

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
ESCUELA DE DERECHO
CHILE

REVISTA DE DERECHO

AÑO XL — Nº 160

SEPTIEMBRE - DICIEMBRE DE 1973

Director: HUMBERTO TORRES RAMIREZ
Subdirector: LUIS HERRERA REYES
Secretario: MARCELO FERREIRA BIZAMA

Consejo Consultivo:

| | |
|-------------------------|---------------------------|
| JORGE ACUÑA ESTAI | MARIO ROJAS RODRIGUEZ |
| SERGIO GALAZ ULLOA | BERNARDO GESCHE MULLE |
| ARTURO PARADA KREFT | HECTOR RONCAGLIOLO DOSQUE |
| ELIZABETH EMILFORK SOTO | |

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PRECLUSION

CARLOS PECCHI CROCE

Departamento de Derecho Procesal

1.— Introducción.

Los diversos sistemas procesales concuerdan en su aspiración de lograr la debida celeridad del proceso y transformarlo, consecuentemente, en un instrumento eficaz que concluya en un término razonable y mesurado, de modo de evitar los posibles perjuicios que puede provocar un juicio excesivamente prolongado que reconozca un derecho en forma demasiado tardía.

Para suprimir la lentitud desesperante de algunos procesos, las distintas legislaciones recurren a medidas tendientes a sancionar las dilaciones que se observan en su tramitación provocadas por negligencia o mala fe de las partes litigantes. Una de las armas que más presta ayuda para el logro de estos anhelos o fines es la incorporación de la institución de la preclusión. Es así que los nuevos códigos procesales están recurriendo a ella cada vez con mayor frecuencia, como sucede entre otros, con el Código de Procedimiento Civil italiano de 1940 y el colombiano del año 1970.

No obstante que el principio o la idea de la preclusión tuvo aplicación tanto en el proceso germánico como en el romano, la elaboración doctrinal de la institución y el empleo del término "preclusión" son relativamente modernos y se debe fundamentalmente a la doctrina alemana, en especial a Oscar Bülow, y posteriormente a los autores italianos.

Sin embargo, tanto los juristas alemanes como los italianos no otorgaron en un principio al concepto de preclusión la debida atención y se limitaron, fundamentalmente, a poner de relieve sólo algunos de sus efectos. Es en verdad José Chiovenda quien estudió más a fondo esta institución y quien tiene el mérito indiscutible de haber aclarado, precisado y difundido el concepto de preclusión en sus ensayos titulados "Cosa giudicata e competenza", en el año 1905, y "Cosa giudicata e preclusione" en el año 1932 (1).

(1) Giuseppe Chiovenda: "Ensayos de Derecho Procesal Civil". Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía. Editores Buenos Aires. 1949, pp. 207 y 223 respectivamente.

2.— Concepto de Preclusión.

Examinemos a continuación cuál es el alcance del vocablo que nos interesa.

Couture la define como "la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal" (2).

A su vez, Luis Juárez Echegaray afirma que "la idea de la preclusión corresponde a un efecto, a una consecuencia, a un límite: la imposibilidad en que se encuentran las partes de ejercitar las facultades procesales, más allá de las previsiones que el legislador tuvo en cuenta para concederlas o autorizarlas" (3).

Ahora bien, esta pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal se puede producir, siguiendo a Chiovenda, por el hecho de:

1º de no haber observado el orden señalado por la ley a su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones;

2º o de haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con la intención de impugnar una sentencia;

3º o de haber ejercitado ya válidamente una vez la facultad (consumación propiamente dicha)" (4).

Esto es, con el propósito de obtener que el proceso se desarrolle en forma ordenada, rápida y precisa, a toda facultad procesal se le señala un límite para su ejercicio, límite que es determinado o por el transcurso de un plazo o por la realización o no realización de un determinado acto. Una vez alcanzado ese límite preestablecido por la ley para el ejercicio de esa actividad, el acto está interrumpido o extinguido, es decir, está "precluido" y, consecuentemente esa actuación no puede ya cumplirse.

De lo expuesto se concluye que la preclusión, que se traduce en un verdadero impedimento, no tiene su origen en un solo fenómeno procesal, sino que en un conjunto o serie de fenómenos procesales que importan establecer diques de contención para el ejercicio de cada uno de los actos del proceso.

