por la imposibilidad de logro de éste, el ejercicio mismo de la acción debe impedirse.

demandado, o la falta de capacidad del actor"; ordena (artículo 41) que, si se declara la falta de personalidad del actor o la del que represente al demandado, y si fuere subsanable el defecto, se *"concederá un plazo no mayor de diez días para que se subsane, y de no hacerse así, cuando se trate del demandado, se continuará el juicio en rebeldía de éste"*, y si se tratare del actor, *"el juez de inmediato sobreseerá el juicio"*. Y, al tratar sobre la audiencia previa (artículo 272-C), manda que, si la deficiencia atinente a la personalidad *"fuere subsanable, el juez resolverá de inmediato lo conducente; en caso contrario declarará terminado el procedimiento"*.

El Código Venezolano, luego de que induce a desconcierto al hablar, en su artículo 136, de la facultad para *estar* (rubro) o para *obrar* (texto) en juicio, señala, en el artículo 346, que son cuestiones previas la ilegitimidad de la persona del actor por falta de capacidad para comparecer (ordinal 2°), la del representante del actor o la de su apoderado por falta de capacidad para ejercer poderes, por defecto en el poder o por ausencia de representación (ordinal 3°), y la ilegitimidad del citado como representante del demandado por no tener el carácter atribuido (ordinal 4°)⁶². El artículo 350 señala la forma del subsanamiento de las deficiencias encontradas –que debe realizarse dentro de los cinco días siguientes al término del emplazamiento–: comparecencia del demandante legalmente asistido (2°); comparecencia del representante legítimo del actor, o ratificación en autos del poder y de los actos ya realizados (3°); comparecencia del demandado o de su auténtico representante (4°). Conforme al artículo 354, el proceso se suspende por cinco días en los casos señalados y, si no se remedia la deficiencia, el proceso se extingue.

Adviértase que los temas expuestos en este apartado –personalidad, capacidad, interés, legitimación causal, personería, representación, legitimación procesal– son harto complejos, de manera que la doctrina no es uniforme en su tratamiento, lo que conduce a una inapropiada regulación legal de las figuras en cuestión, así como a debates complicados en los procesos. Debe, pues, hacerse un esfuerzo de sistematización para llegar a una clara y precisa normación de los fenómenos y a una aplicación certera de las disposiciones legales.

⁶² Obsérvese aquí que, conforme al Código Venezolano, el demandado puede ser emplazado por conducto de su apoderado. Por su parte, el artículo 117 del Código Modelo expresa: *"El emplazamiento podrá hacerse en la persona del apoderado, con mandato suficiente, siempre que el mandante no se halle dentro del área del Tribunal"*.

(iii) **Citación de terceros interesados.** Los terceros interesados pueden ser de dos clases: los que son llamados a juicio a petición de parte –y que podrían ser convocados oficiosamente si el juez entiende que su comparecencia es indispensable para lograr la inmaculación del proceso– y los que, *motu proprio*, se integran a la relación procesal que se da entre partes distintas de ellos. Estos últimos son designados *terceristas*, y pueden acudir para **coadyudar** con una de las partes o para invocar su título de **preferencia** o de **dominio** sobre el objeto de la pretensión, tal como se aprecia en los artículos 370, ordinales 1º, 2º y 3º, y del 371 al 381 del Código Venezolano.

En la presente exposición sólo se tratará de los primeros, es decir, de los que deben ser llamados a juicio, respecto de los cuales enseña **Gómez Lara**⁶³ que “no son ajenos a las relación sustancial y que, por tanto, sí pueden llegar a ser verdaderas partes procesales” porque la sentencia que llegare a dictarse afectaría su esfera jurídica. Estos terceros –continúa el profesor mexicano– pueden ser llamados en garantía, para sanear la evicción o porque se les denuncie el pleito⁶⁴.

En relación con lo anterior, se advierte que, definida la litis y, por ende, los hechos que dan origen a las pretensiones de las partes, podrá apreciarse qué otras personas se hallan involucradas en la relación jurídica sustancial de tal manera que la sentencia deba afectarles en pro o en contra. Por ello es importante determinar, con oportunidad, la procedencia del llamamiento de terceros o de la denuncia del pleito: “si la debida integración de la relación procesal exige que la calidad de parte se **defiera**, por sustitución, a otro sujeto, o se **extienda**, por vía de la pluralidad, a terceros, lo indicado, en orden al saneamiento del proceso, es que desde luego se haga venir a quien corresponda”⁶⁵.

