

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

OBSERVACIONES

AL

PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

PRESENTADO AL

HONORABLE CONGRESO NACIONAL

TESIS

PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

POR

HONORIO PUEYRREDÓN



BUENOS AIRES

COMPAÑIA SUD-AMERICANA DE BILLETES DE BANCO

Calle Chile, 263

1896



FACULTAD
DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Doctor AMANCIO ALCORTA

ACADÉMICOS TITULARES

- Doctor MANUEL OBARRIO
- » BERNARDO DE IRIGOYEN
 - » LEOPOLDO BASAVILBASO
 - » EDUARDO COSTA
 - » BENJAMÍN VICTORICA
 - » ANTONIO E. MALAVER
 - » JUAN JOSÉ MONTES DE OCA
 - » DAVID DE TEZANOS PINTO
 - » WENCESLAO ESCALANTE
 - » LUIS LAGOS GARCÍA
 - » BENJAMÍN PAZ
 - » ANTONIO BERMEJO
 - » CARLOS L. MARENCO
 - » JUAN CARBALLIDO
 - » NORBERTO PIÑERO (*Suplente*)

ACADÉMICOS HONORARIOS

- Doctor VICENTE FIDEL LÓPEZ
- » CARLOS TEJEDOR
- Teniente General BARTOLOMÉ MITRE
-

Delegados: Doctores MANUEL OBARRIO Y WENCESLAO ESCALANTE.
Delegado Suplente: Doctor CARLOS L. MARENCO.
Secretario: Doctor ENRIQUE NAVARRO VIOLA.

CATEDRÁTICOS DE LA FACULTAD

TITULARES

Doctor ANGEL S. PIZARRO	Derecho Civil.
• FRANCISCO CANALE.....	Revista de la Historia.
• MANUEL A. MONTES DE OCA..	Derecho Constitucional.
• CARLOS L. MARENCO.....	Derecho Romano.
• DAVID DE TEZANOS PINTO...	Derecho Civil.
• BALDOMERO LLERENA	Derecho Civil.
• JUAN A. BIBILONI.....	Derecho Civil.
• CALIXTO DE LA TORRE.....	Derecho Civil.
• NORBERTO PIÑERO.....	Derecho Penal.
• ANTONIO BERMEJO.....	Derecho Internacional Público.
• FÉLIX MARTÍN Y HERRERA....	Economía Política.
• MANUEL OBARRIO.....	Derecho Comercial.
• JOAQUÍN V. GONZÁLEZ.....	Legislación de Minas.
• JUAN CARBALLIDO.....	Finanzas.
• JUAN JOSÉ MONTES DE OCA..	Procedimientos.
• ENRIQUE MARTÍNEZ.....	Procedimientos.
• WENCESLAO ESCALANTE.....	Filosofía del Derecho.
• AMANCIO ALCORTA.....	Derecho Internacional Privado.
• RAIMUNDO WILMART.....	Derecho Romano.
• PASCUAL BERACOCHEA.....	Derecho Comercial.
• EMILIO CASTRO.....	Derecho Administrativo.
• JUAN A. GARCÍA (hijo).....	Introduc. General al estudio del Derecho.

SUPLENTES

Doctor RODOLFO RIVAROLA.....	Filosofía General.
• ANTONIO DELLEPIANE.....	Revista de la Historia.
• FEDERICO IBARGUREN.....	Introduc. General al estudio del Derecho.
• ENRIQUE OBARRIO.....	Derecho Romano
• MIGUEL ESTEVES.....	Derecho Civil.
• CARLOS RODRÍGUEZ LARRETA	Derecho Civil.
• OSVALDO PIÑERO.....	Derecho Penal.
• EDUARDO L. BIDAU.....	Derecho Internacional Público.
• FRANCISCO J. OLIVER.....	Economía Política.
• JOSÉ A. TERRY.....	Finanzas.
• PEDRO R. OTERO.....	Procedimientos.
• NICOLÁS CASARINO.....	Procedimientos.
• LUIS MARÍA DRAGO.....	Filosofía del Derecho.
• ESTANISLAO S. ZEBALLOS.....	Derecho Internacional Privado.

EXÁMENES DE TESIS

PRIMERA MESA

Presidente

Doctor JUAN JOSÉ MONTES DE OCA

Vocales

Doctor JUAN CARBALLIDO
• LUIS LAGOS GARCÍA
• CARLOS MARENCO
• BALDOMERO LLERENA

SEGUNDA MESA

Presidente

Doctor BERNARDO DE IRIGOYEN

Vocales

Doctor BENJAMÍN PAZ.
• WENCESLAO ESCALANTE
• FÉLIX MARTÍN Y HERRERA
• PASCUAL BERAGOCHEA

TERCERA MESA

Presidente

Doctor NORBERTO PIÑERO

Vocales

Doctor MANUEL A. MONTES DE OCA
• ANGEL S. PIZARRO
• EDUARDO L. BIDAU
• PEDRO R. OTERO

PADRINO DE TESIS

Doctor Julio Hueyredón

I

En el deber de presentar á la Facultad un trabajo jurídico para obtener el título de doctor, resolví estudiar el Proyecto de Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de los doctores Manuel Obarrio, Antonio E. Malaver y Leopoldo Basavilbaso, que ha sido presentado al Congreso Nacional y comentarlo, siquiera fuera someramente con lo que cumpliendo la obligación reglamentaria podría llegar tal vez, en mi limitada esfera de acción, á prestar algún servicio haciendo notar los inconvenientes del Proyecto antes de convertirse en ley.