En otros términos, la pérdida, extinción o consumación de una actividad procesal puede obedecer a diversas causas o condicionantes de la preclusión.

(2) Eduardo J. Couture: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Roque Depalma Editor, 3ª edición. Bs. As., 1958, p. 196.

(3) Luis Juárez E.: "La Preclusión. Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina", Ediar S.A. Edit. Bs. As., 1946, p. 355.

(4) José Chiovenda: Op. cit., p. 226.

3.— Modalidades de la Preclusión.

Si bien es cierto que la hipótesis que con mayor frecuencia se presenta en la práctica como causa de la preclusión es el transcurso de un plazo sin haber cumplido dentro de él un determinado acto procesal, no es menos cierto que ésta constituye sólo una de las diversas especies de la preclusión.

Analizaremos a continuación las principales manifestaciones que en nuestra opinión puede asumir o adoptar la preclusión, sin que esto importe afirmar que ellas sean las únicas:

a) la primera posibilidad de preclusión guarda íntima relación con el tiempo. En efecto, ya sabemos que toda contienda judicial se desenvuelve a través de una serie de actos que deben producirse, siguiendo un orden lógico preestablecido, en el término que la ley señala para cada uno de ellos. Es decir, toda facultad procesal debe ejercitarse en un determinado lapso.

Ahora bien, el transcurso de un plazo sin haberlo aprovechado para cumplir una determinada actividad, precluye la oportunidad para llevar a cabo ese acto en beneficio de la parte que debía realizarlo. Ninguna actividad procesal puede producirse más allá del plazo fijado por la ley para su ejercicio.

De lo señalado precedentemente se desprende que toda facultad que tiene una parte litigante para evacuar un traslado, precluye por el vencimiento del plazo fatal que tiene para hacerlo, y si se tratase de un término no fatal, por el acuse de rebeldía que haga la parte contraria. Es decir, todo plazo fatal o perentorio constituye un término preclusivo y el no fatal o no perentorio llega a serlo por el pedido de la contraria de la correspondiente rebeldía.

b) otra manifestación de la preclusión en la vida del proceso consiste en regular el orden en que ha de desarrollarse el juicio y en precisar la oportunidad en que deben promoverse las cuestiones procesales, sean éstas de forma o de fondo.

En esta materia, debemos advertir que un proceso puede ser gobernado por el principio de la libertad o por el principio de la preclusión.

En virtud del primero, las partes litigantes de un juicio están facultadas para realizar una determinada actividad procesal en cualquiera de los distintos períodos o fases de un proceso. Evidentemente este principio resulta inaplicable en la práctica, ya que su incorporación en un código procesal traería consigo un manifiesto desorden y un natural trastorno en el desenvolvimiento de toda controversia jurídica.

Por el contrario, en un proceso preclusivo "las actuaciones deben seguir un orden lógico, derivado, como es de suponer, del mismo orden que impone la relación procesal, como que las re-

glas procesales son en sustancia una especie de metodología fijada por la ley, para servir de guía a quien quiere pedir justicia; por lo tanto, a la demanda debe suceder la contestación, o entre ambas actuaciones, un término para hacer valer las excepciones dilatorias, *litis inGRESSUM* impeditentes; a la contestación a la demanda debe seguir el período de prueba, etc.; en cambio, el proceso libre permitiría realizar cualquiera de las expresadas actuaciones, en cualquier momento del proceso" (5).

Para lograr este objetivo de que las actuaciones se vayan desarrollando en un orden lógico preestablecido, todo proceso preclusivo debe adoptar en forma indispensable el principio de la eventualidad.

Consiste este principio de la eventualidad en la necesidad de deducir conjuntamente los diversos medios de ataque o de defensa de que disponen las partes litigantes, en previsión de que uno o varios de ellos sean desestimados. En otros términos, el interesado debe deducir en forma simultánea, no sucesiva, diversas pretensiones o defensas, aun cuando sean incompatibles entre sí, para que en el evento de que no sea acogida alguna o algunas de ellas, puedan lograr éxito la o las restantes. Si estos medios de ataque o de defensa de que dispone el actor o el demandado no se deducen conjuntamente en la correspondiente actuación, precluye el derecho de oponerlos con posterioridad. Como ejemplo más expresivo de este principio podemos citar la acumulación en la contestación de la demanda de las excepciones dilatorias y perentorias.