Así lo entiende el Código Modelo cuando, en su artículo 123, ordinal 6º, señala que es excepción previa “el emplazamiento de terceros en los casos

⁶³ **Cipriano Gómez Lara:** *Tercero*. En Diccionarios jurídicos temáticos cit., vol. 4, p. 258.

⁶⁴ A estos supuestos dan lugar, entre otros, los fiadores que hacen valer los beneficios de división, excusión u orden, los cuales implican: el de división, que un fiador mancomunado demandado haga venir a juicio a los demás a fin de que la deuda garantida se divida entre todos; el de excusión, que el fiador no sea compelido a pagar si antes no se hace la excusión en los bienes del fiado; y el de orden, que tampoco lo sea sin que previamente sea reconvenido el deudor. Cfr.: **Eduardo Pallares:** *Derecho procesal civil*, quinta ed., Editorial Porrúa, México, 1966, pp. 104-105.

⁶⁵ **Jorge Antonio Zepeda:** *El saneamiento del proceso...* cit., p. 128.

en que, según la ley, corresponde su llamamiento al proceso", lo que es confirmado en el artículo 302.3, el cual manda que, si en la sentencia interlocutoria correspondiente a la audiencia preliminar "se dispone la citación de un tercero, se procederá a su emplazamiento conforme a derecho".

Por su parte, el artículo 35 del Código Distrital, en su fracción VI, califica de excepciones procesales a las de orden y excusión, y luego, en su tercer párrafo, agrega la de división al establecer: "*En las excepciones de [...] orden, la división y la excusión, si se allana la contraria, se declararán procedentes de plano. De no ser así, dichas excepciones se resolverán en la audiencia (previa) a que se refiere el artículo 272-A, y, de declararse procedentes, su efecto será dejar a salvo el derecho, para que se haga valer cuando cambien las circunstancias que afectan su ejercicio*". Esta solución *podría ser válida* para el caso de los beneficios de orden y de excusión porque el fiador **no puede ser compelido** si no se cumple la condición prevista para tales casos⁶⁶; pero es absurda en la hipótesis de la división en virtud de que, por ella, **se debe hacer venir a juicio** a los otros fiadores.

El Código Venezolano se abstiene, en su artículo 346, de dar a ésta el calificativo de cuestión previa, pero prevé la intervención de los terceros de que aquí se trata en los ordinales 4° y 5° del artículo 370, que se refieren a los casos de "*intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente*" y de saneamiento o de garantía; añade que la llamada a la causa se hará en la contestación de la demanda (artículo 382); que, en caso de saneamiento, puede pedirse la citación del causante inmediato o del remoto, o de cualquiera de ellos (artículo 385); y que el tercero citado puede pedir, a su vez, que se llame a otra persona (artículo 386).

(iv) **El procedimiento reglado.** La característica de dinamismo que corresponde a toda instancia –actuación de un sujeto ante cualquier autoridad–⁶⁷ significa que, cuando se ejerce por primera vez, debe

⁶⁶ Se dice que "podría ser válida" porque otra posibilidad es la de suspensión del procedimiento, esto es, dar al caso el tratamiento de una cuestión previa o conexas en los términos del artículo 137 Bis, fracción X, del Código Distrital. Pero, por el texto de la norma, puede entenderse que **se deja a salvo el derecho** al dictar sentencia de mérito sin la intervención del tercero o, peor aún, al resolver que se extingue el proceso.