El estudio ha sido hecho, pero el trabajo no. Debido á la postergación de los exámenes generales por razones tal vez ajenas á toda voluntad, sólo he dispuesto de unos pocos días para escribir la tesis, y, resuelto como estaba á hacerla sobre

ese punto, me he visto obligado á consignar meras observaciones que ni siquiera comprenden todo el Código.

El trabajo es superficial, se resiente del apresuramiento, y no es extraño que adolezca hasta de errores materiales.

La tarea ha sido harto pesada para mí; criticar un proyecto formulado por los miembros más distinguidos de nuestra Foro; sin embargo, me he atrevido á ello, más que por derecho, por deber, pues todos estamos obligados á cooperar en nuestra esfera, por limitada que ella sea, para la mejor sanción de las leyes que á todos nos han de regir.

II

La justicia es el fin supremo del Estado.

El origen de las instituciones judiciales y del procedimiento civil, de cualquier punto de vista que se considere filosófico ó histórico, se remonta á la constitución de la familia y á la organización de la sociedad.

El hombre, cuyos derechos comienzan desde que es concebido en el seno de la madre, que crecen, se desarrollan y multiplican á medida que subsiste, no invadiría jamás la órbita del derecho ajeno si subordinara el propio á la acción de su deber; pero las pasiones lo arrastran, oscurecen su razón y lo hacen sordo á la voz de su conciencia. Se requiere entonces la acción de un tercero que dé á cada uno lo que es suyo. De aquí el origen de las instituciones judiciales; pero este

tercero necesita, para resolver, oír á las partes, recibir las pruebas, y uno y otro acto requieren cierta forma; de aquí el procedimiento.

El procedimiento, pues, se halla estrechamente ligado á la administración de justicia, sólida base de la estabilidad social, y la ligazón con el objeto principal del Estado, hace que constituya una de las más importantes ramas del derecho y por esto deba meditarse en su sanción.

La legislación procesal ha de reposar en los siguientes principios: celeridad, eficacia y baratura.

El procedimiento debe ser rápido porque cuanto más se retarda la resolución del pleito más se demora la posesión de un derecho; sin embargo, de aquí no se deduce que pueda hacerse del procedimiento una forma sencillísima y expeditiva para concluir los procesos rápidamente como en las sociedades antiguas, porque la civilización moderna extendiendo y multiplicando las relaciones y ambiciones de los hombres, requiere procedimientos más complicados y administración de justicia algo más lenta.

Debe, asimismo, ser eficaz, es decir de tal naturaleza que acuerde la justicia que se busca, pues

de otro modo resultaría inútil, y esa eficacia no existe en una ley de Procedimientos cuando el litigante de mala fe encuentra en ella los medios de eludir las condenaciones, como por ejemplo, las antiguas que autorizaban oponer excepciones dilatorias sucesivamente, y aún, si se quiere, en el Proyecto actual que establece un número considerable de ellas.

Finalmente, debe ser barato, es decir, que para alcanzar el derecho que se reclama la parte no se vea obligada á hacer gastos equivalentes á la suma litigada.

Y esa baratura no existe cuando la ley procesal obliga á los litigantes á pagar el honorario de sus jueces, á comprar muchas veces su justicia.

Siendo el procedimiento materia esencialmente práctica, la ley que lo establece no debe de ser teórica.

Si se quiere dictar una ley eficaz que revista su verdadero grado de perfeccionamiento es necesario inspirarse en las circunstancias prácticas que la reclaman, y así, por ejemplo, si hubiéramos de dictar ahora una ley de ese género deberíamos limitarnos á subsanar los inconvenientes notados

en la práctica y á darles fuerza de ley á aquellos principios sentados invariablemente por la jurisprudencia.

Y así ha dicho con verdad uno de nuestros más distinguidos maestros: «Cuando se estudian así las enfermedades sociales, se encuentra al mismo tiempo su remedio, porque se conocen sus síntomas concretos que las hacen aparecer en un momento y en lugar determinados; mientras que, cuando se busca por la imitación de reglamentos de otras partes la legislación de un mal que es concreto y singular en un país, se corre el peligro ó de aplicar un medio ineficaz para la localidad ó de complicar la acción privada con trabas legislativas tendentes á remediar males imaginarios. Si el legislador está elevado por el sentimiento del derecho natural, si conoce su esencia y los principios genéricos á que debe obedecer para ser eficaz en la práctica, y si sabe cuál es el fin de las leyes, y tiene inteligencia y juicio propios, no puede menos de reconocer que el medio más acertado para subsanar una enfermedad social, es estudiarla prácticamente en el organismo en que aparece, combatiendo sus síntomas aparentes y su causa real.

Así, pues, en materia de legislación y de procedimientos especialmente debe tener en cuenta el legislador esos principios y observarlos para ser verdaderamente práctico y hacer eficaz el derecho en la localidad en que ha de aplicarse. Dificilmente una ley de Procedimientos puede servir para todos los puntos de un mismo país, no digo ya para diferentes naciones. Por eso es que sabiamente en nuestra organización política los procedimientos están librados á las legislaciones y jurisdicciones provinciales.» ⁽¹⁾

Si el Proyecto que estudio se hubiera ajustado estrictamente á los tres principios mencionados habría conseguido ser eficaz para el ejercicio de las acciones, rápido en la sustanciación de las causas y barato para los particulares y el Estado.

