

COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL

Lic. Humberto Briseño Sierra

PROLEGOMENOS

© Humberto Briseño Sierra
Derechos reservados de esta primera edición 1989.
Humanitas Centro de Investigación y Posgrado.
California 212, Col. del Valle
C.P. 03100
México, D.F.

Portada: Universidad de Salamanca

Impreso en México/*Printed in Mexico*

I

EL DERECHO

1. El adverbio *directo* fue usado en latín con el sentido de rectamente o en línea recta y se le empleó para pedir formalmente o *directo petere*, pedir absolutamente y sin condición o *directo optare*. El adjetivo *directus* fue el participio pasivo de *dirigo* y si el primero tenía el sentido de directo, derecho o recto, severo y rígido, el verbo significaba enderezar, colocar directamente, y también gobernar o conducir.

Para referirse a la conducta normada los romanos tenían el vocablo *jus, juris*, que se ha traducido por derecho, justicia, equidad, autoridad, poder, potestad, y vínculos como los de la familia, la condición, el estado civil y las leyes.

Siglos antes de preocuparse por su definición los tratadistas hablaron indiscriminadamente del *jus gentium*, del *jus humanum*, del *jus naturae*. El *jus dicere* se entendió como la consulta de la razón, de la causa. El *jus facere* se tomó como hacer ordenanzas que pasaran por leyes, y el no depender de otro se llamó *juris esse sui*. Caer en poder de alguno fue *in jusalicujus venire*, e *in jus ire* se ha traducido como ir al tribunal o a la audiencia.

Si como quieren los diccionarios científicos y técnicos, para definir es conveniente ir hacia las cosas significadas, en materia jurídica más que la etimología es necesaria la descripción del objeto de conocimiento. La idea inicial se desprende de las aplicaciones dadas a los términos *jus* y *directo* como variante de recto llevado a diversos extremos en las voces *rectum* y los verbos *dirigere*, *regere* de los que provinieron *rex* y *regula* que se tradujeron como recto, gobierno y regla en castellano y para otros idiomas se aludió a la justicia, a la verdad y a la rectitud en *right*, *recht*, *diritto* o *direito*, sin dar lugar a un adjetivo por lo que la palabra jurídico se ha entendido como aquello que pertenece al derecho.

2. Para encontrar el significado de los términos hay que tener presente que los lingüistas han llegado a la conclusión que el lenguaje no es la unidad de la palabra sino la del producto de una imagen y su concepto, la unidad de que hay que partir es del significante y el significado, lo que está detrás de la palabra, lo que se quiere comunicar usando la voz o el gesto.

Por ello es que tiene menor importancia el origen, la diacronía o cambio de las voces en el tiempo, que los datos de la circunstancia aludidos con el signo.

Pudo acontecer que las propiedades de la línea recta condujeran a la idea de la rectitud o que por el contrario de la imagen de enfrentarse, de estar uno directamente frente a otro provinieran los nombres de las conductas y de las líneas geométricas. Lo cierto es que cada significado tuvo un entorno, un

contexto o una circunstancia y de ahí los distintos niveles que componen el lenguaje, inclusive en el campo del propio derecho. No puede olvidarse que los diccionarios describen las palabras con varias acepciones.

Pero detrás de las palabras *jus* o su traducción como derecho la cosa básica que ha pervivido ha sido la conducta humana. En el oriente legendario del Código de Hammurabi, tal vez 2057 ó 2300 años a.c., o en la Roma de las Doce Tablas, dos mil años después, o en la India del Manú, y en las legendarias leyes chinas, las de Solón o las de Licurgo y aun las tablas de Moisés, todas posteriores en mil o mil quinientos años al babilónico, la recopilación fue llamada por el mismo Hammurabi *juicio de derecho* cuyos 282 preceptos aluden a la dicha conducta humana, desde aquél que castiga con la muerte a quien acusa falsamente a otro de hechicería, hasta el último que manda se haga comparecer en juicio a quien niega ser esclavo para cortarle una oreja, norma que ya establecía la necesidad del proceso para castigar.

El derecho atañe a lo que hacen los hombres entre los hombres, pero como también se emplea la palabra para mencionar lo que hicieron en el pasado y queda como historia, la voz derecho toma un distinto nivel y otro más si se emplea para aludir lo que los hombres han escrito sobre las reglas que se aplican o aplicaron a esas conductas. Y no termina la variedad de renglones en el papel pautado del lenguaje jurídico, porque deben agregarse el de la jurisprudencia y el de la filosofía, el de las costumbres y el de las comparaciones, el que podría ser y el lenguaje de la ciencia: sistemático y demostrado.

En este último caso aparece el contraste tal vez más agudo, porque frente a una experiencia cambiante y tal vez contradictoria se habla o se quiere hablar de certeza, de un conjunto de proposiciones verificadas, válidas *a priori* e interdependientes o conexas.

Frente al derecho que significa abstracciones susceptibles de una lógica y exacta interrelación funcional, aparece el derecho que significa una caprichosa y muchas veces impredecible actitud humana. Hay el derecho que sigue la regla y el derecho que la viola, porque desde ahora habrá que admitir que también la conducta opuesta al mandato es jurídica o no tendría sentido ni valor tomarla en cuenta; pero siendo jurídica la desobediencia no es la conducta buscada, aunque será la conducta causante de la regla sancionadora.

Que siempre ha sido esa conducta transgresora tomada en cuenta por el derecho lo confirma la ley 1 de la Tabla I de la romana y primitiva legislación llamada la Ley de las Doce Tablas, al expresar que si alguien cita ante el magistrado a otro, éste deberá ir. Si no asiste, tomará testigos. En estas circunstancias lo detendrá. Tal norma, enteramente procesal y que encabeza ese cuerpo legal permite distinguir las varias conductas no queridas por el derecho que podría calificarse de derecho orden o derecho sincrónico.

Una primera conducta diacrónica tuvo que ser el desacuerdo entre las partes originador de esa voluntad de ir ante el magistrado, precisamente por la intransigencia que impidió cualquier arreglo. La segunda conducta no querida por el derecho sincrónico tuvo que ser la inasistencia del citado y la tercera, con

aparición de querida o elegida por el derecho pero por el diacrónico fue la detención, la *manus*.

3. Definir al derecho tendrá que ser captar las notas que le distinguen de los demás objetos de conocimiento sin importar el nivel de lenguaje en que la palabra se emplea, ni el tiempo ni el espacio en que se haga.

Ya sea al considerar su etimología, o bien al observar la dicotomía realizaciones, al considerar las especulaciones filosóficas o las sistematizaciones científicas, el derecho histórico y el comparado, el nacional y el internacional, el que existe aquí y ahora o el que se quisiera alcanzar es ineludiblemente un imperativo de conducta social.

Lo mismo si proviene del hábito de una persona expresado en sus comunicaciones con las demás que si aparece estampado en piedra como el Código de Hammurabi o en papiro, en arcilla o en madera, en papel o en cinta magnética, el derecho aludirá a las conductas de los hombres y usando el modo imperativo de los verbos mostrará un sentido teleológico al buscar su arreglo, su concierto o su sanción.

Hay conductas que pueden verse ajenas al derecho o anteriores lógicamente al mismo, como sucede cuando el individuo realiza actos que sólo a él atañen, actos personales, íntimos y de manifestación aislada frente a los demás. Y hay conductas que se expresan materialmente como la simple posesión de cosas que sólo afectan al derecho cuando consisten en interferencias de otras conductas humanas.

Para poseer, cabría decir, basta el hombre solo y abandonado en la isla incomunicada, pero para contratar o mandar hacen falta dos semejantes y para tener la propiedad hay que tomar en cuenta a toda la humanidad, y las guerras enseñan que si los demás, los vencedores no consienten en la relación jurídica de dominicalidad existente, esa propiedad es nada.

No basta el vecino, ni la comunidad de la comarca, y a veces ni la población de un país para que los derechos llamados reales, los que atañen a las cosas de la circunstancia física sean respetados. Y al seguir en el camino del respeto a los títulos jurídicos, hay otros que no son reales y que se hacen valer frente a todos como la nacionalidad, el estado civil, la habilidad que depende de la mayoría de edad y de la no interdicción, el parentesco y hasta el derecho a la obediencia de los descendientes o dependientes familiares.

Que todo ello es derecho no tiene visos de duda, pero que también lo es el conjunto de normas, y a su lado las opiniones de autoridades sobre ellas, opiniones de funcionarios públicos y de expertos o estudiosos de las leyes y su conexión sistemática, son todos extremos que necesitan de una explicación.

Y ésta es muy simple porque se trata de actividades, de quehaceres que tienen el común denominador del imperativo sobre conductas sociales. Unas veces se manda y otras se interpreta lo mandado, unas ocasiones hay en que se reflexiona sobre la tarea de hacer normas y otras sobre la interdependencia

resultante de un conjunto localizado. Pero siempre está el objeto de conocimiento llamado derecho, con su significación de imperativo de conducta social en el fondo.

No serán resultados iguales explicar el régimen jurídico del mundo angloamericano frente al continental europeo, ni el régimen socialista frente al árabe, el derecho consuetudinario africano frente a los derechos tradicionales de China y Japón; como tampoco será igual discurrir por el nivel de la abstracción, de la comparación sincrónica o diacrónica del derecho con el nivel de abstracción de la filosofía continental europea y la *jurisprudence* angloamericana. Todos estos carriles racionales significarán conceptos ubicados en particulares niveles de lenguaje con una constante básica o trasfondo jurídico permanente: la final referencia a la imperatividad de conducta social.

II

LAS RELACIONES ELEMENTALES

4. Ese sentido imperativo de la proposición jurídica no se expresa necesaria ni invariablemente en la forma gramatical del modo verbal correspondiente. No es indispensable que las oraciones vayan enunciadas como una orden o mandato, porque su sentido imperativo viene dando por vocación teleológica. Un precepto, una norma, una disposición jurídicos no explican el universo sino imponen conductas.

La proposición imperativa y por supuesto la oración monoo pluriverbal en que no hay verbo, son captadas intelectivamente en la sola exclamación, ya que su contenido puede ser vertido en oración completa mediante la adición de un verbo fácilmente descubrible, y hay oraciones compendiadas sin verbo porque son locuciones adverbiales. Pero nada de ello obsta para recordar que siendo la oración la unidad más pequeña del lenguaje organizado, el sentido jurídico de una proposición se descubre hasta en una simple interjección, dicha con ese ánimo de imperatividad.

Lo anterior explica la existencia de expresiones sin verbo y de locuciones simplemente en el modo imperativo que responden a la idea de una orden o mandato contenido en el verbo aislado.

La duda, cuando se suscita, atañe a esas proposiciones que sin emplear el verbo en imperativo son disposiciones jurídicas por su sentido, como cuando se establecen situaciones condicionantes, lo cual sucede en los actos constitutivos de un Estado que en tono declamatorio expresa su independencia, su ámbito territorial y su forma de gobierno.

Esas fórmulas y aquellas que se destinan a identificar conductas, objetos y acontecimientos, como las que sirven para clasificarlos, son todas jurídicas por su sentido intelegible.

Sucede que las proposiciones imperativas tienen una múltiple ubicación. En cuanto voces son gramaticalmente tratables, sociológicamente clasificables, históricamente explicables, lógicamente definibles y jurídicamente sistematizables.

A diferencia de la oración simplemente descriptiva, la de sentido imperativo necesita justificación y cae en un marco genérico de similitud imperativa que es lo correspondiente a la sistematización.

La orden o la promesa no quedan en el aislamiento de un compartimento estanco, se corresponden por su forma y su sentido con otras proposiciones con las que coinciden en su fórmula imperativa.

De ahí la posibilidad de una conexidad universal que por razones políticas se va reduciendo a los límites estatales. Lo primario es lo lingüístico que al entrar en

la gramática crea ya el derecho privado y universal, por lo menos de los pueblos del mismo idioma, mismo que encuentra su razón de ser en la coincidencia de la imperatividad susceptible de encuadrarse en la normatividad o regularidad lógica.