⁶⁷ Las instancias pueden ser de petición, querrela, queja, denuncia, reacertamiento (en sede administrativa) y **acción**. Esta última se ejerce cuando el actor demanda, cuando el demandado contesta y cuando cualquiera de las partes hace promociones orientadas al desarrollo del proceso.

producirse la apertura de una **sucesión** (procedimiento) o de una **serie** (proceso) de actos que, al cabo, culminarán normalmente en el pronunciamiento sobre la pretensión que la instancia refiere, porta o conduce (**Briseño Sierra**); y que, cuando cada acto de instancia se realiza sucesivamente a lo largo del procedimiento o del proceso abiertos, ha de recibir el respectivo proveimiento de la autoridad, ordenado a su desarrollo. Pero, si la consecuencia procedimental no se prevé normativamente, el ejercicio de la instancia es imposible jurídicamente o, dicho con otras palabras y en relación con esta exposición: para el ejercicio de la acción, es indispensable que la ley establezca un procedimiento. Éste, por tanto, es un **presupuesto** del proceso.

El procedimiento constituye, entonces, la vía por la cual han de transitar la acción y los proveimientos jurisdiccionales, desde el ejercicio inicial de aquélla hasta el pronunciamiento de mérito (**Alcalá-Zamora**). Esa vía tiene que hallarse reglada, y la actuación de las partes y del juzgador ha de ajustarse a las normas correspondientes. En términos generales, los códigos establecen diversas vías para el desarrollo de los procesos: la ordinaria, la sumaria, la especial, etc., o el procedimiento oral y el breve regulados por el Código Venezolano⁶⁸.

De lo anterior se infiere que no puede haber acción sin procedimiento reglado, vale decir, sin vía de tramitación previamente establecida. Y cuando se yerra en la vía y este solo defecto puede originar la absolución o la omisión de condena con reserva de los derechos del actor para que los haga valer de la manera adecuada (absolución de la instancia), se está en un caso en el cual, desde el principio, la acción no debió ser admitida a trámite. Resulta absurdo y peca contra la economía procesal que el juez deba esperar al momento de la sentencia definitiva para que se pronuncie respecto de la procedencia de la vía y, encontrando que no se da, se abstenga de decidir en cuanto al mérito. Es ésta una cuestión que puede y debe resolverse previamente a la realización de los trámites del procedimiento si se quiere que el mismo se desarrolle de manera inmaculada. En efecto, si el yerro en la selección de la vía se detecta al recibirse la demanda o en la audiencia preliminar, la subsanación es sencilla porque, con el acuerdo de regularización, el procedimiento puede tomar el curso adecuado.

⁶⁸ En los artículos 859 y 881, el Código Venezolano determina cuándo ha lugar al procedimiento oral y al breve, respectivamente.

El Código Distrital nada dice sobre la improcedencia de la vía al regular la audiencia previa; pero, en su artículo 35, fracción VII, establece que la misma es una excepción procesal y, en su párrafo final, señala que el efecto de su declaración “*será el de **continuar** el procedimiento para el trámite en la vía que se considere procedente*”, sin que se estime inválido lo ya actuado, pero con la obligación del juez de “*regularizar el procedimiento*”⁶⁹.

En este contexto se insertan, entre otras, las cuestiones relativas a la improponibilidad de la demanda –por prohibición impeditiva o por falta de vía–; al **modo** inapropiado de plantearla –que no es lo mismo que el incumplimiento de requisitos de **forma**–; a la inadecuación del trámite que se le dé –el cual, es de entenderse, no se compadece con las reglas aplicables del procedimiento–; y a la indebida acumulación de pretensiones –lo que hace suponer que alguna o algunas de ellas se hacen valer fuera de la vía procedente–.

Estas hipótesis se prevén en el ordinal 3° del artículo 123 del Código Modelo, que declara excepción previa “*el defecto en el modo de proponer la demanda, la inadecuación del trámite dado a la misma o la indebida acumulación de pretensiones*”, y en el artículo 112.2, que reza: “*Si el Tribunal estimare que la demanda es manifiestamente improponible, la rechazará de plano*”, en el entendido de que, si tal desechamiento no se hubiera dado a pesar de existir la improponibilidad –aunque, tal vez, no de modo manifiesto–, el juzgador debe pronunciarse sobre ella en la audiencia preliminar (artículo 301, ordinal 5°).

Sobre estos mismos particulares, los ordinales 6° y 11° del artículo 346 del Código Venezolano se refieren, como cuestiones previas, a la acumulación indebida de pretensiones y a la prohibición legal de admisión de la demanda, ya sea absoluta, ya porque sólo sea procedente por causales distintas de las invocadas. Conforme al artículo 350, la acumulación indebida puede subsanarse en comparecencia personal o por escrito y, si no se hace, el proceso se extingue (artículo 354). Para el caso de la demanda improponible, el artículo 356 ordena que la misma se tenga por desechada y que el proceso se extinga.