Y si, en vez de consignar todo lo que es materia de Procedimiento, se hubiera limitado á llenar los vacíos que se notan en el Código actual dando fuerza de ley á los principios de la jurisprudencia que citaba, tendríamos un Código de Procedimientos que muy poco dejaría que desear.

(1) W. ESCALANTE — *Filosofía*.

En la forma actual el proyecto, lejos de subsanar los inconvenientes, va tal vez á aumentarlos.

En sí importa un verdadero cambio del procedimiento que hemos usado desde los comienzos de nuestra organización, y esos cambios en las legislaciones son altamente perjudiciales para los pueblos.

Al reformar así venimos á quedar en las condiciones de una sociedad recientemente constituida sin las reglas de interpretación que da la práctica, sin la luz poderosa de la jurisprudencia.

Perdemos en el cambio cuanto hemos adquirido en los años que hace nos regimos por el Código actual, y en esas condiciones estamos en el deber de no cambiar.

Sólo he podido hacer notar los errores principales contenidos en la primera parte; sin embargo, el Proyecto en general es inconveniente. Consigna todo lo que directa é indirectamente se refiere á la sustanciación de las causas, con lo que, sin reportar ninguna ventaja práctica, sin aclarar ninguna duda hace del Código de Procedimientos que, como diría un práctico, debe ser *manuable*, un verdadero repertorio de legislación.

Contiene disposiciones que corresponden á la

ley común, preceptos esencialmente doctrinarios y, sobre todo, materia de la ley de Organización de los Tribunales. Todo lo que es absolutamente extraño al Código de Procedimientos, ley esencialmente de forma, y como tal debe contener aquellas disposiciones estrictamente necesarias para determinar le manera cómo y ante quién han de sustanciarse los juicios.

El Proyecto llega hasta cambiar el nombre á algunos juicios; denomina, por ejemplo, al ordinario *declarativo*. Este cambio al parecer insignificante, puede, sin embargo, causar grandes trastornos en la práctica, pues á todas estas denominaciones usadas, á todas las palabras que se han empleado ha llegado á dárseles con el uso su verdadero significado, que contribuye eficazmente á aclarar el concepto de la ley.

El espíritu innovador del Proyecto lo lleva hasta denominar á los colitigantes *litis-consortes*.

La Comisión en su informe dice: «Que su primera preocupación fué la larga extensión que los autores del Proyecto primitivo habían dado á su Código, que comprende 3361 artículos; extensión que excedía, en su concepto, de los límites á que

» debe circunscribirse un Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial ».

Es de sentir que tan acertada idea no haya sido del todo puesta en práctica por la Comisión reformadora, que formula un proyecto de Código conteniendo 1759 artículos, cuando el actual bastante completo, sólo comprende 810.

Pero, si es verdad que el Proyecto es susceptible de estas observaciones y que para ser ley debiera reformarse substancialmente, no es menos cierto que contiene principios adelantados, prescripciones unas que llenan necesidades sentidas en la práctica y otras que constituyen verdaderas garantías para la recta administración de justicia. Merece ese Proyecto ser estudiado muy detenidamente, pues desde su origen ha sido redactado por verdaderas autoridades en nuestro Foro.

Sin embargo, si se ha de abandonar la ley actual, no olvidemos que, cuando se dictan leyes para los pueblos, ha de estudiarse el presente, indagarse el porvenir y volver la vista hacia el pasado.

CAPÍTULO I

DE LOS JUECES

Siguiendo el método adoptado por la mayor parte de los autores de Procedimientos, el Proyecto empieza estableciendo una serie de preceptos que tienen por objeto demarcar con precisión los derechos y deberes de los jueces en su calidad de tales.

En este capítulo establece que no hay más jurisdicción que la determinada por ley; prohíbe á los jueces avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro Tribunal; les impone el deber de interpretar la ley con relación al caso que hayan de decidir según su ciencia y conciencia, prohibiéndoles juzgar del valor intrínseco ó de la equidad de la misma; limita el alcance de sus resoluciones al caso especial sometido á su fallo; les prohíbe en absoluto ser depositarios judiciales de donde quie-

ra que emane su mandato; les acuerda la facultad de requerir de las autoridades el auxilio de la fuerza para sostener el imperio de sus resoluciones, facultad que hace extensiva á los jueces que obran en virtud de comisión; les prohíbe, asimismo, ser miembro de un Tribunal simultáneamente á personas ligadas por vínculo de parentesco dentro de cierto grado, ocuparse en especulaciones de cualquier género, faltar á su despacho, ser defensores en juicio, recibir dádivas, etc., y, finalmente, como complemento lógico de estas disposiciones, establece la sanción en que incurre el juez que viole cualesquiera de esas prohibiciones.

La bondad de los preceptos contenidos en este capítulo, la garantía que importan para la administración de justicia, escudo de la humanidad, como la llama Caravantes, es algo que no puede ni siquiera ser objeto de discusión porque, sin duda alguna, es imperioso que los magistrados judiciales, verdaderos guardianes de la estabilidad social, estén más que ningún hombre estrechados en un círculo de hierro á fin de que ni el interés particular ni la pasión humana puedan sacarlos de la elevada órbita de sus deberes.