En resumen, mientras en un proceso regido por el principio de la libertad, el demandado puede deducir sus excepciones en forma escalonada, siguiendo normalmente el orden sugerido por el mayor o menor peso de los argumentos en que las funda, en el proceso dominado por el principio de la preclusión, ese demandado debe proponerlas todas ellas en un solo acto y de una sola vez, aun cuando pudieren ser excluyentes, para la eventualidad de que las excepciones propuestas en vía principal no sean acogidas por el Tribunal.

Piero Calamandrei, haciendo una confrontación de estos dos principios, señala que si bien es cierto el sistema de la preclusión tiene sobre el proceso basado en el principio de la libertad de las deducciones la ventaja de luchar eficazmente contra los litigantes de mala fe que tienden a conservar los mejores argumentos para las sorpresas de última hora, no es menos cierto, por otro lado, que constituye "un peligroso incentivo para la complicación y para la multiplicación inicial de las defensas, porque las partes, por exceso de prudencia, pueden ser induci-

(5) Luis Juárez Echegaray: Op. cit., p. 359.

das a utilizar, desde el principio del proceso un aparato imponente de deducciones en la cual las razones más sólidas se encontrarán juntas con los más sutiles virtuosismos curialísticos" (6).

En el mismo sentido, en la exposición de motivos del nuevo Código de Procedimiento Civil italiano se señala que reiteradas experiencias históricas han demostrado que los inconvenientes que provoca el adoptar el principio de libertad en las deducciones son de similar gravedad que las que puede ocasionar una rígida aplicación de los principios de preclusión y de eventualidad. "Están en juego dos exigencias con contraste: de un lado el interés de alcanzar la verdad, que aconseja dejar abierta la puerta, hasta el momento de la resolución definitiva, a todas las deducciones, aun las tardías, pues las mismas pueden proporcionar al Juez nuevos elementos de convicción útiles para la justicia; del otro lado, el interés en la rapidez y buena fe procesal, que exige que las partes no demoren el proceso mediante un estilicidio bien estudiado de deducciones que se han mantenido en reserva, y aleguen desde un principio todas sus razones sin preparar recursos para las sorpresas de la última hora. En un sistema procesal donde se respete plenamente la primera exigencia, se corre el riesgo que por amor a la verdad quede el campo libre a la táctica dilatoria; mientras que respetando la segunda exigencia, se corre el riesgo de sacrificar la justicia por amor a la rapidez" (7).

Con el propósito de superar los inconvenientes anteriormente señalados, el código procesal italiano adoptó el sistema de la preclusión de las deducciones en forma atenuada, no en forma rigurosa. Así, implantó en su articulado un sistema de preclusiones elásticas otorgando al Juez las atribuciones para que no actúen las preclusiones en forma severa y drástica, ya que lo faculta para acoger las deducciones tardías en todas aquellas ocasiones en que adquiera la certeza que razones superiores de la justicia así lo hacen aconsejable, y siempre que no pueda imputar una negligencia culpable a las partes litigantes.

El sistema consagrado por el legislador italiano importa una demostración más de la confianza que dispensa al buen criterio y a la cordura personal de los Jueces instructores, característica esta que se manifiesta clara y palpablemente en diversas disposiciones del referido cuerpo legal.

c) Una tercera manifestación de preclusión en la vida del proceso es la que se relaciona con aquellas situaciones en que el legislador ha establecido una incompatibilidad entre dos actos procesales. Tiene lugar esta hipótesis en todos aquellos ca-

(6) Piero Calamandrei: "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs. As., 1962. Volumen I, p. 392.

(7) "Código de Procedimiento Civil Italiano". Editorial Depalma. Bs. As., 1944, p. 49.

1
sos en que una disposición legal brinda a un litigante dos o más medios o vías para la consecución de un determinado objetivo, pero con la condición de que sólo puede emplear uno de ellos, es decir, la utilización de uno descarta automáticamente al o a los otros.

Esta nueva condicionante de la preclusión determina, por consiguiente, la pérdida o extinción de una facultad procesal, por el ejercicio de otra actividad incompatible con la no escogida.