⁶⁹ La norma mencionada en el texto hace evidente que la procedencia de la vía debe examinarse en la audiencia previa; pero sería difícil encontrar un juez que cumpla con este deber. Todas las sentencias definitivas empiezan con un primer resolutivo en el cual se indica si ha procedido la vía o no.

Atañe igualmente a esta materia el tema de la prejudicialidad, que implica la imposibilidad o la seria inconveniencia de que el juez haga un pronunciamiento respecto de una cuestión o emita una sentencia cuando el sentido de aquél o el de ésta dependen de una diversa resolución que deba dictar el propio juez, otro diferente órgano jurisdiccional, o cualquier autoridad administrativa, y aun legislativa⁷⁰. La resolución de la cuestión prejudicial puede darse, ora como condición de procedibilidad, bien como factor necesario para la integración de la relación procesal, ya como requisito para el pronunciamiento.

La primera hipótesis se surte, por ejemplo, en la "declaración de procedencia" que debe dictar el órgano legislativo para que pueda incoarse un procedimiento penal contra una persona que goza de inmunidad o "fuero"; en otra época reciente, el intento de avenimiento ante la autoridad administrativa para que pudiera demandarse a una institución de seguros⁷¹; y la misma audiencia previa regulada por el Código Modelo⁷². En el segundo caso se halla, *verbi gratia*, la declaración de validez del nombramiento del albacea que ha sido impugnado de nulo ante un juez de lo familiar. Para ilustrar la tercera modalidad, puede mencionarse que no ha lugar a pronunciar una sentencia de condena al pago de dinero si el título base de la pretensión se tacha de falso y ha dado origen a un proceso penal que todavía se halla en curso, ni tampoco es posible la resolución definitiva de remate si está pendiente la decisión de un juicio de terceraía excluyente de dominio respecto del bien por rematar.

Según el texto del ordinal 8° del artículo 346 del Código Venezolano, es previa la "cuestión prejudicial pendiente que deba resolverse en proceso distinto". Pero el artículo 355 dispone que, de darse el supuesto indicado, el proceso continuará su curso hasta antes de emitirse la sentencia definitiva, y entonces se suspenderá, pues el pronunciamiento se emitirá una vez que la cuestión prejudicial sea resuelta.

En México, el artículo 366 del Código Federal de Procedimientos Civiles ordena que "El proceso se suspenderá cuando no pueda pronunciarse la

⁷⁰ Véase, sobre este punto: **Hernando Devis Echandía**: *Compendio de derecho procesal*, Editorial ABC, Bogotá, 1976, t. I, Teoría general del proceso, pp. 483 ss.

⁷¹ Los tribunales federales han declarado inconstitucional esta condición porque estimaron que implicaba una denegación del acceso (inmediato) a los tribunales jurisdiccionales. En tal virtud, ya no es necesario acudir a esa instancia mediadora.

⁷² Sin embargo, como ya se vio en el texto, la falta de constancia de que la audiencia se adelantó no conlleva la nulidad de lo actuado, sino la obligación de remediar la deficiencia.

*decisión, sino hasta que se pronuncie una resolución en otro negocio". En el Código Distrital no existía norma parecida, pero la laguna vino a ser llenada al crearse la fracción X del artículo 137 Bis, relativa a la suspensión del plazo para que se produzca la caducidad de la instancia. Dicho precepto ordena: "La **suspensión del proceso** tiene lugar: [...] b) En los casos en que es necesario esperar la resolución de una cuestión previa o conexa por el mismo Juez o por otras autoridades".*

c) *Los requisitos del procedimiento.* Si la existencia de un procedimiento reglado es un presupuesto del proceso, las formas que han de adoptar los actos procesales, la oportunidad, el plazo o el término en que aquéllos deben producirse, el modo en que se desarrollará la serie progresiva de instancias y proveimientos, así como otras circunstancias o formalidades de la misma índole, constituyen los requisitos de ese procedimiento, los cuales responden a los criterios técnicos en que se apoya la política legislativa, por lo que pueden variar en cada país o en cada estado federado⁷³. Pero en todo caso ha de observarse la norma, pues ésta, al fijar los requisitos de un acto o serie de actos, les imprime un modo de ser particular, indispensable para que produzcan los efectos que les son propios.