5. La calidad gramatical de imperatividad queda implicada en la regularidad lógica como idea fundamental. Todas las proposiciones jurídicas son gramaticalmente imperativas y lógicamente susceptibles de constituir una regularidad.

Las proposiciones de regularidad reciben el nombre de reglas o leyes, como las matemáticas, las físicas, las químicas y también las jurídicas. Cualquiera ley o regla está expresando una regularidad y concentrando como significado las expresiones particulares, de manera que en su calidad de regularidad hay una concreción general.

También las fórmulas jurídicas son identificables por la idea constante que le hace fundamental de la imperatividad, pero el significado cambia en la medida que se alude a conductas, a objetos o a acontecimientos.

Puesto que la imperatividad sólo es comprensible y realizable de las conductas, las proposiciones gramaticales y el carácter lógico de las reglas sobre cosas y sucesos tienen función complementaria.

Las proposiciones sobre hechos y sobre cosas que tienen carácter jurídico necesitan el complemento de las proposiciones sobre conducta humana, porque de otra manera no tendrían vocación hacia la imperatividad y quedarían en lo indiferenciado o pertenecerían a otra rama del conocimiento humano.

Cuando en la doctrina se habla de hechos jurídicos y se explica que están comprendidos los naturales y las conductas involuntarias, en realidad se está contemplando la posibilidad que esos acontecimientos se complementen con una conducta voluntaria. El suceso físico, las cosas materiales y los episodios o cuanto acaece respecto del ser humano como el nacer y crecer hasta alcanzar la mayoría de edad, son todos objetos de la normatividad como *supuestos* de una imperatividad de conducta posterior.

De ahí que las normas sean clasificables en grupos que se destinan a la definición, a la conducta debida o a la consecuencia impuesta. Y esta diferente función lógico-jurídica lleva al empleo de sendas expresiones gramaticales en las que se implica la imperatividad pero no se manifiesta necesariamente en su forma verbal.

Tres son los tipos de normas: las que definen o determinan hechos y cosas, las que imponen una conducta de dar, hacer o no hacer, y las que prevén resultados debidos. Cabe denominarlas normas definitorias, normas de prestación y normas consecuenciales.

Es conveniente reconocer sus características, porque la definición jurídica por ejemplo, no tiene el sentido ni los alcances de otras disciplinas. En el derecho se define arbitraria y convencionalmente porque se comienza por elegir la denominación del fenómeno y luego buscar la aceptación general. Por cuanto a las reglas consecuenciales no sirven para prever acontecimientos sino para ordenarlos, de manera que es factible el incumplimiento y la desviación.

En todo esto aparece la libertad humana. Las reglas de deber se dirigen a un ser que tiene la peculiaridad de actuar voluntariamente y sobre la base de elecciones. El ser humano, destinatario de la norma es un sujeto actuante y no una cosa inanimada. Por lo demás, es fácil advertir la diferencia entre los acontecimientos que le pasan al hombre y los sucesos que voluntariamente produce.

III CLASIFICACION DE LAS RELACIONES

6. La posibilidad de reducir el derecho a proposiciones elementales descubre la existencia de clases o tipos de normas. Así como el universo de lo físico o lo botánico es susceptible de regulación y las reglas lo son de reducción a la más simple expresión, el mundo del derecho puede ser catalogado en esos tres esquemas de relaciones: determinativas o de definición, bilaterales o de prestación y consecuenciales. La elementalidad da los tipos y no una sola unidad. Al alcanzar la fórmula más simple de la juridicidad que es la proposición significante de una relación aparecen, no una sino tres clases de normas.

Cualquiera manifestación es suficiente para verificar la tipología normativa. Un código penal, como el mexicano, suele destinar algún precepto para definir lo que es delito diciendo, tal vez tautológica o arbitrariamente que es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Cabe coincidir, discrepar y hasta oponerse a esta definición pero no puede negarse que lo sea, como tampoco podría aceptarse que estuviera describiendo un fenómeno natural. Habrá quien piense que más allá de este criterio legal, el delito es algo diferente, una conducta desde luego, pero tipificada *a priori* y no dependiente del cambiante punto de vista del legislador. Se elaborará así otra definición que a diferencia de las empleadas en las disciplinas exactas y en las naturales será convencionalmente arbitraria, porque dependerá de la voluntad de los hombres y no de su observación de lo ya dado.

Mientras que las normas definitorias lo son porque satisfacen las dos condiciones de su expresión relacional y su imposición conceptual, las normas de prestación siguen siendo relacionales pero se apoyan en su significado de conducta bilateral.

En general todas las proposiciones jurídicas son juicios de relación y este carácter necesita ser explicado por tener una función lógica determinante. Las proposiciones como los objetos de conocimiento pueden ser absolutos o relativos. Los primeros, objetos o juicios, se distinguen porque ofrecen una existencia autónoma. La materia de las cosas se muestra como dato absoluto o autónomo y las fórmulas químicas permiten identificar lo esencial y separarlo de lo contingente, de lo eventual, de tal manera que con su apoyo se puede hablar de propiedades de las cosas frente a cualidades accidentales.

Un dato del conocimiento de las cosas se califica de relativo cuando no puede captarse sin ese objeto, como sucede con el color y demás cualidades perceptibles en y no sin las cosas. Por su parte también son de carácter relativo los juicios normativos del derecho, porque el predicado de sus proposiciones no es de algo

esencial de las conductas, sus condiciones, sus antecedentes o consecuencias.

La norma jurídica no se refiere a algo necesario en la naturaleza, en la experiencia ni en la circunstancia puesto que alude a algo que debe ser pero no a lo que forzosamente ha de ser. Los términos de la proposición son relativos, el juicio jurídico es de relación porque su valor proviene de la interdependencia que se establece entre ellos.

Un precepto como el artículo primero del código civil mexicano que expresa que las disposiciones que contiene regirán en el Distrito Federal en asuntos del orden común y en toda la República en asuntos del orden Federal, está lejos de ser descriptivo y mucho más de ser causal. El código podría ser una pieza museo sin otra trascendencia que la histórica y la circunstancia física o la social se mantendrían ajenas a las proposiciones, como lo están las del código de cualquier país extranjero frente al mexicano.

No conduce lo anterior a negar la posibilidad que una norma extienda su eficacia hacia todos los países, porque un cuerpo jurídico como la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, aprobada por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas en junio de 1958 tiene un ámbito de aplicación indeterminado ya que las adhesiones se producen periódica y sucesivamente desde esa fecha. Pero el cuerpo, la masa de las proposiciones que constituye esa convención sigue siendo normativa y por ende compuesto por juicios de relación. Unos definen el acuerdo arbitral: la material mercantil, la noción de sentencia o laudo y demás; otros aluden a relaciones bilaterales porque las conductas significadas son recíprocamente interdependientes y conducen a sendas prestaciones; y las demás son característicamente de sentido consecuencial porque enlazan un supuesto a un resultado debido u obligado.

7. El juicio de relación, identificable porque los conceptos implicados carecerían de valor lógico si se les aislaran, como resulta de las definiciones que desvinculan de su sentido imperativo, esto es, de su mensaje a los hombres pierden eficacia, este tipo de juicios ya separados en su función definitoria, de prestación y consecuencia, toma estructuras adecuadas a su significación.

La estructura atañe a la dirección o sentido de las relaciones. El mensaje mismo de las proposiciones tiene un sentido porque su carácter imperativo sólo encuentra eficacia en su comprensión. Las proposiciones matemáticas o las físicas y las atinentes a los fenómenos naturales valen en cuanto capturan los fenómenos ideales o materiales que significan y que existen con entera independencia de esas reglas.

No sucede lo mismo con el derecho y la diferencia entre una conducta ajurídica y otra jurídica no está en la manifestación real, sino en el sentido. La entrega de un objeto será jurídica si responde a una obligación. Es obvio que lo perceptible, la entrega misma no cambia si es ajurídica o si es jurídica. Lo que varía es el sentido de la conducta, su comprensión, la inteligencia del acto y no su percepción.

El mismo sentido en que se toma o entiende la conducta es el que lleva como señal distintiva la proposición normativa. Esa señal toma en las relaciones o juicios de relación jurídicos una especial estructura según que los conceptos que entran en la formación de las proposiciones puedan intercambiar su lugar o no. Por ejemplo, una orden es una proposición con un solo sentido normativo, va de quien ordena a quien debe obedecer y no cabe darle sentido contrario. En cambio, un pacto tiene reversibilidad porque el derecho algo corresponde a la existencia de una obligación de otro a darlo, hacerlo o no hacerlo.

La reversibilidad sirve para efectuar la clasificación estructural de las relaciones jurídicas. En una hipótesis como la de las normas consecuenciales se observa que su sentido es irreversible, porque a partir del supuesto de una disposición en el dicho sentido de que producido el fenómeno ha de realizarse una conducta, es inaceptable dar sentido contrario a la relación.

El artículo 30, apartado A) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual

Esta norma es consecucional por cuanto vincula una determinación a un hecho, el cual no depende del derecho pero entra en la proposición como un dato significativo para un sentido normativo. Lo que no cabe, lo que no es concebible es que la nacionalidad produzca el nacimiento. Por ende, el sentido normativo es de estructura irreversible, como lo es

al decir que son obligaciones de los mexicanos contribuir al gasto público, porque el resultado de ser mexicano es la consecuencia obligada, así como ser mexicano es consecuencia normativa de nacer en el territorio de este país. El camino del sentido normativo sigue, pues, una ruta que encadena las proposiciones consecucionalmente: si se nace en el territorio nacional se es mexicano, si se es mexicano se tiene la obligación de contribuir al gasto público, y luego otras normas agregan nuevas consecuencias: si no se contribuye se cae en situación sancionable que conduce a la obligación de pago, de la que surge la posibilidad de ejecución en caso de mora.

8. Las estructuras reversible e irreversible de las normas son utilizables para formar tres tipos elementales de imperativos jurídicos.

La proposición de estructura irreversible que se destina a definir o a imponer una conducta ajena toma la forma de un mandato u orden.

Irreversible también es la proposición que otorga a su destinatario un derecho o pretensión contra su emisor y corresponde a la promesa.

En cambio es reversible el pacto que se crea bilateralmente y origina sendas pretensiones y prestaciones entre las partes.

El contexto jurídico que se aprecia o se percibe en una comunidad humana está compuesto por expresiones más o menos elaboradas, de mayor o menor complejidad y usualmente de redacción o expresión diversa no necesariamente en el modo verbal imperativo pero si con su sentido lógico de deber ser.

Cualquiera definición será una determinación jurídica cuando tenga la estructura proposicional de un mandato. Se suelen calificar de dogmas los preceptos legislados cuyo sentido arbitrario no admite discusión aunque racionalmente lo sean. Ello proviene de la estructura irreversible por la cual la definición está ordenada, está impuesta al destinatario del contexto legal.

La orden con su estructura irreversible puede tener como señalamiento al poder, la fuerza o la imposición psíquica y aún caben otras explicaciones sociológicas, económicas o políticas. Lo que interesa al derecho es la estructura, lo que interesa a otras disciplinas y sus cultivadores son los fenómenos meta o parajurídicos.

Si en la promesa no hay mayor dificultad para entender que originalmente su estructura es irreversible por mostrar una sola dirección a la conducta de prestación y u

la anterior se descubre la reversibilidad en la que aparecen pretensiones y prestaciones en ambos extremos. En el pacto esa reversibilidad explica que la pretensión se apoye en su correspondiente prestación y viceversa. Es así como el sujeto pretendiente resulta tan sólo si hay un sujeto obligado a la prestación, y a su vez acontece que existe la obligación de efectuar una prestación en tanto y en cuanto haya la consiguiente pretensión. Una es medida y justificación de la otra.

Pero no debe olvidarse que en las estructuras de mandato u orden se contiene la previsión de una conducta obligada que se resuelve en una prestación debida sin el artículo 30, fracción IV de la Constitución que corresponda a otra conducta de prestación sino de mera pretensión de obediencia. Es por ello que tales proposiciones surgen del órgano autoritario y se destinan al gobierno de la comunidad en la que los obligados reciben el nombre de súbditos o gobernados.