Como ejemplo típico de esta posibilidad de preclusión podemos mencionar la situación incorporada en varios códigos de permitir promover las cuestiones de competencia por inhibitoria o por declinatoria. Se da una opción al litigante para que elija una u otra, pero una vez que ha escogido una vía, ya no puede recurrir a la otra.

d) otra perspectiva de preclusión se relaciona con el principio de la consumación procesal.

En efecto, una facultad procesal se extingue con su práctica, se consume con su ejercicio. Así, el demandado que ya ha evacuado el trámite de la contestación de la demanda no puede pretender, con el pretexto de que ha omitido importantes alegaciones de sumo interés para su defensa, realizar una nueva contestación.

En resumen, esta nueva posibilidad de preclusión se traduce en el impedimento que existe de pretender cumplir por segunda vez una actividad procesal ya ejercitada válidamente con anterioridad.

Estimamos que las manifestaciones de preclusión que hemos examinado, sin ser evidentemente las únicas, son las de mayor importancia. Todas ellas persiguen que las actividades procesales de las partes sean ejercidas en forma ordenada y precisa, es decir, propugnan regular la conducta de los litigantes en la vida del proceso.

4.— Preclusión, cosa juzgada y perención.

La institución cuyo estudio nos preocupa tiene, evidentemente, caracteres comunes con otras del campo procesal. Con el solo ánimo de enunciar estas vinculaciones, es decir, sin intención de profundizar estas materias, expondremos brevemente las relaciones existentes, entre la preclusión con la cosa juzgada y con la perención.

En primer lugar, la preclusión se relaciona con la cosa juzgada, aun cuando debemos señalar que no son conceptos coincidentes. Baste recordar que las diversas manifestaciones de la preclusión que hemos analizado anteriormente carecen de todo

nexo con la cosa juzgada. Poseen muchos efectos comunes, pero no una total equivalencia.

Para Chiovenda, "la primera y fundamental diferencia está en esto, que la preclusión limita sus efectos al proceso en que tiene lugar, mientras la cosa juzgada tiene fuerza vinculativa para todo proceso futuro" (8).

Pero, en verdad, la preclusión se identifica con sólo una de las facetas de la cosa juzgada, con la denominada cosa juzgada en sentido formal. Recordemos que la cosa juzgada formal implica que la vía procesal se agota en un determinado momento impidiendo su prosecución. En efecto, la cosa juzgada formal se traduce en la prohibición de volver a discutir lo ya decidido en el mismo proceso.

La doctrina la considera como "la suma preclusión o la preclusión máxima", porque cuando el proceso ha llegado a su última etapa, sea por no haberse empleado los diversos recursos establecidos en la ley para impugnar una sentencia o por haberse agotado los permitidos opera la preclusión y el proceso no puede seguir adelante.

Carnelutti, analizando esta correspondencia, expresa: "la cosa juzgada formal es el efecto de la preclusión del derecho a provocar el cambio de la decisión, o sea, de impugnarla. Y así como la cosa juzgada material se traduce en un efecto imperativo, la cosa juzgada formal se manifiesta en un efecto preclusivo" (9).

Asimismo, los autores resaltan la conexión que existe entre la preclusión y la perención o caducidad de la instancia. Además de destacar que en ambas instituciones cumple un papel primordial el factor tiempo, señalan que la perención "no es sino una forma peculiar de la preclusión procesal, siendo que ésta cierra una etapa del proceso, en tanto aquella lo cierra in totum" (10).

5.— La preclusión en algunos ordenamientos procesales.

Nuestro Código de Procedimiento Civil no contiene norma legal alguna que reglamente en forma expresa el principio de la preclusión. Sin embargo, la idea de la preclusión se manifiesta claramente en aquellas disposiciones que se traducen en una aplicación de los términos preclusivos, como sucede, por ejemplo, con los plazos fatales para interponer el recurso de apelación (art. 189), para anunciar el recurso de casación (art. 770), para

(8) Op. cit., p. 215.

(9) Francisco Carnelutti: "Sistema de Derecho Procesal Civil". Editorial UTEHA. Bs. As., 1944, Tomo I, p. 351.