A pesar de esto, y de considerar que á esas pres-

cripciones es premioso se les dé fuerza de ley, pienso que no corresponden al Código de Procedimientos, cuyo único fin es determinar la forma en que han de sustanciarse los juicios en sus distintas modalidades, sino más bien, á la ley de Organización de los Tribunales, donde deben consignarse, como se ha hecho hasta ahora, todas las reglas que tienen por objeto establecer los derechos y deberes de los funcionarios judiciales con independencia de la sustanciación de las causas.

Hay, sin embargo, una disposición, la del artículo 3º, que dice: «Los actos de los jueces deben ser públicos,» etc., que debe conservarse aunque sí re-dactada en otra forma, porque tal como está en el Proyecto es demasiado extensa en cuanto al juez se refiere.—«Actos de los Jueces» y muy restringida en lo que respecta á las demás actuaciones del Juzgado, puesto que no todas ellas son practicadas por el juez; sería, á mi entender, más correcta la siguiente redacción: «Las actuaciones judiciales deben practicarse en acto público, excepto en los casos que la ley determine lo contrario, ó que los jueces, por razones de moral, en auto motivado ordenen que sean secretas».

II

El capítulo II trata de la jurisdicción, determinando cuándo ella se suspende y cuándo se pierde total ó parcialmente. Al efecto enumera los distintos casos en que esa suspensión ó pérdida se producen; dice, por ejemplo, que está suspendida, entre otros casos, cuando el juez es *recusado*; que se ha perdido absolutamente cuando es *jubilado* y parcialmente cuando ha sido *declarado incompetente por sentencia ejecutoriada*.

Sin entrar á investigar la exactitud de esa enumeración, que me permito considerarla un tanto defectuosa, sin discutir si en realidad el juez jubilado puede considerarse que ha perdido la jurisdicción ó, por el contrario, como si nunca la hubiera tenido y, por tanto, en las condiciones de cualquier individuo, observo, que las disposiciones mencionadas no tienen razón de ser en el Código de Procedimientos, pues es materia esencialmente doctrinal que debe relegarse á los textos, puesto que dentro de la ley por su amplitud y vaguedad no reporta ninguna ventaja práctica; por otra parte, no hay objeto en determinar cuándo el juez

carece de jurisdicción por estar ésta suspendida y cuándo por haberla perdido total ó parcialmente, desde que en uno como en otro caso está inhabilitado para intervenir en la causa, lo que á los efectos del pleito viene á ser exactamente igual. Además, especificar casos determinados ante la falibilidad de la previsión humana es exponerse voluntariamente á los peligros de toda enumeración casuística.

Se dirá tal vez que, si la división carece de importancia, no sucede lo mismo con algunas de las disposiciones, como, por ejemplo, la que establece que, producida la contienda de competencia, la jurisdicción del juez queda en suspenso, cuyo objeto es impedir que el juez en ese caso pueda arbitrariamente inmiscuirse en la sustanciación de la causa; no creo que esa prescripción sea necesaria, puesto que la ley, al determinar las diligencias que han de practicarse cuando esas contiendas se producen, restringe por ese solo hecho las facultades del juez, que no podrá tomar otras medidas ni dictar más resoluciones que las expresamente determinadas para el caso referido.

III

La sección segunda se ocupa de la delegación y prórroga de jurisdicción.

El término «delegación» que nuestro Código actual rechaza porque lo toma en el sentido de las antiguas leyes, es decir, la facultad que tenían los jueces de encargar á particulares la prosecución y sustanciación de una causa, no es, sin embargo, impropio cuando se usa para referirse á la facultad que tiene el juez de encargar á otro la práctica de una diligencia cualquiera; y así Caravantes que no admite la antigua delegación, establece que los jueces pueden delegar en otros la comisión de determinados actos.

Respecto á esta delegación ó comisión no hay observación que hacer, por el contrario el Proyecto legisla mejor el caso que nuestro Código actual.

En cuanto á la prorróga de jurisdicción que dice puede operarse en virtud de la ley, ó por voluntad de las partes y que esta última puede ser expresa ó tácita, enumerando, además, los casos en que una y otra se operan, lo considero inconveniente.

Según se desprende de las mismas disposiciones, la prórroga admitida por el Proyecto es la que los autores llaman *de lugar á lugar y de persona á persona*, única cuya admisión no contraría principios establecidos por razones de orden público y que el Código actual legisla más concretamente cuando dice « La jurisdicción conferida á » los Tribunales de justicia de la Provincia es im- » porrogable. Exceptúase la jurisdicción territorial, » que podrá ser prorrogada de conformidad de » partes. »

No hay, por otra parte, objeto en especificar cuándo esa prórroga se opera por mandato legal y cuándo por voluntad de las partes. En lo que respecta á la prórroga legal basta que el Código en cada caso la autorice, y en cuanto á la voluntaria, que dice tiene lugar expresamente cuando las partes así lo han deierminado en el contrato y tácitamente cuando se someten á otro juez que aquel por el cual tenían derecho á ser juzgados, como el caso del extranjero que demanda ó consiente en ser demandado ante otro juez que el Federal, bastaría que el código al tratar de la competencia estableciera que será juez competente para el ejercicio de las acciones personales el determinado en

el contrato, etc, y que, admitida la competencia por parte del actor ó del demandado, no puede desistirse de ella sino de común acuerdo entrambos; sobre entendido que esa prórroga no ha de ser la de jurisdicciones establecidas como de orden público

Así se evitaría establecer una serie de disposiciones de orden doctrinario, que sin suministrar mayores elementos para la interpretación de la ley, tienen en cambio el grave inconveniente de aumentar en extremo su extensión.