Algunos de estos requisitos son de tal manera trascendentes que las leyes sancionan severamente su incumplimiento. Tales son los casos, por ejemplo, de los defectos de la demanda o de la falta de otorgamiento de caución cuando ésta es exigible. Obviamente, los requisitos son múltiples en todas las leyes, pero, para los efectos de la presente exposición, sólo se hará referencia a los que, según los códigos en comento, pueden ser materia de la audiencia preliminar, si no han sido objeto de análisis y resolución desde el comienzo del proceso.

El Código Modelo, después de señalar cuál debe ser el contenido de la demanda (artículo 110), y luego de regular el ofrecimiento y la exhibición de la prueba documental que ha de acompañar a la promoción inicial (artículo 111), dispone, en su artículo 112.1: "*Presentada una demanda en condiciones que no se ajusten a los artículos precedentes o a las disposiciones generales que establecen las formalidades para la comparecencia en proceso, el Tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en el plazo que señale, bajo el apercibimiento de tenerla por no presentada*".

⁷³ Cfr.: Jorge Antonio Zepeda: *Presupuestos procesales*. En *Diccionarios jurídicos temáticos* cit., vol. IV, p. 206.

Por su parte, el ordinal 6° del artículo 346 del Código Venezolano se refiere al defecto de forma por falta de satisfacción de los requisitos indicados en el artículo 340, los cuales pueden cumplirse mediante comparecencia personal o por escrito (artículo 350), dentro de un plazo de cinco días, en el entendido de que, si ello no se hace, el proceso se extingue (artículo 354).

El artículo 255 del Código Distrital señala los datos que deben expresarse en la demanda. Conforme al artículo 257, si ésta fuere oscura o irregular, o si no satisficiera las disposiciones de aquel precepto, el juez prevendrá al actor para que remedie la deficiencia en un plazo máximo de cinco días, con el apercibimiento de que, de no hacerlo, la demanda será desechada. Finalmente, el artículo 272-D, incluido entre los que regulan la audiencia previa, dice: *"Si se alegaren defectos en la demanda o en la contestación, el Juez dictará las medidas conducentes para subsanarlos en los términos del artículo 257 de este ordenamiento"*.

Adviértase que los requisitos de la contestación son correlativos a los de la demanda, por lo que el examen de ambas debería hacerse en términos similares: así como se analiza la demanda desde el comienzo del proceso, así también deberían hacerse, de oficio e inmediatamente después de su presentación, las observaciones que suscite la contestación, sin perjuicio de que las partes hagan objeciones respecto de una y otra en la audiencia preliminar, y de que el juez resuelva lo conducente a la regularización de la postulación.

Respecto del segundo de los temas señalados antes como ejemplos de los requisitos cuya inobservancia debe subsanarse, el Código Modelo, en su artículo 123, ordinal 5°, considera excepción previa *"la prestación de caución en el caso de procuración oficiosa"*, la cual autoriza con las condiciones fijadas en el artículo 52.

El Código Venezolano se refiere a esta materia en los artículos 346, ordinal 5°, 350 y 354, de acuerdo con los cuales *"La falta de caución o fianza para proceder al juicio"* es cuestión previa; el incumplimiento del requisito puede remediarse con la presentación del instrumento de garantía; y si ello no se hace, el proceso se extingue.

El Código Distrital no considera que ésta sea una excepción procesal, aunque quedaría, de cualquier manera, entre las relativas a la legitimación procesal, pero dispone: *"La gestión judicial es admisible para promover el interés del actor o del demandado"* (artículo 50); *"El gestor judicial, antes de ser admitido, debe dar fianza de que el interesado pasará por lo que él"*

haga, y de pagar lo juzgado y sentenciado e indemnizar los perjuicios y gastos que se causen. La fianza será calificada por el tribunal, bajo su responsabilidad" (artículo 51).