IV

LAS DIVISIONES SISTEMATICAS

9. Toda proposición aun la no expresada en palabras, en gestos, en señales sobre objetos como los guijarros paleolíticos, en objetos ubicados o localizados como las mojoneras en los límites o las figuras en los términos de los terrenos, en quipus como los indígenas peruanos, en logs como los almanaques ingleses del medievo y hasta el siglo XVII, las señales pictóricas como las de los exploradores o en fin las representaciones pictóricas en rocas, pieles o maderas, en cinturones de cuentas de colores como los *wampum* de los indígenas de Norteamérica, los pictogramas e ideogramas egipcios, toda proposición manifestada sigue siendo un medio.

El gesticular del sordomudo y la retórica de Demóstenes, las señales luminosas de los semáforos y los fonogramas aztecas de nombres de lugares, los ideogramas chinos, los pictogramas sumerios y los logotipos industriales, comerciales o deportivos y hasta los iconos de los señalamientos de lugares y servicios como los diagramas para indicar curvaturas peligrosas de las carreteras, sala de esgrima en las olimpiadas, ubicación de las escaleras en los edificios y demás, todos son signos y símbolos de sendas proposiciones.

En ellas va también el sentido imperativo característico del derecho y una cruz inclinada como equis sobre una letra que puede ser la E para el castellano o la P para el inglés significan la prohibición de estacionamiento en la vía pública, así como un cráneo humano y dos huesos cruzados significan peligro y una mano cerrada con un dedo extendido ordenan la salida por un sitio específico.

La proposición no es necesariamente la oración gramatical dicha verbalmente, de viva voz y también con un verbo, puede ser la frase y la interjección y significar una proposición jurídica por su sentido imperativo.

Lo que ahora importa es que esa proposición no exteriorizada es un juicio lógico y entonces predica algo de otro algo, representación psicológica que para llegar al conocimiento ajeno necesita de un medio que es la proposición manifestada en cualquiera de las formas ya dichas: con cosas, con dibujos, con señales, con esquemas, con iconos, con diagramas, con logotipos y hasta con simples colores como las luces en el tránsito, la luminosidad en los mensajes entre embarcaciones, el sonido en la telegrafía y hasta la posición de los banderines en la marina mercante o de guerra, posición que al cambiar sirve para enviar mensajes y mantenida en los mástiles indica la comandancia.

Cuando esa proposición permanece como juicio tiene por objeto las ideaciones, cuando se expresa necesita de la comprensión de los signos.

10. Si los ideogramas y los pictogramas representaron conceptos completos, ya los fonogramas pudieron dividirse en sílabas y permitir el surgimiento del alfabeto, en el que cada signo es la más pequeña unidad.

Pero a los efectos del derecho son las unidades significativas las que importan y por ello los signos del alfabeto son preconceptuales o simplemente instrumentales. El concepto llega con la palabra que funciona como la unidad elemental en el juicio.

Lo trascendental de la palabra, signo del concepto, es su sentido contextual. De ahí que la proposición jurídica no surja aislada y en sus manifestaciones básicas: orden, pacto y promesa, se utilicen unidades que son nociones vinculables en una constelación mayor.

Ese es el conector, la conexión indeterminada, de repercusión significativa interminable, porque su contenido es reproducible en las demás proposiciones posibles, dada la aplicación de los conceptos básicos.

Un mandato, una promesa o un pacto son proposiciones que emplean los conceptos necesarios para predicar algo de algo, y en tanto conceptos con significación coincidente, pueden ser tomados en un conjunto congruente, una macro formación dar un sentido más general a la totalidad existente de normas.

La sistematización de las proposiciones tiene su apoyo y razón de ser en la unidad de los conceptos empleados como el medio expresivo de las proposiciones.

Pero la sistematización en cuanto resultado sólo es posible si cada concepto conserva su significación.

signo y mantenerlo en las invariaciones, en las combinaciones sucesivas de las correspondientes proposiciones. A este método cabe denominarlo de cuantificación evidencial, porque el significado, el objeto aludido por el signo, ya sea una palabra u otro objeto de los antes mencionados es lo evidente, lo circunstancia lo que alude el concepto. Darle nombre, denominarlo es un acto arbitrario, tanto como lo fue la formación del alfabeto dos milenios antes de la era cristiana. Pero esa enunciación elegida por el sujeto, por el hablante, necesita del consentimiento ajeno, de la conformidad de los semejantes para poder tomar carta de naturalización.

Una vez establecido el significado —y todos los días se inventan significados para vocablos nuevos o antiguos, como hace la semiótica: doctrina de los signos, cuando por ejemplo da a la palabra icono el significado que en la vinculación de signo a objeto indica una cualidad o propiedad del objeto con la que puede reproducirlo o imitarlo con unos cuantos rasgos. Un icono es tanto la estructura de un centauro, objeto imaginario, como un adjetivo, una metáfora, un dibujo, una estructura, un esquema, etc. — el signo que por lo general es la palabra, pero también un símbolo como los dibujos, las fórmulas matemáticas, químicas, geográficas —la rosa de los vientos, la flecha que señala el norte—, astronómicas o mitológicas —como el zodiaco con sus doce personajes representativos de otras

tantas constelaciones—, y las escénicas tan cercanas a las jurídicas —se dice que personaje viene de persona y esta voz de *per* y *sonare*, pero hoy en día, el personaje es tratado jurídicamente como persona y personalidad o personería, y teatralmente como el signo de significado históricamente metamorfoseado que realiza una actividad dentro de un sistema amplio que partiendo de un sujeto comienza por no designar sino a sí mismo para pasar a la apariencia y la ficción en que se produce un efecto de realidad. dimensión llamada por los críticos semántica para pasar a la semiótica de integración con otros personajes en donde se puede transformar en algo intercambiable—; cuando ya se conviene en dar al signo su vinculación con el objeto de referencia, con el significado, la técnica permite las combinaciones.

El término, el significado de prestación: dar, hacer o no hacer, se invaria, se combina con otros dos: los sujetos y los objetos que por ser susceptibles de mudar ilimitadamente abarcan la extensa gama de fenómenos posibles. La técnica de invariaciones practicable es la predicación jurídica de cualquiera conducta humana imaginable que manteniendo la univocidad de la significación metódica, permite constituir el sistema de la juricidad, si el derecho positivo organiza su lenguaje adecuadamente.

En realidad no hay una verdadera e insuperable dificultad para llegar al sistema de la normatividad vigente, tal y como puede hacerse y se efectúa con su teoría o nivel de lenguaje en el que opera la reflexión sobre las normas y no estas mismas cual sucede en el campo del derecho positivo. La sistematización de este último apenas exige la univocidad de los signos, porque la invariación técnica es el capítulo político del derecho que explica la diferencia de criterios normativos. Entre un procedimiento oral y otro escrito la distinción debe estar en lo invariado y no en el significado de los signos que se emplean en las leyes: jurisdicción en ambos casos debe significar lo mismo aunque en un caso se invarie con la actividad directa de las expresiones de viva voz y en el otro con las grafías de los escritos y los documentos.

V

LOS PRINCIPIOS JURIDICOS

II. La nota de imperatividad de cualquiera proposición jurídica es la misma e idéntica en todas las restantes y posibles proposiciones con el mismo sentido y sin importar ni la estructura —mandato, promesa o pacto— ni la función —definitorias, de prestación o consecuenciales—.

Esta identificación de las normas expone o manifiesta su carácter de reglas de deber ser. La conocida diferencia frente a las reglas explicativas de los fenómenos circunstantes y ante las leyes de la interdependencia necesaria como son, unas las llamadas causales y otras las denominadas exactas, la distinción radica en la dirección de la predicación. La norma se refiere al deber ser mediato o inmediato pero voluntariamente realizable por tratarse de la conducta humana.

Esta propiedad común a cada proposición jurídica permite entender su vocación lógica hacia la sistematización. Así como todas las proposiciones sobre mensura y cálculo de cuantificaciones abstractas son objeto de un tratamiento conexo y congruente, y las proposiciones sobre la naturaleza ofrecen el común denominador de su índole descriptiva de la interdependencia funcional llamada ley de la causalidad, de la misma manera las unidades jurídicas son la base de una composición genérica que en cada comunidad surge por razones sistemáticas.

Estas últimas se conocen también como el sentido teórico de las ciencias. Cada ramo del conocimiento humano que contiene reglas o leyes de exactitud o causalidad agrupa sus proposiciones por correspondencia a un fin común: la explicación del fenómeno físico, o la del biológico, o la del matemático, o las atinentes a otros sectores del conocimiento.

Tal propiedad de las disciplinas humanas es lo que constituye el sentido teórico. Una ciencia natural se aparta de otra no por la estructura de sus reglas o leyes, sino por el sentido teórico de cada una; la química está al lado de la física, la zoología junto a la botánica, pero en cada una hay un sentido teórico que les individualiza en cuanto conjunto completo y congruente.

El sentido teórico en el derecho es posible por la congruencia imperativa de sus proposiciones individuales y al unificarse, al conjuntarse las normas singulares se produce una agrupación que muestra la homogeneidad del sentido teórico.

El derecho, el conjunto jurídico considerado desde ese ángulo científico del sentido teórico, establece una línea fundamental para su conocimiento y su tratamiento.

Si las normas aisladas son susceptibles de agrupamiento por su común nota de imperatividad, el conjunto resultante sólo puede conservarse en la medida de su

congruencia interna. El sentido de la legislación, de la elaboración sistemática de las normas tendrá que ser la formación de un cuadro completo y no contradictorio, porque en la medida que se regulen las conductas posibles se alcanzará la finalidad de gobierno y también en la medida que se eviten o eliminen las contrariedades se alcanzará la positividad.

El conocimiento de esa fenomenica tendrá carácter científico si los datos unitarios son verificables, si son sistemáticamente conexos y si responden al mismo sentido teórico. La ciencia del derecho no puede poner su atención directa en la conducta social como lo hace precisamente la sociología, su objeto de conocimiento es la norma individual y la normatividad general.

Entre el derecho como conjunto, el derecho constituyendo un régimen jurídico nacional y la ciencia del derecho hay, no sólo la diferencia de dimensión puesto que la última no se detiene en las fronteras, sino también la diferencia de principios. El derecho ciencia verifica sus valores con las normas vigentes, el derecho positivo las verifica con la experiencia social. Un régimen estatal observará la práctica para sacar conclusiones de la eficacia o ineficacia de sus leyes y sentencias. Un análisis científico se avocará al examen de los conjuntos para considerar sus estructuras y conexiones.

Los principios, los sentidos teóricos tienen que separarse porque el sistema positivo se justifica por ser la previsión general del comportamiento social, en tanto que la ciencia se explica por su tarea de sistematización de los conceptos empleados.

Es conveniente no confundir los principios de la ciencia con los del derecho positivo, ni los principios en general con los términos de adecuación con otras disciplinas y sectores de reflexión. El derecho positivo, por ejemplo, tiene sus principios y sus relaciones interdisciplinarias. Los principios resultarán adiaforos, carentes o ajenos a valoraciones ideológicas, en cambio entre derecho y sociología, derecho y política, derecho y economía o derecho y psicología hay adecuaciones que conducen a sendas **tomas de posición**. El derecho positivo es una toma de posición entre varias posibles y la razón de ser de la normatividad vigente hay que buscarla fuera de los principios como sentido teórico interno al sistema. Entre un derecho nacional y otro distinto hay la separación resultante de las correspondientes tomas de posición, de las respectivas selecciones de lo que se llama voluntad política.

VI IDEAS FUNDAMENTALES Y SENTIDO TEORETICO

12. La relación jurídica es característicamente una proposición imperativa, nota que aparece en todas sus manifestaciones, identifica lo mismo a los mandatos que a las promesas o a los pactos.

La aparición aislada de una pluralidad indeterminada de proposiciones jurídicas o la emisión concentrada de un cuerpo legal tienen la coincidencia de la idea fundamental del imperio. El resultado es un orden, un conjunto dado que constituye el régimen jurídico vigente en determinada región y en cierta comunidad humana.