IV

Se ocupa luego el Proyecto de la jurisdicción preventiva que dice la ejerce el juez que conoce en una causa con anticipación á otros y sólo tiene lugar entre jueces igualmente competentes.

No hay objeto en establecer aquí especialmente un título sobre la jurisdicción preventiva cuando al tratar en general de la jurisdicción, ha comprendido todas; con ésto se recarga la ley y aún talvez se cae en contradicciones.

No concibo, por otra parte, qué importancia

puedan tener esas disposiciones esencialmente teóricas en un código esencialmente práctico.

V

Ei capítulo III, que trata de la competencia, análoga al actual, aunque mucho más extenso, no es en general observable, por más que adolece del defecto principal del Proyecto, que consiste en legislar los distintos casos con una minuciosidad innecesaria; pero las disposiciones que deben imprescindiblemente suprimirse son las contenidas en los artículos 37, 45 y 60, por las que se establece que la competencia por razón de las personas, de la materia, del valor de la demanda, se determina por la ley de organización y competencia de los Tribunales. El código de Procedimientos no es un repertorio de legislación y no debe entrar á determinar dónde se encuentra legislada tal ó cual materia, por más relación que con él tenga.

Contrariamente á lo manifestado por la Comisión en su informe, donde establece que ha suprimido del primitivo proyecto toda materia consignada ya en otras leyes, conserva en ésta disposiciones

de los Códigos Civil y de Comercio; como por ejemplo, la que se refiere á la competencia de la jurisdicción mercantil cuando el negocio sólo es comercial para una de las partes, y la del juez de la sucesión para entender en todas las demandas pendientes ó que se inicien contra el causante ó entre los herederos antes de la partición de la herencia.

No obstante esto, pienso que esas disposiciones deben subsistir en el Proyecto porque corresponden á la ley de forma y no á la de fondo de donde sí, sería conveniente suprimirlas.

VI

El título II capítulo I se ocupa del juicio arbitral, el que puede practicarse por árbitros juris ó por amigables componedores, estableciendo, además, el arbitraje forzoso.

El procedimiento establecido, análogo al actual, no da lugar á observación. La dificultad que se presenta es de fondo, no de forma; el arbitraje forzoso.

Dalloz en su Repertorio de Legislación y jurisprudencia, sostiene la necesidad de este arbitra-

je, en cambio que Horson ha hecho observaciones muy justas sobre sus inconvenientes, y Troplong en su obra sobre las sociedades civiles y comerciales sostiene su ineficacia y así dice: «Desde los tiempos más antiguos el comercio se ha mostrado partidario de los arbitrajes; la jurisprudencia ofrece una multitud de antiguos ejemplos de contratos de sociedad que llevaban la obligación de hacer juzgar por árbitros las cuestiones sociales; pero la idea de convertir el arbitraje voluntario en arbitraje forzoso data del edicto de 1673.

«Esto fué una exageración; tengo como garantía las reclamaciones que se elevaron del seno del comercio cuando el Proyecto de Código se propuso mantener la existencia de este tribunal. Los comerciantes de Burdeos no afirman demasiado cuando dicen: El arbitraje forzoso es un antiguo error que la experiencia nos ha prevenido es necesario destruir.

«En efecto, el arbitraje es una manera de juzgar tan defectuosa, tan desprovista de garantías, que se debería dejar á las partes interesadas recurrir á ella ó repudiarla según las ocasiones. En cuanto á mí, que he sido árbitro algunas ve-

ces, declaro por experiencia que en proceso de alguna importancia no aconsejaría á nadie hacerse juzgar por árbitros; un tribunal que se crea el derecho de ser más equitativo que las leyes más equitativas del mundo me parece no puede adaptarse sino á un pequeño número de intereses mediocres. Pero no es este el único inconveniente: teniendo cada asociado el derecho de nombrar un árbitro, sucede en las sociedades numerosas que el tribunal arbitral puede encontrarse compuesto de un número de jueces más considerable que el de la Corte Real de París entera, lo que trae graves inconvenientes para conciliar los intereses, clasificar las opiniones, y llegar á un resultado.» ⁽¹⁾

Así se expresa uno de los más notables jurisconsultos modernos, y su opinión fortalece en mi espíritu la idea de que el arbitraje forzoso no tiene razón de ser en teoría y ofrece grandes inconvenientes en la práctica.

Desde que nadie puede ser sacado de sus jueces naturales, no hay derecho para obligar á persona alguna que por sólo la naturaleza de la

(1) *Troplong*—T. II. Párrafo 520.

cuestión debatida deba someter sus diferencias á la decisión de individuos tal vez menos preparados, seguramente menos prácticos y quizá menos imparciales, que, no teniendo el hábito del juicio, no están poseídos de la importancia de sus deberes y, por el contrario, expuestos más fácilmente á la influencia de las pasiones y más susceptibles de ser engañados por las hábiles alegaciones de las partes.

No hay en manera alguna objeto en obligar á las partes á hacerse juzgar por árbitros, desde que éstos deben ser abogados obligados á fallar en derecho y según lo alegado y probado por las mismas, es decir, que debe proceder en la misma forma que el juez. Por este sistema, los litigantes están obligados á sufrir las consecuencias de una sentencia no arreglada á derecho cuando el juez es arbitrador ó los inconvenientes antes apuntados cuando los jueces son árbitros.