5.2. La actividad depuradora del proceso

A lo largo de esta exposición han quedado precisadas y clasificadas las cuestiones que, de ser necesario, deben ser materia de depuración si se quiere lograr la válida constitución de la relación procesal, el desarrollo ordenado y ágil del procedimiento y la pronta expedición de una sentencia en que de verdad se juzguen los auténticos méritos de la causa. Tales "cuestiones" son así llamadas en el Código Venezolano, con el calificativo de "previas", mientras que el Código Modelo les atribuye el carácter de "excepciones previas", y el Distrital las considera "excepciones procesales", aunque no todas se consignan en su artículo 35.

La doctrina mayoritaria –y, lentamente, la legislación– han venido superando la anacrónica clasificación de excepciones dilatorias y perentorias, últimas éstas que afectan el fondo de la *res iudicanda*. En puridad, no se debe hablar más que de "**excepciones**" y "**defensas**". Las primeras se conectan con la acción –del demandante o del demandado, o de los terceros venidos a juicio–, con el accionar de las partes, es decir, con la constitución de la relación procesal y con el desarrollo del procedimiento. Las defensas se refieren a la pretensión de la contraria, se conectan con el pretender, miran a la sentencia de mérito.

Pues bien, la materia del saneamiento o, por mejor decir, de la *depuración*, son precisamente las "**excepciones**", que no necesitan calificativo porque **son** procesales y porque, indudablemente, deben analizarse y resolverse **antes** de entrar al estudio del fondo del asunto. Ha de advertirse, empero, que la depuración también debe alcanzar al objeto del proceso, la litis, la confrontación de pretensiones, debido a que, por obra de las partes, asistidas –mejor: dirigidas, impulsadas– por el juzgador, puede lograrse la exclusión del proceso, o la reducción de la materia litigiosa, puede obtenerse la precisión de la litis y determinarse la pertinencia de la prueba, y puede conseguirse, finalmente, el aceleramiento y la simplificación del proceso, así como la rectitud de la sentencia que le pone fin⁷⁴.

⁷⁴ Véase la Exposición de motivos del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, ya citada, p. 30 y nota 40.

Los tres códigos que se han comentado muestran coincidencia general respecto de este tema, aunque discrepen en algunos particulares. Tales diferencias, sin embargo, atañen, más que a la naturaleza de las respectivas cuestiones, a la determinación del modo y la oportunidad de su examen y resolución. Conviene reflexionar, en especial, sobre algunas de gran relevancia en cuyo tratamiento no se pone el cuidado que merecen, como son la incompetencia, la legitimación *ad causam* o habilidad para *estar* en el proceso, y la vía procedimental. La tramitación de la primera es extraordinariamente compleja en el Código Distrital, y el Venezolano no se queda muy atrás. La segunda y la tercera suelen remitirse a la definitiva, con lo que propician que, en ocasiones, se adelante un proceso inútil o que, por lo menos, se incurra en maniobras dilatorias.

Respecto de las partes litigantes y de la conducta que deben observar, se ha dicho ya que no puede esperarse un adecuado desarrollo del proceso si acuden a él, más que con la disposición anímica de *resolver* el conflicto, alentadas por un hondo espíritu de litigiosidad, que impide u obstaculiza el actuar de buena fe, con probidad y con lealtad para con el juzgador y frente a la contraria. Otro tanto –y más– puede decirse de los postulantes, quienes deberían ver en el proceso, no un medio de lucro inescrupuloso, sino la oportunidad de ejercer un verdadero apostolado de la justicia, sin perjuicio, naturalmente, de obtener la remuneración apropiada.

Por lo que atañe al juzgador, su tarea seguirá siendo cada vez más difícil si persiste su resistencia al cambio y no acepta que su función debe ser protagónica; que, sin merma de su imparcialidad, ha de constituirse en el director e impulsor del proceso; que, para cumplir la regla de la inmediación procesal, sus atribuciones (poderes-deberes) deben ejercerse personalmente y no delegarse, salvo en los casos de excepción justificada y prevista expresamente en la ley⁷⁵; que ésta les permite, en ocasiones, actuar oficiosamente, como ha quedado señalado en diversos lugares de la presente exposición.