Considerada en el plano de la generalidad propia del conjunto, la idea fundamental ofrece la nota constante de una previsión de comportamiento social, porque el régimen genérico observado en su conceptualidad permite descubrir que esa totalidad normativa es el proyecto de una actitud cierta y determinada de la población.

El conjunto, sistematizado por su íntima conexidad se aparta de un manual que revele las leyes matemáticas, las físicas o las sociológicas, dado que no intenta explicar ni el por qué ni el necesariamente cómo de los acontecimientos o fenómenos significados. El sistema jurídico positivo de cualquier país se ofrece a los ojos del observador como el programa de la vida social, con sus secciones técnicas de definiciones, enlaces y correspondencias de conductas individuales.

Esa reiterada nota de imperatividad que hace posible que el legislador construya un sistema de preceptos, significantes de las más disímiles conductas entre las personas y sobre las cosas, es susceptible de tomarse con un sentido de gobierno, de organización y conducción de la comunidad hacia metas políticamente seleccionadas.

13. La ciencia del derecho tiene por su parte un sentido teórico que estriba en descubrir las condiciones de conexidad y congruencia de los sistemas positivos, de las ramas y disciplinas jurídicas y hasta de las unidades elementales de relación.

Encontrar las reglas que hacen posible los sistemas jurídicos es el sentido, el objetivo de la reflexión científica. No es el cometido de la ciencia jurídica elaborar normas de conducta sino estudiar las elaboradas. Los objetos del conocimiento científico se distinguen de los objetos de los sistemas jurídicos positivos en la medida que el estudio de las proposiciones se diferencia del estudio de los significados de éstas. Pero no cabe suponer que la ciencia del derecho no ha de considerar las conductas, porque ellas son los significados de su objeto de

estudio; por el contrario es el examen de la correspondencia hipotética y de la efectividad entre norma y conducta lo que permite establecer y conservar el sentido teórico.

Si la idea fundamental del derecho positivo es prever imperativamente un orden social, orden que responde a la ideología de los órganos públicos encargados de efectuar las tomas de decisión, y también orden que constituye el objeto de la crítica igualmente ideológica de los partidos políticos, de los doctrinarios y estudiosos de otras disciplinas como la sociología o la economía, para que ese sistema, ese esquema general o ese canavá sobre el que cotidianamente se bordan los cuerpos legales sea realizable, esto es, susceptible de convertirse en realidad, en la materialidad de la conducta de los destinatarios de las proposiciones imperativas, es menester que se cumplan, llenen o satisfagan condiciones que toca analizar, descubrir y sistematizar en sentido teórico a la ciencia del derecho.

No cabe confundir el cometido normativo del régimen legal positivo con la tarea teórica de la ciencia jurídica. No corresponde al investigador del fenómeno normativo expedir proposiciones imperativas, como tampoco atañe al legislador establecer imperativamente nociones científicas.

La idea fundamental del orden establecido, confrontada con el sentido teórico de la investigación, muestra la diversidad de campos atendidos. Las múltiples leyes procesales, las históricas y las actuales, son objeto de reducción a un tratamiento científico común, porque el análisis pormenorizado se apoya en un sentido teórico comprensivo de la diversidad.

La contingencia y la temporalidad de las leyes no impide la consistencia de la teoría. Esta última tiene sus propias reglas, que no son normativas, de corrección, de manera que las fórmulas lógicas empleadas para superar los obstáculos que en ciertas épocas se levantaron frente a la investigación, son por completo ajenas a la eventualidad fenoménica de las legislaciones.

Un criterio plasmado en una ley procesal podrá ser revaluado aunque en su existencia positiva haya sido derogado, rechazado por la práctica o ignorado por los tratadistas de la época. La valoración científica es intemporal por contraste con la transitoriedad de las normas vigentes. La desaparición de éstas no produce la derogación de los análisis científicos, pese a que hayan existido criterios doctrinarios que supusieron que el legislador podía borrar las tesis doctrinarias de una plumada. La ciencia construye sus propios esquemas sobre las coordenadas de su sentido teórico y sus valores demostrados en conexión congruente y completa.

VII

LA TRILOGIA BASICA DE PRINCIPIOS JURIDICOS

14. Un resultado científico y no normativo es el descubrimiento de los principios básicos del derecho positivo. Estos principios se encuentran en el nivel de lenguaje de la teoría y no dependen de la voluntad del legislador, no están imperados sino analizados.

El derecho positivo, proyecto o plan de ordenación colectiva, es la previsión del comportamiento nacional que en un determinado país y en una cierta época ha de obedecer reglas de deber ser susceptibles de consideración lógica.

La consideración lógica es el objeto de la ciencia del derecho y por ello es que puede hablarse de mandatos o imperativos a este otro nivel de lenguaje. Pero la revisión lógica o científica del derecho positivo, de ese plan que prevé el conducirse colectivo, sirve para encontrar conectados a la línea fundamental una trilogía de principios.

Se observa entonces que si todo el derecho positivo está engarzado en la línea fundamental, porque la ordenación social contemplada en su totalidad o conjunto representa la previsión estatal del tipo de conducta general que se persigue, entre los incontables preceptos vigentes aparece una inmanente congruencia, una constante selección de soluciones y una necesaria facilitación del cambio. Estos son los tres motivos de otros tantos principios.

15. En lo primero, en la congruencia lógica de las disposiciones que emiten los órganos legislativos se finca el principio de **sistematización**.

Por su misma hipótesis de creación, esto es, porque el derecho objetivo de cualquier Estado proviene de ciertos y determinados órganos encargados de hacer el derecho positivo, la congruencia entre todos los preceptos es indispensable.

Cabe que en el cúmulo creciente a cada momento, las diferencias se conviertan en discrepancias y lleguen a las contradicciones. El derecho positivo cuenta con mecanismos de agregación por concordancia que impiden que tarde o temprano los preceptos contrarios subsistan. Hay una derogación expresa al lado de otra implícita, hay instrumentos de verificación y control que son llamados a revisar el articulado de oficio o a instancia de tercero, y sobre todo existe el interés jurídico de toda la población que se hará visible o perceptible caso por caso llegado el momento, interés en obrar que por alguna vía también legal o legislada pondrá en marcha el mecanismo de depuración. Lo importante radica en que el ordenamiento general forma un sistema que se aut maneja y autodepura por medio de controles de toda índole, desde consultas a revisiones periódicas y desde verificaciones a impugnaciones.

El principio de sistematización opera incluyendo y expulsando de tal manera que resulta factible encontrar correspondencia entre los más disímiles artículos, porque si la materia o sea la conducta regulable no es la misma, la agregación está posibilitada por el sentido de la idea fundamental de dar un plan, de prever una ordenación general de la colectividad respectiva. El sistema es la congruencia implantada legislativamente y cuando se perturba porque un órgano desconozca o no tome en cuenta lo dispuesto por otro, siempre habrá un mecanismo de coordinación que defienda al sistema.

16. El enlace lógico cambia sus unidades constantemente sin perder la calidad sistemática. Esto es comprensible sin mayor dificultad cuando se recuerda que el **significado** de las normas, las cosas detrás de las proposiciones son conductas humanas.

Las conductas y las circunstancias en que se presentan sufren sucesiva y cotidianamente alteraciones, transformaciones, cambios y sustituciones.

a) Conductas y circunstancias se alteran cuando conservando su substancia, estructura y forma, se encuentran acompañadas o pierden el acompañamiento de un elemento externo. La conducta consistente en pagar la renta el día primero de cada mes en moneda nacional y en efectivo, se altera si en lugar de llevarse al domicilio del arrendador se paga en la residencia del arrendatario. La circunstancia misma se altera si en las calles de una población el sentido del tránsito se ve obstaculizado por el estacionamiento en la vía pública de un creciente número de vehículos.

b) La transformación es la toma de otra forma como cuando el pacto se hace por escrito en lugar de hacerlo verbalmente.

Hay transformación en el pago de la renta que antes se menciona si en lugar de hacerlo en moneda nacional y en efectivo se realiza en cheque y en moneda extranjera.

Hay transformación en las circunstancias cuando ese tránsito se efectúa en vehículos de motor de combustión interna y no de tracción animal.

c) Cambian las conductas cuando se expresan en medios o ámbitos determinados al llevarlas a otros produciendo efectos diversos, y otro tanto sucede con las circunstancias cuyas dimensiones tempoespaciales son modificadas.

En el ejemplo ya dado del pago de una renta, habrá cambio si en lugar de cubrirse en cantidad cierta y determinada se hace en porcentaje de ventas. Así, el inquilino seguirá pagando el día primero de mes, en moneda nacional y en efectivo pero en lugar de cantidad fija prestará un tanto por ciento de sus ingresos.

Son otras las circunstancias, cambian cuando esa vía pública utilizada para el tránsito de cualquier tipo de vehículos se amplía o se estrecha produciendo aumento o disminución de la corriente vehicular.

d) Las conductas y las circunstancias pueden ser reemplazadas de tal manera que otras ocupen su lugar.

En el caso de la renta cabe pensar en la sustitución por utilidades, frutos o

rendimientos. Esta modificación va hasta la fuente misma de la obligación y en lugar de un arrendamiento se constituye una asociación en participación, una copropiedad o una empresa común.

Las circunstancias se sustituyen si en lugar de una vía pública se habla de un espacio sideral o del tránsito en una propiedad en condominio.

El segundo principio jurídico cabe ser calificado de principio de **transitividad**. El derecho positivo como previsión de ordenación colectiva de conductas humanas toma en cuenta la transitoriedad de éstas y de las circunstancias, y en lo posible se adelanta a lo fenoménico o lo toma en consideración una vez acaecido si no es que le resulta concomitante.

Como caso de anticipación en el régimen jurídico mexicano se encuentra la figura del fideicomiso introducida por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, fenómeno económico no conocido en este medio y que a partir de la ley de 1934 ha llegado a extremos inconcebibles en su origen.

Ejemplos de recepción jurídica de los fenómenos circunstanciales internacionales son los delitos que se han construido a partir de manifestaciones tales como el apoderamiento antijurídico de aeronave en vuelo, sobrevuelo de zonas prohibidas o de tránsito aéreo limitado, atravesamiento antijurídico de frontera, desviación antijurídica de ruta aérea, conducción antijurídica de aeronave, violación de deberes del funcionario a cargo del control del tránsito aéreo, violación de deberes del funcionario a cargo de la certificación de idoneidad, transporte prohibido, denegación de socorro, violación de seguridad de los aeródromos, señalamiento y comunicación antijurídicos, echazón prohibida, vuelo peligroso, atentado contra la aeronave.

Estas expresiones de conductas nuevas, de conductas no conocidas ni imaginadas en épocas en que se desconocía el fenómeno de la transportación aérea, transportación que como conducta originó una circunstancia también que vino a sustituir la anterior de mera comunicación terrestre y por agua, propician el paso de un estado de hechos materiales y jurídicamente calificados a otro en sucesión interminable.

El seguimiento que efectúa el derecho, la ineliminable aparición de normatividades diferentes es lo que explica el principio mencionado.

e) La formación sistemática del derecho y su constante transitividad hacia planos de conjuntos distintos se apoyan en otro principio: el de **alternatividad**.

La creación humana del derecho a diferencia del descubrimiento de reglas para las matemáticas o las ciencias naturales, enfrenta siempre alternativas. Desde la más simple delimitación normativa a la más compleja regulación fiscal necesitada de difíciles cálculos actuariales, todas las reglas jurídicas son tomas de posición, elección entre varias posibilidades.

Este arbitrio para optar no llega hasta la **calidad** normativa misma, porque el legislador no puede negar que una proposición sea **definitoria** cuando lógicamente esté presentando las notas constitutivas de un concepto, como tampoco puede desentenderse de la calidad de pacto de una relación **autónoma** y

bilateral, o de **regla consecucional** a la que sanciona por incumplimiento del antecedente.