En el terreno práctico, como hace notar Troplong y lo vemos cada día, las desventajas del sistema son notorias, sometida en virtud del mandato de la ley comercial al juicio de árbitros una cuestión entre socios, el honorario

de los tres jueces y del secretario absorben el capital que se litiga cuando es pequeño, ó lo aniquilan cuando es considerable, ocasionando así á las partes gastos enormes é inútiles, contrariando el principio de la *justicia barata*.

Por otra parte, si bien se observa, cada árbitro nombrado por los litigantes, más que un juez imparcial, es su abogado defensor, y, en definitiva, la cuestión que debió resolverse por un tribunal, es decidida por sólo un juez, que, lo repito, adolece de los inconvenientes antes mencionados.

Si dejar á las partes la libertad de someter sus diferencias á jueces árbitros ó arbitradores como mejor les convenga está de acuerdo con la libertad individual y los intereses particulares, obligarlos es ir contra estos dos principios, hacer onerosa la administración de justicia y no administrarla.

Caravantes, partidario del arbitraje forzoso, hace, sin embargo, notar, que la nueva ley de enjuiciamiento civil española ha desechado el arbitraje forzado, como lo estaba ya en la práctica de los tribunales, no obstante la disposición de la ley recopilada. ⁽¹⁾

(1) *Caravantes*. Tomo 2º, párrafo 298.

VII

El título III se ocupa de los litigantes, de la capacidad para estar en juicio, de lo que denomina «litis-consortes» y de la participación de terceros en los procesos.

En general, las disposiciones de este título son más ó menos aceptables, sin embargo de que muchas son la repetición de principios jurídicos, considerados ya como axiomas en la práctica, siendo, por tanto, superabundante consignarlos en la ley. Pero hay algunos artículos que deben necesariamente suprimirse: el 107 que legisla sobre la capacidad para estar en juicio, determinando que los incapaces tendrán la representación que las mismas leyes les acuerdan y que la incapacidad puede ser suplida en la forma determinada por la ley, corresponde á la legislación de fondo donde ya se encuentra consignado.

Las disposiciones del capítulo III, que acuerdan el derecho de demandar á varias personas conjuntamente cuando estén ligadas por un vínculo de obligación común y á los que el Pro-

yecto denomina *litis consortes*, adolecen de un doble defecto.

Pertenecen á la ley de fondo por una parte, y son]por otra innecesarias.

Cuando varias personas son conjuntamente deudoras de una obligación hacia otra, ésta tiene el derecho de exigirles la prestación total ó parcialmente, según la forma en que se hubieren obligado; y este derecho del acreedor, esta obligación de los deudores la establece el Código Civil al tratar de las obligaciones en general.

Si, pues, entre la obligación debida por varios y la debida por uno no hay otra diferencia que la del número de los contratantes, el ejercicio de esta acción contra varios es igual al ejercicio de la acción contra uno, y está, en consecuencia, legislado su procedimiento cuando se trata de la forma cómo se ejercitan las acciones en general.

VIII

El título VI se ocupa de los abogados y procuradores, y contiene disposiciones de la mayor importancia, pero que encuadran mal en el Cód-

go porque ó forman parte ya de otras leyes, como por ejemplo, la prohibición á los abogados de revelar el secreto profesional, de hacer contrato de cuota litis y otras análogas, ó corresponden á una ley especial, como, por ejemplo, las que determinan las condiciones requeridas para ser abogado, la prohibición de abogar impuesta al Presidente de la República, sus ministros, agentes fiscales y asesores de menores, etc., ó aún, si se quiere, á la misma ley de organización de los Tribunales, pues se trata de calidades, prohibiciones y derechos establecidos para personas que intervienen en la Administración de Justicia, por lo que constituye materia de fondo y no de forma.

Estas observaciones no comprenden á la disposición del artículo 186 que da al Juez reglas precisas y justas para la regulación de honorarios, estableciendo que deberá tomar en consideración la importancia jurídica y pecuniaria del asunto, los trabajos hechos en los autos y los demás que haya motivado la defensa de la causa, la conveniente y recta dirección que haya dado al proceso y el éxito obtenido. Esta disposición, esencialmente práctica, corresponde al Código de Procedimientos y evitaría con su sanción la comisión de múltiples abusos.

En cuanto al capítulo II, que se ocupa de los procuradores, es susceptible de las mismas observaciones, así, no hay objeto en decir que el acto por el cual una parte encomienda á su procurador la representación de sus derechos en juicio es un mandato que se regirá por las reglas del derecho común, pues ya está consagrado en el Código Civil que en su artículo 1870, inciso 6º dice: «Las disposiciones del título del mandato son aplicables á las procuraciones judiciales.»

Carece igualmente de objeto la distinción que hace el Proyecto en procuradores de oficio ó no de oficio, puesto que no establece para uno distintos derechos ni deberes que para el otro.

Estas disposiciones son las que dan lugar á mayor observación; sin embargo, hay otras, como por ejemplo, la que obliga al procurador «á recoger de manos del abogado que cesa en la dirección del asunto, las copias de los escritos, documentos y demás antecedentes que obran en su poder para entregarlos al que se encargue de continuarlo»; prescripciones de esta naturaleza son, hasta cierto punto, pueriles y harto innecesarias; puesto que, nadie ignora la forma en que ha de llenar esos deberes, mucho más cuando se trata de actos de un mecanismo vulgar.