Véanse, sobre estos puntos, los artículos 2° (Dirección del proceso), 3° (Impulso procesal), 6° (Ordenación del proceso) y 8° (Inmediación procesal) del Código Modelo; 264 (Subsanación de excepciones) y 272-G (Facultad saneadora, ejercible en todo momento) del Código Distrital;

⁷⁵ ¿*Quid* de lo establecido en los artículos 125 y 861 del Código Venezolano, que permite la actuación de “relatores”, así como de lo mandado en el 118, que admite la posibilidad de intervención de “jueces asociados”?

14 (Dirección e impulso del proceso) y 206 (Deber saneador) del Código Venezolano. Considérese que el último párrafo del artículo 123 del Código Modelo establece: “El Tribunal revelará **de oficio** la incompetencia absoluta, la litispendencia, la falta de representación, la incapacidad declarada del actor o de su representante, la caducidad, la cosa juzgada y la transacción”. Y téngase en cuenta que algunas normas de los otros dos códigos en estudio contienen disposiciones similares para ciertos casos.

En relación con los sujetos procesales, vale reiterar que, si bien **es indispensable** dotarles de normas que propicien su debida y correcta actuación, también hay que considerar que la mejor ley es ineficiente si se maneja por personas que no saben, o no pueden, o no quieren atenerse a los postulados éticos que deben regir su conducta. Y esto, lamentablemente, sucede con tanta frecuencia que, parodiando a **Maruxa Vilalta**, podría hablarse de “Padecimientos de origen forense”⁷⁶.

Si nos preguntamos sobre la manera de conjugar los factores mencionados: cuestiones objeto de la depuración, sujetos que intervienen en esa actividad y normas a que deben ajustarse, la respuesta es sencilla:

a) Debe establecerse el juicio por audiencias, en el que se respeten los postulados de concentración, inmediación, celeridad y no impugnabilidad de las resoluciones intraprocesales, en el cual, para que dichas reglas operen, tiene necesariamente que primar la oralidad sobre la escrituración;

b) La audiencia preliminar ha de ser el sustento del proceso, porque en ella ha de intentarse la conciliación por obra de la mediación directa y protagónica del juzgador; porque, de no lograrse el avenimiento, en la misma ha de depurarse el proceso con el planteamiento de todas las cuestiones que impidan u obstaculicen la instauración o el desarrollo del procedimiento, y con las resoluciones del juez –incluida la concerniente a su propia competencia o incompetencia–. Dichas resoluciones deben dictarse en la misma audiencia preliminar para conseguir, así, la verdadera inmaculación del proceso; y no deben ser impugnables, salvo con efectos preventivos para el caso de que se apele de la sentencia definitiva.

⁷⁶ **Maruxa Vilalta**: *Enfermedades de origen médico* En Excelsior, ciudad de México, 4 de abril de 2003, p. 7-A: Una proporción creciente de la nueva carga de procedimientos de la justicia es en sí misma el resultado de la intervención de abogados y jueces.

c) Debe velarse de manera especial la conducta de los sujetos procesales, e imputarse responsabilidades, que se traduzcan en sanciones efectivas, cuando el juez falte al cumplimiento de sus atribuciones, o cuando las partes dejen de observar sus deberes de buena fe, probidad y lealtad. En este último caso, además, la omisión de liberación de la carga de proceder debidamente ha de influir por necesidad en las posibilidades y expectativas de las partes (**James Goldschmidt**).

En relación con las medidas indicadas, vale la pena transcribir un párrafo de la exposición de motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que entrará en vigor próximamente en Venezuela: *"La oralidad permite que los actos procesales se realicen de viva voz, en dos audiencias: la preliminar y la de juicio, reduciendo drásticamente las actuaciones escritas, que se limitarán a lo estrictamente necesario [...] La oralidad, junto con la inmediación y la concentración, son tres pilares fundamentales del proceso"*.

Y, para concluir, si el Código General del Proceso ha dado resultados extraordinarios en Uruguay en virtud de que se apega rigurosamente al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y dado que sus reglas se cumplen efectivamente, ¿por qué no adoptar ese ejemplar cuerpo normativo, con las adecuaciones que fueren necesarias?

Ciudad de México, abril de 2003.

MEDIACIÓN