Lo **alternativo** está en definir de una manera y no de otra cierto fenómeno social, dar calidad de cierto convenio a un pacto y no de otro distinto, o vincular ciertas consecuencias y no otras a la premisa.

17. Los **principios jurídicos** operan como condiciones lógicas de la estructuración de proposiciones, son presupuestos, son reglas de **sindéresis** immanentes del derecho positivo.

A diferencia de los preceptos vigentes, los principios necesariamente se cumplen. En su nivel de lenguaje las sentencias y los laudos son forzosamente congruentes con las disposiciones legales que aplican, en su línea semiológica el significado que viene a ser el conjunto jurídico positivo es necesariamente una elección entre varias posibilidades; y en su ámbito, las alteraciones, las transformaciones, los cambios y las situaciones de conductas y circunstancias son fatales.

Una ley procesal, esto es, un conjunto congruente, no contradictorio, completo y tendiente a regular la conducta, condiciones y circunstancias relativas a la solución imparcial de un conflicto jurídico, necesariamente responde a la idea de **sistema** porque aun en el caso de no alcanzar tal desiderátum, en virtud del principio de sistematización el régimen vigente colmará lagunas, deshará oposiciones y reconducirá las desviaciones a su cauce normal.

Pero esa legislación puede no adecuarse a una problemática nueva, caso en el que por el principio de **transitividad** el ordenamiento positivo electuará las adecuaciones pertinentes.

De cualquiera manera, ese cuerpo legal no es el único posible, sino el conjunto de soluciones elegidas por el legislador que tuvo la oportunidad de escoger o no por el principio de **alternatividad**.

VIII LOS PRINCIPIOS PROCESALES

18. La vaguedad y confusión del tratamiento dado al tema de los principios en el campo jurídico en general se refleja en la rama procesal, cuando se observa que su número crece de una manera desorbitada y sin seguir una línea clara y precisa de congruencia.

Lo propio del derecho procesal es alcanzar la resolución de los problemas jurídicos, pero no cualquiera resolución ni obtenida en forma indeterminada, sino una resolución imparcial y por obra de tercero.

Hay un supuesto necesario que es la existencia de un conflicto jurídico que vincula por lo menos a dos personas, ya sea por una relación civil o mercantil, laboral o administrativa, castrense o constitucional, penal, entre víctima y victimario, o internacional y demás.

Dado lógicamente ese supuesto o materialmente afirmado por alguna de las partes se presenta la necesidad jurídica, pero también social y aun económica, de eliminarlo.

Hay tres posibles salidas al problema. La primera consiste en que las mismas partes se avoquen al arreglo del conflicto, situación que depende del ánimo de convenir, de la voluntad para transigir y aún de la capacidad técnica o de simple experiencia para encontrar la fórmula adecuada, si es que acaso el problema es susceptible de ajuste o conciliación por obra de las partes, ya que en extremos tales como el campo penal esta avenencia suele estar excluida.

Si la primera desembocadura es una solución, la segunda es la disolución. En un gran sector de esta problemática el simple transcurso del tiempo y la abstención de los interesados es suficiente para que el conflicto desaparezca. Las fórmulas conocidas son la prescripción que libera de las obligaciones o la usucapión que sana los derechos de posesión.

La sociedad no puede supeditarse a ninguna de las dos fórmulas porque la primera es aleatoria y está condicionada por la transigibilidad, en tanto que la segunda a más de limitada porque no opera en todos los casos, es causante de inseguridad y de intranquilidad.

La **alternatividad**, principio general del derecho que se aplica como es obvio a lo procesal, conduce a la tercera fórmula que es la resolución. Su característica es la presencia de un sujeto ajeno a las pretensiones o prestaciones de las partes.

La resolución conectada con el sistema jurídico positivo es atribuida a un funcionario que asume el carácter general de autoridad, sin que ello impida que ciertos conflictos se resuelvan por particulares como sucede en el arbitraje privado, el que no obstante esta última nota llega a ser aplicable a problemas de

cuasidelitos, *torts* en el derecho anglosajón, en algunos países.

La resolución que proviene de la autoridad en gran medida es inconfundible con el mandato que emana de la misma y que se dirige a una generalidad de gobernados. En el último caso se está ante reglas en cuya abstracción se advierte la indeterminación individual. Una norma jurídica es general cuando significa relaciones jurídicas desprovistas de la identificación personal de sus destinatarios.

19. La imparcialidad puede atribuirse a la resolución, a la conducta realizada para alcanzarla o a la condición de la persona.

La conducta imparcial se percibe en una secuencia de actos y aun de absurdos que muestran el desinterés del tercero por el resultado a que se llegue.

La condición de la persona es conocible a través de datos exteriores, de manera que la imparcialidad provendrá de la ausencia de vínculos con los intereses en contienda.

La resolución imparcial es aquella que se justifica por razones objetivamente válidas, lógicamente comprensibles.

Hay hipótesis en que un sujeto no imparcial, diferente al individuo parcial que es el que ya se ha inclinado por alguna parte, porque tenga relaciones con alguno de los contendientes, emita una resolución imparcial y tenga también una conducta imparcial. El teatro ha mostrado en la obra *El Alcalde de Zalamea* un ejemplo de sentencia imparcial dada por el padre de la víctima.

En un primer momento habría preferencia por la resolución imparcial aunque las otras notas estuvieran ausentes. Pero es comprensible que los códigos tomen en cuenta la imparcialidad del sujeto, porque la resolución es un resultado y aun en el supuesto que se tuviera la seguridad de valorarlo con exactitud, como resultado que es tendrá que esperarse a que se produzca para conocer su calidad.

La nueva alternativa es la imparcialidad del sujeto con el riesgo que ni su conducta ni su resolución lleguen a ser imparciales, pero el control anticipado sólo puede producirse separando al llamado a decidir, así sea una mera sospecha o un simple temor de parcialidad.

En consecuencia al hablar de la resolución imparcial de tercero tendrá que llevarse el acento del calificativo a la persona y no a ese resultado que se busca, porque el dispositivo legal más práctico y expedito es el control de la hipotética imparcialidad subjetiva.

Esa persona llamada a resolver recibe la denominación de tercero que sirve para percibir su carácter de extraño y no el número de sujetos del conflicto.

20. La resolución imparcial de tercero, expresión que resulta preferible a otras, es el principio del derecho procesal por cuanto refleja el sentido teórico de un conjunto normativo de la mayor amplitud.

Por su nombre este sector jurídico parece concretarse o reducirse al proceso, pero la idea fundamental enlaza sistemáticamente otros grupos de reglas que

miran, unos a la organización de los funcionarios y auxiliares competentes para dictar la resolución, otros a los mecanismos, ritos y procedimientos adecuados para prepararla, emitirla, posibilitarla y aun realizarla coactivamente.

La resolución así condicionada se convierte con frecuencia en una función pública especializada, pero en su esquema lógico elemental cabe llevarla a uno tipo de autoridades, conferirla o ver que se cumpla por los particulares y, en el ámbito internacional se le encuentra atribuida a órganos ajenos a la composición política de los Estados.

Para considerar el mismo tema desde otro ángulo cabe decir que el resolver imparcialmente el conflicto de otros es aplicar el principio del derecho procesal, así falten datos como el carácter de autoridad, pertenencia a una organización nacional o internacional, tramitación de un procedimiento y la efectuation misma del proceso.

Basta el objetivo para estar actuando en el campo jurídico denominado derecho procesal y resulta asombroso y hasta paradójico que se lleven a cabo conductas de derecho procesal cuando no se sustancia ningún proceso, y esto es así porque no hay duda que se puede dictar una resolución, un juicio o sentencia sin trámite alguno.

Desde el extremo siguiente acontece que un procedimiento coactivo, un trámite de ejecución también es procesal aunque no busque la resolución imparcial de tercero si lo que hace es cumplirla.

Aquí la resolución va antes del procedimiento y por ello lo reconduce al campo procesal. La resolución es un aglutinante, es cabalmente una idea fundamental y por ello sigue operando como el sentido teórico del derecho procesal.

También es parte del derecho procesal ese capítulo de actividades, de uomnadas cuestiones preliminares —cautelares, conservativas, transitorias, preparatorias y demás—, y el otro que hace tiempo se llama indebidamente *jurisdicción voluntaria*. La razón de ello es que si no se trata de ritos o procedimientos que alcancen la resolución imparcial de tercero, ese es su sentido, hacia allí se encaminan finalmente aunque no sea por vías directas o inmediatas. En la *jurisdicción voluntaria*, por ejemplo, lo procesal está en el órgano empleado que suele ser el encargado de la resolución imparcial.

21. En la doctrina se habla no de uno sino de varios *principios* procesales que al ser revisados resultan ser criterios de composición de algunas partes del derecho procesal.

Como sección relevante se alude al proceso, figura que ha dado su nombre a la rama jurídica pero que no pasa de ser una división, capítulo o apartado del total sistemático alrededor de la idea fundamental.

Contemplado en un aislamiento analítico, el proceso es susceptible de directrices que inclusive van en parejas discrepantes: oralidad o escritura, concentración o dispersión, orden consecutivo o desarrollo flexible, litis cerrada o litis abierta, única instancia o multiplicidad de instancias, juicio ordinario o juicio

sumario, acuse de rebeldía o preclusividad, procedimiento inquisitivo o procedimiento acusatorio, apelación amplia o restringida, demanda individualizada o demanda sustanciada y así por el estilo.

Estas directrices atañen a la técnica del proceso y algunas trascienden al procedimiento o a otras ramas y aun a la teoría general del derecho, de tal manera que ni siquiera cabe hablar de algo propio y exclusivo del proceso por antonomasia.

22. Otros tratamientos de los *principios* llevan a figuras alejadas de la idea fundamental, como sucede con las invocaciones de la historia.

Por una ancestral creencia del valor de lo pasado se acude a las soluciones del legislador romano, del medieval, del romano-canónico y así sucesivamente, reuniendo muchas veces fórmulas excluyentes como sucede con la demanda sustanciada o la individualizada, la *prueba* tasada con la libre o razonada, de manera que so pretexto de acudir a las *fuentes* se naen al derecho moderno, en muchos casos con denominaciones en otro idioma, preferentemente en latín, lo que se llama brocardos, *sentencias*, proverbios.¹

Con demasiada frecuencia se convierten esas máximas en *principios* sin importar que a menudo se les enfrente un pensamiento opuesto. Pese a que resulta absurdo dar valor de fundamento de una ciencia o de una rama jurídica a una idea que marcha de la mano con su contraria, en la doctrina y después por influencia suya en las leyes se consagran directrices que se elevan a la categoría máxima de *principios*.

1. Es típico el aforismo *actore non probante reus est absolvendus* que tomado del Libro II, título I, ley 3a. del Código de Justiniano ha servido de orientación a las legislaciones siguientes.

IX LAS RAMAS DEL DERECHO

23. La idea fundamental que une las consociaciones de conocimientos humanos en general y conocimientos jurídicos en particular cumple su rectoría de *principio* cuando unifica el sentido, en este caso el sentido normativo encaminado a la consecución de un objetivo.

Los *principios* tienen la peculiaridad de ser irrepetibles aunque omnicomprensivos de sus fenómenos, afirmación que si bien parece una tautología y en el fondo lo es, resulta necesaria para ponderar la importancia de este dato.

Un *principio* cubre una sección del saber humano, de manera que la botánica o la matemática, el derecho o la astronomía, la psicología o la geografía son grupos de nociones que tienen en común el sentido teórico.

Dentro del derecho cuyo principio general ha quedado establecido como programa imperativo de conducta social, existen divisiones que a su vez ofrecen diferencias de una a otra y similitudes internas.

La división del derecho considerado como totalidad normativa de la conducta social no puede hacerse caprichosamente ni para dar jerarquía teórica o doctrinaria a los conjuntos resultantes. El seccionamiento tiene que obedecer al hecho que cada grupo responde a una idea fundamental, idea que al aglutinar los conceptos unifica su sentido teórico.