IX

En el título VII se ocupa el Proyecto de los ministerios públicos, y en las pocas disposiciones que contiene establece que los asesores intervienen en todo asunto en que se ventilan intereses de los incapaces, concurriendo con sus representantes legales y ejerciendo las acciones que á aquéllos corresponden cuando no lo hicieren sus tutores ó curadores, excepción hecha de las mujeres casadas y de los menores emancipados; establece, asimismo, que el ministerio fiscal es parte en todos los asuntos en que su intervención esté prescrita por la ley; que uno y otro ministerio son independientes de los Tribunales de Justicia y pueden, en consecuencia, defender libremente los intereses que les están encomendados, estableciendo las conclusiones que crean arregladas á derecho. Ninguno de esos preceptos corresponde al Código de Procedimientos; el primero, que establece la representación del ministerio pupilar, repite lo consignado en el Código Civil; el segundo, relativo al fundamento de la intervención fiscal, es innecesario, pues sabido es que sólo pueden actuar en los pro-

cesos que la ley les determina expresamente, desde que no tienen interés personal que defender; y en cuanto á la independencia de esos ministerios es materia de la ley de Organización, y así la actual ha establecido algo análogo.

No sucede lo mismo con el artículo 227 de este título que impone la subsanación en cualquier estado del juicio de la nulidad producida por la falta de intervención del fiscal ó asesor de menores. Esta es una disposición de procedimiento estricto que debe conservarse, pues su bondad es manifiesta.

X

El título 1º de la parte 2ª legisla sobre el ejercicio de las acciones y vagamente dá la forma en que pueden ejercitarse las acciones reales y los efectos de éste ejercicio.

En seguida enumera los casos en que puede repetirse la acción ejercitada, casos que, según se observa, son distintos unos de otros.

No hay, á mi entender razón para legislar especialmente el ejercicio de las acciones reales como

si se tratara de una acción distinta de las demás, siendo que, por el contrario, se sustancia en el correspondiente juicio ordinario. Solo deben legislarse en esa forma aquellas acciones que como las posesorias, ejecutivas ú otras análogas requieren un procedimiento distinto al común.

Es también supérflua la determinación que hace de los casos en que pueda repetirse la acción desde que como hacía notar sólo se admite cuando la acción repetida no es *idéntica* á la primera.

Ahora bien: en este caso no es necesario que la ley permita expresamente el doble ejercicio de la acción, puesto que si entre ambas no existen las *tres identidades*, no procede la excepción perentoria de cosa juzgada y la acción puede prosperar pues no hay obstáculo previo que oponerle, se trata de una nueva acción contra la que el demandado aducirá las defensas que tuviere.

Admitida, pues, como está en el proyecto la excepción de cosa juzgada con todos sus caracteres y con todos sus efectos, no tiene para qué establecer cuando es legítima la repetición de una acción, puesto que, cuando el litigante de mala fé quiera volver sobre la cuestión ya terminada, se le opondrá la excepción referida manteniéndose

incólume el principio de que *Res judicata pro veritate habetur*.

En el mismo título, se trata de la acción personal que dice no puede ejercitarse sino contra el mismo obligado, contra su fiador ó contra los que legalmente le suceden en la obligación. Este precepto pertenece al derecho común, pues consagra uno de los principales efectos de las obligaciones y su consignación en el Código de Procedimientos es, como se comprende, de todo punto inadecuada.

La acumulación de acciones que establece el Proyecto es la misma del Código actual y no da lugar á observación.

XI

El título 2º de las excepciones es, hasta cierto punto novedoso, empieza por definir lo que son excepciones dilatorias y perentorias y enumera luego unas y otras reconociendo dieciséis dilatorias; considerando también como tales, por la manera de oponerse, las que el Código actual denomina perentorias.

Este título adolece de serios defectos, en primer lugar, la definición que dá de unas y otras excepciones; sin entrar á investigar su exactitud científica es innecesaria y es peligrosa; innecesaria porque el proyecto enumera restrictivamente las que pueden oponerse en cuyo caso no hay el temor de duda respecto á aquellas excepciones cuyos caracteres no están bien definidos y la definición carece de objeto; y es peligrosa como toda definición de acuerdo con el principio *omni definitio in jure periculosa est*. Pero lo más observable de este título es el enorme número de excepciones dilatorias que admite.

Como hace notar Caravantes desde las más antiguas leyes, Espéculo, Partidas, Fuero-Real, Estilo, Ordenamiento y Novísima Recopilación, con pequeñas variantes el número de excepciones dilatorias, es limitado.

Esta limitación establecida por todos los autores y la mayoría de las leyes, reposa en el carácter del remedio legal. Excepciones dilatorias dice Caravantes son como indica el verbo latino «*differre*», de que se derivan y que significa dilatar, las que dilatan ó difieren el ingreso de la acción en el juicio; *alongaderas*, como la llaman las leyes de Partidas. ⁽¹⁾

(1) CARAVANTES. Título II párrafo 603 lib. 9 tít. 3 Part. 3.

Si, pues, éste es el carácter y es el objeto de esas excepciones, su número debe forzosamente ser limitado para que los medios de eludir la demanda no puedan llegar hasta el extremo de impedir la sanción de las obligaciones.