(10) Adolfo E. Parry: "Perención de la Instancia". Editorial Bibliográfica Argentina. 3ª edición, Bs. As., 1964, p. 536.

deducir las excepciones dilatorias (art. 305) o para la oposición en el juicio ejecutivo (art. 463). Al respecto, es interesante tener presente la idea incorporada por Couture en su famoso proyecto del Código de Procedimiento Civil uruguayo del año 1945, al consagrar en el artículo 29 la regla general de que, salvo disposición en contrario, los plazos señalados a las partes para realizar los actos procesales tienen el carácter de perentorios e improrrogables.

Además, en el Código de Procedimiento Civil chileno podemos comprobar la aplicación del principio de la preclusión en aquellas disposiciones que prohíben el ejercicio de una facultad por ser incompatible con una anterior ya interpuesta, como sucede por ejemplo con su artículo 101, precepto que junto con señalar que las partes en un juicio pueden promover cuestiones de competencia por vía inhibitoria o por declinatoria, agrega que las que hayan optado por uno de estos medios, no pueden abandonarlo para recurrir al otro y que no podrán emplearse los dos simultánea ni sucesivamente. Finalmente, otras normas importan aplicación del principio de eventualidad, como ocurre al prescribir que todas las excepciones deberán oponerse en un mismo escrito, expresándose con claridad y precisión los hechos y medios de prueba de que el deudor intente valerse para acreditarlas.

En oposición a la tendencia que se observa en nuestro ordenamiento procesal, en otros países esta institución ha tenido una acogida más efectiva y una consagración más expresa. Así sucede por ejemplo con los códigos colombiano e italiano.

En efecto, el art. 136 del nuevo Código de Procedimiento Civil de Colombia, promulgado por Decreto Nº 1400 de 6 de agosto de 1970 y que entró en vigencia el 1º de enero de 1971, hace referencia explícita a la preclusión, al señalar textualmente:

"Art. 136: preclusión de los incidentes. El incidente deberá proponerse con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación y no se admitirá luego incidente similar, a menos que se trate de hechos ocurridos con posterioridad".

Evidentemente, esta medida de preclusión en la oportunidad procesal para promover incidentes debe transformarse en un arma efectiva para paliar parcialmente el grave problema de la lentitud de la justicia, ya que tiende a evitar la interposición de incidentes de nulidad de todo lo obrado en un juicio en forma sucesiva y basados en hechos ya ocurridos al deducirse el primero de ellos.

El Código de Procedimiento Civil italiano hace igualmente expresa referencia al vocablo preclusión en su artículo 184. Dicha disposición, ubicada en el Capítulo II del Libro II, titulado "De la instrucción de la causa", prescribe en forma textual:

"Durante el trámite ulterior del juicio, solamente cuando existen motivos graves el Juez instructor puede autorizar a las partes a presentar nuevos documentos, solicitar nuevos medios de prueba y formular nuevas excepciones que no estén preclusas".

De esta manera, se pondrá fin a la reprochable y absurda táctica de algunos litigantes que acostumbran reservar para último momento sus mejores elementos de defensa con la finalidad de usarlos cuando estimen que la parte contraria no se encuentra en condiciones de rebatirlos en forma eficaz. Como bien se señala en la exposición de motivos del Código Procesal italiano de 1940, "semejantes recursos son contrarios a los fines de la justicia, bajo un doble aspecto: ante todo, porque con ellos el litigante más astuto procura romper en favor suyo esa igualdad de las partes que halla su mejor garantía en el debate, y en segundo lugar, porque el curso normal del proceso de la fase inicial a la fase final, y que a menudo hacen aparecer el juicio de primera instancia como un anuncio apenas bosquejado de las verdaderas defensas reservadas para la instancia de la apelación" (11).

6.— Conclusión.

Estimamos necesario que las futuras reformas procesales deben tender a consagrar e incorporar de modo efectivo el principio de la preclusión, introduciendo enmiendas de alcance más amplio para obtener una administración de justicia más activa, rápida y eficaz. Todo Código Procesal debe contener una serie de preclusiones que actúen en la vida del proceso como barrera infranqueable para no tolerar a la astucia como una arma procesal e impedir que el proceso se convierta en un fraude organizado por el litigante de mala fe en desmedro de los altos intereses de la justicia, y que, por el contrario, le permita cumplir con su verdadero fin de transformarse en el instrumento adecuado a las necesidades del derecho sustancial al cual ha de servir

(11) "Código de Procedimiento Civil Italiano", Edit. Depalma, Bs. As., 1944, p. 48.