El derecho procesal tiene su *principio* auténtico porque ningún otro conglomerado normativo persigue la resolución imparcial del tercero de los conflictos jurídicos.

Es más que posible, casi necesario que figuras o esquemas de conjuntos distintos se traten o combinen con agrupamientos de otros sectores. Por ejemplo se advierte que el fenómeno de la organización pública pasa del derecho constitucional al administrativo o al procesal. Indispensable que así sea, porque organizar es una actividad que no tiene aplicación exclusiva y se le ve en el derecho mercantil o en el civil, en el laboral o en el castrense.

La circunstancia que un subprograma jurídico como el mencionado y muchos más que en larga sucesión o interminable recordación pudieran mencionarse también, pasen de un conjunto a otros varios no desvirtúa la homogeneidad formada por el sentido teórico, primero porque una mayoría notoria son datos de la masa genérica y obviamente lo que está en el todo está en las partes, y segundo porque no es el significado de los datos lo que individualiza al grupo sino la razón de su agrupamiento: su sentido teórico o idea fundamental.

24. El derecho procesal con su idea fundamental que orienta la reunión de

capítulos normativos en un solo sentido teórico es ejemplo de lo que debe llamarse rama jurídica.

En otros campos del derecho se tiende a calificar de rama a los agrupamientos por materia, como si la atribución de esta calidad diera importancia mayor al estudio o a la clasificación de la codificación o legislación especial.

Inclusive se habla de dinamismo de una *rama* anificiosamente formada porque sus preceptos varían en el tiempo. Las dos nociones: rama y dinamismo suelen emplearse como sinónima de mayor valor social.

Lo cierto es que a partir del concepto: rama, sólo puede otorgarse tal calidad a esos agrupamientos que ofrecen unidad de sentido teórico. Si el derecho civil o el penal pueden mostrar una idea fundamental intransferible a otros sectores jurídicos, entonces debe hablarse de la rama civil y de la penal. Y así como estas secciones secularmente han mostrado autonomía es normal que no es sino una manera de alcanzar el sentido teórico propio, así el resto de la normatividad ha de encontrar o demostrar su unidad fundamental.

Pero ser rama jurídica no significa jerarquía ni postulación de valores que den mayor o menor importancia a los conjuntos. Es posible que la legislación sobre un fenómeno social como la inversión extranjera o el control de cambios tenga mayor atractivo para el estudioso, mayor trascendencia para el desarrollo económico del país y mayor preocupación para autoridades y particulares, que otras verdaderas ramas, o ramas tradicionales.

Lo que sí ostentan las ramas es una conexión lógica que influye en el derecho positivo, en los códigos o leyes expedidos sobre su materia. Es cierto que una rama permite un tratamiento lógico que las demás disciplinas no resisten o sólo con dificultades múltiples.

De otra parte la consistencia unitaria, la apariencia de bloque sillar que tienen las ramas permite que el tratadista o el practicante de sus normas se conduzca con mayor severidad o rigorismo, puesto que se advierte desde luego que una afirmación aislada es lógicamente imposible, ya que los conceptos se encuentran trabados entre sí y el predicado sobre uno repercute sobre los demás. La verificación de la exactitud o valor de un aserto, de cualquier calificación se hacen a la manera del raciocinio lógico; por conclusiones que muestran la trascendencia, la derivación y la secuela al mismo tiempo de las concepciones. Lo que se sostiene de la acción procesal influye en la teoría de la jurisdicción y al mismo tiempo en la noción de caducidad o en el concepto de parte y así sucesivamente a todo lo largo de los contenidos de la rama.

X

DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO

25. El derecho **norma** es un imperativo social, el derecho **sistema** es un programa imperativo de conducta social, de manera que la dicotomía se propicia en la invariación de las nociones elementales —pacto, mandato y promesa— que dan lugar a la conexión general.

En una captación aislada el pacto ofrecería la idílica visión de una comunidad viviendo en la espontaneidad de las relaciones bilaterales que aun siendo lógicamente imperativas no serían jurídicamente coactivas; pero esta presentación utópica sirve para efectuar una división en el sistema en cuanto revela el fenómeno de la coexistencia de dos componentes de estructura lógica diversa.

La separación romana entre derecho público y derecho privado se apoyó en la materia regulada y la variedad y la relatividad de la ubicación condujeron a la discutibilidad de la clasificación.

No puede tener validez absoluta la afirmación que es derecho público el que atañe a la *cosa* pública, porque además del círculo vicioso que se forma basta que esa *cosa* sea atendida por los particulares para que pierda su calidad relativa.

Sin embargo la observación directa de cualquiera de las **normas** empleadas en lo considerado como derecho público permite advertir la peculiar unilateralidad del mandato.

La norma irreversible que vincula al gobernado con el gobernante no da al principio un derecho contra el segundo sino una obligación. Fuera de la teoría del derecho está la explicación del porqué de la relación de subordinación, en lo que respecta a la lógica jurídica hay dos tipos normativos diferentes, ése que es propio del mandato y tiene sólo un extremo pretensional y el otro que la bilateralidad permite sendas pretensiones y prestaciones.

En el llamado Estado de Derecho la estructura unilateral ofrece una variante que consiste en supeditar al gobernado y a la autoridad al mismo programa general, de manera que la unilateralidad se convierte en una línea de prestaciones esdonadas y también de sentido irreversible porque la prestación del gobernado no justifica la prestación del gobernante, ya que el último tiene que cumplir con la norma y no con la pretensión contractual del derecho privado.

Por la circunstancia de una vinculación normativa general se presentan relaciones oblicuas en que el gobernante y el gobernado aparecen sometidos a la ley por igual. Ya no cabe como en una autocracia que el mandato surja de una entidad y someta al resto, en el Estado de Derecho el sometimiento es total a partir de una Constitución.

El sistema denominado derecho positivo que es el conjunto de las disposicio-

nes que establecen el comportamiento futuro de la comunidad, impeta sobre autoridades y gobernados sin crear derechos de éstos frente a aquéllos, pero entonces acontece que objetivamente se produce la conexión de los títulos.

Ya no hay el fenómeno feudal de un derecho del súbdito y otro del señor, sino que ahora gobernante y gobernado tienen prestaciones a su cargo y no se da la pura obligación del último, al menos a favor del primero sino en cumplimiento de la ley.

Pero la estructura del derecho público en cuanto sector del sistema general sigue siendo la de una norma unilateral e irreversible. En cambio el derecho privado continúa con su bilateralidad reversible porque a diferencia del derecho público, en el privado hay una justificación de la pretensión de una entidad por la prestación de la otra y viceversa.

No es concebible, en el campo privado, que alguien pretenda sin que alguien tenga que efectuar la prestación correspondiente. Y de otra parte, tampoco es concebible que haya una prestación si no existe un favorecido con la pretensión respectiva.

Para que esta reversibilidad sea factible, sobre todo porque no interviene la coacción propia de la norma de derecho público, es menester que los titulares de cada extremo hayan convenido en su constitución y esto es lo que explica la índole de pacto de la rama.

Todo el conjunto o subconjunto jurídico del pacto tiene la misma característica: es bilateral y convencional.

En cambio el sector público es unilateral y heterónomo porque no ha sido autónomamente formado como el pacto, sino que la prestación impuesta a cada subjetividad incluyendo a la autoridad, es una expresión de la procedencia externa del mandato.

El carácter de la persona: autoridad o gobernado, la naturaleza de la cosa o materia de la relación jurídica o el ámbito en que se dé la última, son indiferentes para la clasificación y sólo habrá de tomarse en cuenta su heteronomía frente a la autonomía para formarla y la irreversibilidad ante la reversibilidad para exigirla.

Una última consideración debe hacerse respecto de la promesa. Si bien es originalmente irreversible aunque las hay condicionadas o reversibles, no es heterónoma a las partes. Al menos una de ellas: el promitente, es libre para obligarse y aun cabe que el beneficiario rehuse también con toda libertad. Al lado de estas ligaduras el mandato del derecho público no puede encontrar esa libertad ni en el gobernado ni en la autoridad llamada a exigir el cumplimiento de la ley.

XI LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL

26. Derecho público y derecho privado no existen en compartimentos estancos, no se encuentran en mundos distintos e incommunicables, por el contrario sus conexiones constantes y recíprocas influencias explican las frecuentes conversiones y la natural repercusión de sus efectos en términos del principio de transitoriedad.

La repercusión de los efectos de un sector al otro, lo que no es igual a la influencia o simple eficacia de la normatividad pública o privada sobre un destinatario, se logra a través de la modificación de la personalidad.

Una conducta privada, porque está implicada en una relación pactada, termina su ciclo lógico en la conexión establecida por la norma. Para que se presente la transitoriedad que entraña el paso al sector público es menester que una entidad subjetiva tenga la titulación de la pretensión o de la prestación convenidas, de manera que subsistiendo la individualidad los efectos de la ley o norma pública incidirán en esa subjetividad alterando la relación privada.

Un ejemplo bastará para comprender el fenómeno institucional. Efectuada una compraventa las partes resultan titulares respectivamente de la cosa y del precio. La norma pública que impone el pago de un tributo al comprador, al vendedor o a ambos y que sigue su ciclo de eficacia en línea paralela a la compraventa, interferirá con ésta en cualquier momento futuro para corregir defectos y omisiones, dando al precio declarado efectos de valoración en la expropiación o tomándolo como base para un mayor gravamen en la posterior enajenación que tributaría menos, si el precio hubiera sido manifestado en un grado superior, para reducir la diferencia con el de la posterior enajenación.

Si los actos o conductas significados por las normas se cumplieran y dejaran sin materia el ciclo de eficacia, los sectores público y privado tendrían apenas una existencia simultánea, pero no una constante y determinante interferencia.

No se confunde el fenómeno institucional con la eficacia de cada sector, como no lo hacen tampoco los términos efectos y consecuencias. Si la relación jurídica tiene un resultado previsto, sus efectos son materia del pacto o del mandato; pero más allá el futuro surgen situaciones derivadas en segundo o en ulteriores grados y ellas constituyen las consecuencias tal vez no pensadas ni queridas, como se mira en la formación institucional de las conexiones jurídicas, en donde un resultado consecencial de sanción es imprevisto o no deseado.

27. Dos manifestaciones de la coexistencia de los órdenes jurídicos público y privado consisten en la delimitación y las transferencias de resultados.

La autónoma convencionalidad tiene además similitud parcial con el hecho de la disponibilidad. En ambos casos se percibe la libertad material o físicamente, porque en los dos se muestra la conducta espontánea y sin coacción ni amenaza de coercibilidad.

Pero en la posesión, uso, goce y disposición de los bienes, como en la contratación bilateral o unilateral hay límites, los hechos y los derechos sólo pueden llegar hasta un punto determinado.

Ni la posesión ni la propiedad como tampoco los pactos han sido irrestrictos. La espontaneidad de su creación y mantenimiento no llega hasta lo indefinido, no hay indeterminación total porque los hechos y las conductas están jurídicamente condicionados.

Para concretar el fenómeno institucional es conveniente separarlo de esa delimitación que opera en el campo privado, ya sea en el momento del pacto o en el hecho de la posesión y en los derechos llamados reales por entrañar permanencia de contacto.

Aunque los derechos privados no tuvieren límites o alcances, la fórmula institucional seguiría explicando la transferencia de efectos. En el remoto o casi imposible supuesto de un pacto ilimitado, la eficacia de la relación de derecho público sería tal que en un momento específico afectaría lo convenido.

Los contratos válidos y eficaces entre las partes, respetados y cumplidos puntualmente por ellas no dejan de ser objeto de consecuencias provenientes del ordenamiento público, así sea para propiciar el ingreso de las instancias particulares en los tribunales.

Todo ello opera utilizando al sujeto, conformándolo cuando no es apto para conducir las consecuencias a los planos previstos legalmente, como cuando el individuo carece de habilidad jurídica por ser menor de edad o estar sujeto a interdicción, casos en los que el ordenamiento público aplica el sucedáneo de la legitimación de tercero.