Y no sólo debe ser limitado su número sino también su clase, restringiéndolas á aquellas que se refieren á la persona del juez, del demandante ó demandado, al negocio ó materia de la demanda y al modo de proponer ésta por creerla defectuosa.

Así lo entendieron las antiguas leyes, así lo consigna la ley de enjuiciamiento española, nuestras leyes de Procedimientos Penales, Criminales y Ordinarias de la Capital.

Admitir como excepciones dilatorias todas las que establece el Proyecto, es reconocer como tales, todas las defensas que pueda oponer el demandado, desnaturalizando la excepción y quitándole la condición de ser siempre de previo y especial pronunciamiento; numerosas excepciones dilatorias son otras tantas puertas abiertas á la chicana y á la mala fe.

El número y clase de las excepciones establecidas por el Código actual es el único que debe conservarse.

Igualmente incorrecta es la colocación de este capítulo en el lugar que se encuentra, estas excepciones al principio de la ley (art. 250) y su procedimiento mucho después (art. 607).

En cuanto al art. 251 que trata de la prescripción, es copia literal del art. 3962 del Código Civil y no hay objeto en repetirlo.

XII

El cap. V se ocupa de la autenticación de los actos públicos y procedimientos judiciales. Sin dejar de reconocer que es necesario legislar esa materia, pienso que no es el Código de Procedimientos su lugar más apropiado, sino una ley especial sobre autenticación de esos actos, sobre todo lo que se refiere á la sección 3^a, que determina la forma de autenticar los documentos que se remiten al extranjero, materia que nada tiene de común con los procedimientos judiciales sino más bien con el orden administrativo.

XIII

El cap. II sección 1^a trata de las costas procesales, y sin sentar ningún principio nuevo abunda en

detalles sin objeto práctico; llama la atención el inciso 3º del art. 470 que dice: «Procede la condenación en costas contra el litigante que, vencido en 1ª Instancia, no dedujera recurso alguno.

Esto es inadmisibile; semejante principio tendrá por consecuencia demorar la resolución de las causas, pues siempre se apelará de la primera sentencia por evitar la condenación consiguiente; y así tendremos recurridas muchas sentencias por aquellos que, aun siéndoles contraria, reconocen su justicia. Mucho más razonable es el principio contrario establecido por la jurisprudencia de que, cuando la sentencia de segunda instancia es confirmatoria en todas sus partes de la de primera, las costas son á cargo del vencido. Esto es más lógico porque sin duda, cuando un tribunal y un juez declaran el derecho á favor de una parte, se presume que es indudable y ante esta presunción surge la contraria de que el vencido ha procedido con temeridad y mala fé.

La segunda sección que se ocupa de las correcciones disciplinarias corresponde por su naturaleza á la tan citada ley de organización de los Tribunales y la prueba de ello es que la actual, aunque con menos extensión, ha establecido en el cap. V

tít. 3º el derecho de los jueces para imponer correcciones disciplinarias y el deber de los litigantes de respetar su autoridad.

XIV

En el cap. XII sólo ofrece dificultad el art. 512 por el que se establece que, si al presentarse el escrito ó documento de que debe darse traslado no se entregasen las copias correspondientes, el secretario no los recibirá, produciendo el efecto de no presentado y autorizando en su caso el procedimiento en rebeldía; esta disposición, idéntica á la del Código actual art. 21, da lugar á esta observación, dice el Código: «El secretario no los recibirá, etc., y se pregunta. Pero si el secretario no se fija, los recibe, pone cargo y el juez provee el escrito.

¿Produce el mismo efecto? Así debiera ser; porque el error del secretario perfectamente justificable si se quiere, no debe autorizar la violación de la ley por parte de uno de los litigantes en detrimento del otro. Establecer que no produce el mismo efecto de no presentado es lesionar los derechos del litigante inocente y eximir de pena al liti-

gante culpable; sin embargo, la Excma. Cámara de lo Civil ha resuelto lo contrario.

Conviene, á mi juicio, establecer que la disposición es extensiva al caso mencionado.

En el cap. XIII vuelve el Proyecto á incurrir en el error de legislar materia extraña al Procedimiento, la repartición, órden de las causas, y turno de los jueces que corresponden á la ley de Organización y competencia de los Tribunales citada tantas veces.

H. PUEYRREDON.

Buenos Aires, Junio 9 de 1896.

Aprobada.

J. J. MONTES DE OCA.
E. Navarro Viola.

PROPOSICIONES ACCESORIAS

I

En el mandato conferido para casarse ó para reconocer hijos naturales propios debe consignarse, el nombre de la persona con quien se ha de casar el mandatario y el de los hijos que se han de reconocer.

II

Corresponde al asegurado la prueba del daño sufrido por el siniestro y no al asegurador, como ha establecido la jurisprudencia.

III

El art. 7º del Código de Comercio, en virtud del cual cuando el acto es comercial para una de las partes todos los contrayentes quedan por razón de

él sujetos á la ley mercantil, es contrario á la índole de nuestra legislación y á la organización de nuestros tribunales.

IV

La excepción de incompetencia de jurisdicción, basada en la calidad de extranjero del demandado, no tiene razón de ser ante la justicia ordinaria de la Capital.

V

El mandamiento de ejecución no procede en los embargos preventivos, como erróneamente ha establecido la jurisprudencia.

VI

El art. 676 del Código de Comercio que limita el número de excepciones que pueden oponerse á la acción ejecutiva de las letras de cambio, no prohíbe las excepciones de forma.