Sea que el titular original o su causahabiente actúen en el sentido de la norma pública, dando, haciendo o dejando de hacer lo que ordenó desde el principio, sea que la propia autoridad efectúe coactivamente la prestación, lo cierto es que los efectos se transfieren de un plano al siguiente y la afectación personal para lograr los resultados institucionales se presentan de manera adecuada. La conducción de las normas requiere la conducta subjetiva y la permanencia individual es obligada o suplementada, lo primero en la sucesión, lo segundo en la sustitución legitimada.

TITULO PRIMERO GENERALIDADES

I

EL PROBLEMA DE LA DEFINICION DEL DERECHO PROCESAL

28. Son numerosos los comentarios desfavorables contra la doctrina procesal y contra el derecho positivo procesal. De la primera se ha dicho que se muestra insegura y recelosa, del segundo se afirma que es deficiente, anacrónico e irremediable.

Sin embargo no son suficientes ni las escépticas consideraciones de los estudiosos ni las airadas reclamaciones de los justiciables, porque la problemática tiene dos vertientes que suelen confundirse inclusive de buena fe y con la mejor intención posible.

La cuestión inicial radica en saber qué debe establecerse en primer lugar, si la teoría o la legislación. La respuesta es importante porque si hubiere entre ellas interdependencia funcional, lo que se predicare de una influiría en la otra. Si por el contrario es indiferente el orden de presentación puede resultar que la independencia de cada ámbito destruya la razón de ser de ambos.

En el último extremo acontecería que si la legislación no es susceptible de un tratamiento científico, tendrá una consistencia caprichosa, desarticulada y sin sistema lógico. Aun en el supuesto del legislador pragmático que no pareciera en generalidades de teorías, persiste la sindéresis, o al menos la creencia que las proposiciones con que trabaja son válidas lógicamente.

La respuesta, si todavía se dudare del orden de los factores, será la primacía lógica de la teoría aunque la historia muestre una anterioridad cronológica de la legislación.

Se diría que tanto el legislador anónimo responsable de la costumbre jurídica, como el especializado en cuanto órgano estatal legitimado para decretar o simplemente hacer leyes, desconocían la teoría pero hacían derecho, y tal afirmación no está exenta de verdad, pero no va más allá de su significado literal, porque esos autores del derecho generalizado, como aquellos otros que pactaron o prometieron sin detenerse en la doctrina, elaboraron proposiciones razonables, disposiciones o normas lógicamente admisibles.

La diferencia está en la separación entre doctrina y lógica, a tal grado que también la primera puede adolecer de falta de fundamentación o justificación científica y hasta se ha hablado de las corrientes doctrinarias precientíficas, así como se califican de científicas ciertas posiciones y no otras.

Pero también el derecho positivo puede carecer de razonabilidad, también puede ser objeto de censura sin importar su modernidad.

29. Lo que se quiere de esta dicotomía es que el estudio del derecho procesal

abarca lo circunstancial que son las leyes, las costumbres, los usos, las prácticas y también la jurisprudencia, la historia, la comparación y la teoría.

La propia consistencia de los elementos de cada rubro y las notas distintivas que tienen entre sí dan sectores de conocimiento que son abudidos con lenguajes diferentes.

Esta variedad de niveles de lenguaje no significa que exista una gramática especial para cada uno, ni siquiera que se utilicen vocablos diferentes y aún por el contrario la dificultad está en que los mismos términos se emplean de manera indiferenciada y ello origina las confusiones de apreciación y juicio.

Si no es la significación lo que se altera, la variación tiene que encontrarse en otro factor y éste es el contexto en que va o al que corresponde la proposición respectiva.

El lenguaje de la costumbre es de origen privado por el ámbito de su formación y dentro de éste toma el sentido convencional de lo autónomo, pero al ser recogida por el Estado se traduce en normas heterónomas, inclusive para la parte de la población que la creó. Al igual que el derecho mercantil de la Edad Media, para llegar al derecho público o legislado del Digesto de Justiniano, el derecho comercial romano pasó a la calidad de *jus gentium* y se convirtió en el derecho natural de Gayo.

Los usos medievales que introdujeron el juramento en los conatos, permitieron aplicar la competencia de los tribunales eclesiásticos llevando los casos y los conflictos del campo privado internacional, carente de jueces competentes, al nivel internacional de la Iglesia.

Este masasamiento operante porque finalmente lo jurídico es sistematizable, muestra sin embargo separaciones de significados. De una parte están los imperativos incoercibles del derecho privado, de la otra los imperativos de la costumbre que tienen su primera eficacia en la posibilidad de sanción profesional, más adelante se presenta el cúmulo normativo legislado coercible, organizado y omnicompreensivo en su integración sistemática que llega hasta la jurisprudencia.

La doctrina en cambio surge como lenguaje paralelo pero ajeno, tanto a la coercibilidad como a la sistematización regional. La doctrina traspasa las fronteras estatales como más tarde lo harán las convenciones internacionales y en ciertos momentos parece desligada de esa realidad en que se encuentran las otras manifestaciones jurídicas. Se llega a reprochar el distanciamiento o la indiferencia de la doctrina frente a la práctica.

30. La misma complejidad de niveles se encuentra en el derecho procesal. Las palabras que se emplean para describir el sistema romano y que se utilizan para elaborar los códigos o los escritos, las sentencias o los libros de la materia siguen siendo las mismas.

La polémica que se dice fuera el punto de partida para el derecho procesal científico, entablada alrededor de un vocablo, el término *acción*, es una muestra de las discrepancias lógicas por razón de las diversidades significativas: acción en Roma, Klage en Alemania.

Una teoría general del derecho procesal tiene que ubicarse en el plano doctrinario de la ciencia, porque tiene que buscar las unidades conceptuales, su invariación técnica y su sentido teórico.

Pero hay dos consideraciones que necesitan ser alumbradas en torno a este tema. Un tratado sobre la materia tiene que atender a los diferentes niveles de lenguaje porque debe llegar al fenómeno final que es la **realización**, la conversión en realidad de toda la normatividad. En seguida hay que explicar las discrepancias, las razones de las posibles inconformidades entre esos lenguajes.

La teoría en su aspiración científica persigue la sistematización de proposiciones válidas por su exactitud. Si en torno a la acción o a la jurisdicción, a la acusación o a la ejecución se predicaran datos variables o inconexos, datos que al invariarse se excluyeren o contradijeren, la teoría carecería de valor porque no habría un exacto ajuste de conceptos.

Pero en la legislación se encuentran esos términos empleados de manera des preocupada y cambiante, la jurisdicción se emplea para aludir a la dirección del proceso y para mencionar la sentencia, para identificar a la autoridad y al territorio, en fin para cosas y casos tan disímiles que la palabra pierde el valor de exactitud que busca cualquier lexición.

Lo trascendental aparece cuando esos vicios de equívocidad y de multivocidad originan dos o más significados y el conflicto entre sujetos interesados en el cumplimiento de la norma se apoya en la noción o en las nociones dadas por las leyes o la jurisprudencia que también suelen introducir criterios teóricos perdiendo valor.

Se dice que hay un derecho procesal científico y otro derecho procesal empírico o material por comprender leyes y costumbres, prácticas y jurisprudencia. El riesgo en esta clasificación radica en la posible separación radical de objetos de conocimiento, al grado que los postulantes muestren total indiferencia por los teóricos, imputándoles ignorancia de la práctica del derecho.

El doctrinario no puede hacer teoría de espaldas a la práctica.

II

LA NOCIÓN UNITARIA DEL DERECHO PROCESAL

31. Hay circunstancias que deben tenerse presentes al contrastar los lenguajes jurídicos en general. El que viene en las normas ya sean de la costumbre, de la legislación y aún de la jurisprudencia no tiene la calidad de exacta correspondencia con su significado, de manera que hay incumplimientos, parciales o totales, lo mismo que violaciones o contrariedades.

El lenguaje de la teoría tiende a la exactitud y si acaso no la logra es por defectos del teórico y no de la ciencia. El doctrinario puede cometer errores de invariación provocados por la falta de una metodización de su lenguaje, y puede fallar en la sistematización por inconsecuencia de las conclusiones.

Si la fallibilidad humana explica los defectos, no trasciende hasta la sistematización, verificable permanentemente. Lo mismo acontece en otros campos del conocimiento humano, sin que pueda considerarse que los errores de cálculo lesionan o disminuyen la exactitud de las matemáticas. De la misma manera que la verificación comprueba las conclusiones de esas ciencias o de las naturales, lo hace con las jurídicas.

Es la **realización** del derecho la parte vulnerable de todo el conjunto, porque reiteradamente la conducción de la norma a la experiencia depende de su destinatario, y éste además de su capacidad de comprensión de los significados tiene la libertad de su conducta.

El hombre puede: no entender, no entender bien, no querer o desear lo contrario. Las alternativas que se presentan entre la **realización** originan la creencia en la relatividad normativa. El espectador que contempla el orden legislado y mira su falta de correspondencia material se inclina por calificar de relativo al derecho.

No ya el lego sino el postulante y también el doctrinario se sienten atraídos por la idea de un doble juego normativo, el segundo de los cuales es enteramente caprichoso. Quien tropieza no ya con la mala voluntad de la autoridad sino con su ignorancia, con su incompreensión, sus compromisos o su falta de congruencia, encuentra dos órdenes jurídicos: el creado por el legislador oficial y el que va apareciendo en las resoluciones individuales. Algunas veces la historia registra los cambios y las transposiciones y señala cómo lo que era práctica se convirtió en uso y pasó a la ley, ya fuera para reintegrar al orden positivo la desviación o para elevar ésta a ley.

Es conveniente tomar en cuenta que el legislador suele explicar en sus exposiciones de motivos las deformaciones de sus propios encargados de juzgar y aun de controlar en última instancia.

32. La teoría del derecho procesal mantiene su firmeza y su sistema no negando la realidad, no desentendiéndose de ella para limitarse a las elucubraciones analíticas, sino refiriéndola en todo momento sin declinar sus valores por falta de correspondencia, porque esta última debe resultar de la absorción de los hechos a las tesis.

A partir de una ley procesal, la teoría encuentra de una parte las proposiciones que son objetos de conocimiento susceptibles de análisis conceptuales, combinaciones técnicas y conexiones sistemáticas. En ese mismo plano, utilizando el propio nivel de lenguaje de la ley, el teórico puede entenderla, criticarla y sustituirla.

Después y frente a la jurisprudencia que en sus consideraciones recoge los hechos individualizados y atendidos a la luz de su criterio sobre la ley, llega a resultados de interpretación, la teoría sigue por el camino del análisis, la crítica y la sistematización.

Más adelante los vicios de la práctica muestran los efectos de la equivocidad y la multivocidad del lenguaje legal y jurisprudencial, las alternativas de las invariaciones técnicas que propiciaron o permitieron la variación y por último las fórmulas de corrección que tendrán o tendrían la eficacia de su exactitud.

Si esto es posible, si la teoría puede operar sobre la práctica, recomponer las correspondencias, aislar las fugas de las alternativas y encontrar fórmulas de control y reconducción a los fines de la legislación, el resultado será la posibilidad también de una ciencia jurídica y en este caso de una ciencia del derecho procesal.

Esa hipotética dicotomía o existencia de dos mundos: el del derecho ciencia y el del derecho empírico no debe aceptarse. No al menos desde el ángulo del tratamiento científico, porque no cabe hablar de ciencia que es exactitud y verificabilidad ante una teoría que carece de apoyo en la realidad y una realidad que aparece como otro juego normativo además del legislado o del pasado.

Un derecho procesal que delina sus conceptos, los invaria y sistematiza desligando y hasta despreciando las eventualidades prácticas no parece tener justificación, y algo más, no parece servir al programa general de conducta social. Tal vez el logro más importante de la ciencia procesal es ofrecer los instrumentos teóricos de corrección de las deformaciones, porque hacer códigos de procedimientos es tarea que ha venido cumpliéndose con mejor o peor fortuna desde las legislaciones sumerias y acacias que con las asirias produjeron el Código de Hammurabi, obra jurídica de la antigüedad que todavía es objeto de la ciencia al igual que de la historia que recoge sus afirmaciones de paz, buen gobierno y justa legislación en su autopanegírico.

III FORMACION DEL DERECHO PROCESAL

33. Si no como teoría, al menos como tesis unida a la ley, el derecho procesal apareció desde las primeras regulaciones asiáticas.

Por la conversión del derecho justiniano en derecho común de las ciudades-repúblicas medievales, particularmente de los territorios que más adelante formarían el reino de Italia, no sólo el estudio del derecho procesal sino del derecho en general suele remontarse apenas hasta Roma.

Sin embargo el derecho mesopotámico aparecido en normas de conducta de apariencia de fallos o sentencias y luego convertidas en leyes si no en códigos, porque no tuvieron unidad sistemática o sentido teórico distintivo como los modernos, fue muy anterior a las Doce Tablas.

El derecho mesopotámico se abre hacia 2,112 a.c. con los sumerios de las ciudades Estados independientes de Uruk, Lagash, Kish, Ur, Umma y demás.

La secuencia cronológica de las leyes sumerias, el Código Hammurabi, leyes asirias y el entomo egipcio, sirio, anatolio, clásico e israelita encuentra una primera explicación en el paso de los pueblos nómadas a los asentamientos mixtos dedicados a la caza, la pesca, la recolección y la agricultura que tanta importancia dieron al Derecho.

Aunque no se conoce el valor que se dio a cada componente, ni la realidad de su autoridad o la jurisprudencia de sus tribunales, si se sabe de sus grandes momentos: sumerio, acadio-babilónico y asirio cuyas características jurídicas se han perfilado con nitidez pese a los recíprocos préstamos y obvias influencias.

El derecho de cada reino que era gobernado por déspotas en los que se unían los poderes políticos, religiosos y económicos daba la imagen de su autonomía y hasta de sus relaciones con sus dioses.

En ese derecho sumerio concurren diferentes codificaciones que muestran siglos de inestabilidad y de pugnas por sobrevivencia frente a los sucesivos invasores acadios, gutis y finalmente semitas cuya tribu de los amorreos estableció el imperio que abarcó Sumer, Akkad y Asiria dirigidos desde Babilonia. De esta etapa resultó el derecho babilónico, cuya fase de esplendor fue constituida por el Código Hammurabi entre 1792 y 1750 a.c.

A este periodo sigue una etapa neobabilónica de civilización decadente plasmada en donaciones, contratos, procesos y edictos.

El derecho asirio, desligado del babilonio por su historia y contenido, se aplicó en las zonas septentrionales del curso superior del Tigris. Se habla de tres periodos históricos: el paleoasirio con aporte de tablillas jurídicas halladas en áreas del Asia fechables en el siglo XIX a.c., una etapa mesoasiria con un código

fechable en los siglos XII-XI a.c., y una neoasiria de los siglos VIII-VII a.c. de la que sólo hay copias de documentos sin conocerse los originales.

La zona mesopotámica cayó bajo el dominio de otros pueblos: los persas, la fase helenística y la arsácida que vivieron prácticamente del pasado con escasez de documentación jurídica.

Del conjunto de colecciones y textos jurídicos del Oriente antiguo de que se tienen noticias, se puede hablar de lo legislado propiamente tal a partir del reformador Enemena que vivió hacia el año 2430 a.c. modificando los usos y costumbres de las ciudades sumerias: alteró el modo de llegar a ser propietario de un esclavo, la exención de los pagos sobre préstamos de cereales y fue sustituido por Urukagina en 2350 a.c. quien en su corto reinado como consta en tres conos de arcilla y una placa oval del mismo material descubiertos en 1878, y se relata en el prólogo, llevó a cabo construcciones religiosas y civiles, se combatieron los abusos fiscales sobre el esquilmo de cameros y ovejas, los divorcios, los perfumes y los entierros, se ordenó la devolución al estamento clerical de los bienes inmuebles, la reducción de impuestos, la prohibición de extorsiones y se ordenó expulsar de la ciudad a usureros, ladrones y demás criminales, al tiempo que se suspendió la poliandria y se prohibió al poderoso abusar de las viudas y los huérfanos, lo que será retomado en códigos posteriores.

Luego de los acontecimientos que llevaron a Sumer a la decadencia entre 2144 y 2124 a.c. surge una nueva etapa floreciente con Gudea, quien llevó a Lagash a niveles de gran prosperidad. Además de conocerse de él numerosas esculturas y restos arqueológicos sobre su actividad constructora, en uno de sus textos de oración se gloria de haber purificado la ciudad, haber conseguido que el ama fuera benévola con su criada, que el amo no golpease a su criado, que la madre no maltratara de palabra a su hijo, que no hubiera más contiendas judiciales y que las parteras no hicieran oír sus falsas lamentaciones.

Además de textos jurídicos y códigos, los sumerios tuvieron disposiciones difíciles de datar por su variada cronología, su dispersión en numerosas tablillas y sus copias de épocas tardías que pudieron ser parte de algún código sumerio, pues tres tablillas del museo de Filadelfia hablan de *leyes de la diosa Nisaba* y del *dios Kham* que hacen referencia a las lesiones a una mujer embarazada, las relaciones paterno-filiales, los raptos, las responsabilidades y los castigos. Otras aluden a la venta de personas, la repudiación, la ruptura de noviazgos, responsabilidades, indemnizaciones y sanciones que confirman la gran actividad de los tribunales cuyos veredictos y protocolos han sido descubiertos en las excavaciones arqueológicas. Importantes han sido las sentencias *ditilla* o linagios resueltos en la época de la III Dinastía de Ur y que evidencian la práctica en el tercer milenio antes de Cristo con sus registros judiciales y otros documentos.

Demante las excavaciones norteamericanas de 1898 a 1900 y 1945 en Nipur hoy Niffar, apareció un rico archivo de tablillas de arcilla conteniendo los preceptos legales del fundador de la III Dinastía de Ur, Urnammu (2112-2095 a.c.) considerado el primer legislador *stricto sensu*. El código descifrado en 1952 fue publicado diez años más tarde determinándose que se trataba de una copia del

original, hecha probablemente en el siglo XVII a.c. y utilizada como material escolar en Nipur y tal vez sirvió de muestra para la redacción del Código de Hammurabi.

Como fue estilo común y generalizado, el texto redactado en sumerio consta de un prólogo, un cuerpo legal y un epílogo. Urnammu que se había independizado de su rey Urkengal convirtiéndose en gobernador militar de Ur en rey de la ciudad, trató de justificarse en el prólogo considerándose *representante terrestre* de la divinidad a fin de estabilizar su mandato con supuestos teocráticos. Luego de aludir a las guerras sostenidas contra Lagash y al restablecimiento de las lomas, menciona las medidas para suprimir varios delitos, la implantación de un sistema de pesas y medidas, la protección de viudas y huérfanos, el castigo del hombre rico que abuse sobre otro más pobre y el deseo de establecer una ordenación justa en el país. En el texto con fórmulas condicionales, se alude a las ordalias fluviales que tenían que soportar los acusados de brujería, a la recompensa para quienes devolvían a su dueño un esclavo huido y a las compensaciones pecuniarias que debían satisfacer quienes causaban determinadas lesiones corporales, sin alusión alguna a la Ley del Talión.

Otro documento importante fue el llamado Texto catastral ordenado por Urnammu en que se delimitaron con exactitud los diferentes distritos de la zona que coincidieron con provincias de otros *ens*. Cada distrito fronterizo se encomendó a una divinidad siguiendo la ancestral idea sumeria que el dios de la ciudad era el propietario absoluto de las tierras. También en Nipur y durante las excavaciones de 1899-1900 aparecieron fragmentos de otro código correspondiente a Lipit-Ishtar (1934-1924 a.c.) rey amorreo de la ciudad de Isin. Integrado el cuerpo legal se observó que también consta de un prólogo, su texto y su epílogo.

IV DE BABILONIA A GRECIA

34. Cuando el acordeón de la historia se contrae sobre sí mismo y las figuras se acoplan con sus afines, el principio de alternatividad opera con toda eficacia confirmando que las soluciones de hoy pudieron implantarse ayer y que las fórmulas y aun los sistemas no tienen edad ni obsolescencia.

Pueden repetirse las disposiciones si las condiciones sociales vuelven a ser similares. Lo que el Código Lipit-Ishtar (1934-1924 a.c.) preveía sobre el alquiler de barcas o sobre bienes raíces, en especial de huertos, sobre impuestos, daños, falsa acusación, sucesiones o matrimonio será, no sólo material de las sucesivas legislaciones sino de las actuales.

En una misma línea histórica como la babilónica se encuentran las alternativas jurídicas y si el Código de Eshnunna (1840 a.c. ó 1790 a.c.) que se ocupaba de temas como precios y salarios, responsabilidades, alquileres, sociedades comerciales, depósitos financieros, robos, hurtos, empeño ilegal de personas, esposales, esclavitud, educación, lesiones corporales, daños producidos por animales y homicidios, se caracterizó por adoptar la composición legal como fundamento del derecho penal; el código de Hammurabi volvió a la Ley del Talión, lo que se ha considerado como un retroceso puesto que en el año de 1730 a.c. en que también se sitúa el último, aunque se sancionó con él la jurisprudencia anterior, entre sus retoques se volvió a lo que se ha considerado un estadio primitivo del derecho.

La importancia que se ha dado al Código de Hammurabi proviene de su extensión que no fue alcanzada por otro cuerpo legal sino hasta la aparición del Digesto de Justiniano. Con 282 artículos formulados de manera sencilla y condicional aunque sin sistematización científica como es obvio que sucediera por la época de su formación, no deja de ofrecer tratamiento de conjunto como en materia de propiedad, de derecho familiar y aún el Talión.

Su contenido se ha clasificado de la siguiente manera: infracciones procesales (No. 1-5); estatutos de la propiedad (No. 6-25); beneficios y obligaciones derivadas de feudos militares (No. 26-41); relaciones de posesión y de otra especie (No. 42-78); préstamos y otros negocios mercantiles (No. 88-126); matrimonio y familias (No. 127-177); sacerdotisas (No. 178-184); adopción (No. 185-193); lesiones corporales y aborto (No. 196-214); médicos, arquitectos y barqueros (No. 215-240); corporales y aborto (No. 196-214); médicos, arquitectos y barqueros (No. 215-240); materias agrícolas y ganaderas con sus sanciones penales (No. 241-272); salarios

35. Si sólo veintitrés siglos después Justiniano emprende una codificación que

supera en extensión la obra de Hammurabi, ni puede suponerse que en ese lapso los problemas jurídicos desaparecieron, ni cabe pensar que dejaron de convertirse en conflictos, como tampoco debe decirse que la humanidad progresó jurídicamente al grado de superar costumbres, usos o prácticas que mil quinientos años después del emperador de oriente siguen presentándose, muy particularmente en la impartición de las sentencias judiciales.

El imperio asirio presenta menos leyes que Sumer y Babilonia, lo que no es índice de una disminución legislativa pues se sabe que tuvo tres momentos de otras tantas etapas históricas. La más antigua por el siglo XIX a.c., la época media entre los siglos XVI a XII a.c. y la de las leyes sargónicas que corresponde a la legislación neobabilónica.

Las más antiguas leyes procesales asirias, localizadas en 1926, fueron dictadas para la regulación y funcionamiento del mercado (*karum* o *qarum*) que debían seguir todas las colonias o núcleos económicos asirios.

Dos son las observaciones que pueden hacerse por su importancia para la verificación del principio de alternatividad. Que el derecho procesal se practicara en los mercados es un fenómeno que siglos más tarde y un océano con varios mares de por medio se presentó entre los aztecas de Mesoamérica. Además el que fueran los mercaderes quienes practicaron esta rama con mayor extensión es un hecho que se repetirá en la Edad Media europea, lo que hace concluir que el arbitraje es si no el proceso más remoto sí el más empleado en el comercio de siempre.

Algo más debe comentarse y es que las fórmulas de la copia o la imitación junto a la de la influencia o tradición que más adelante se aplicarán al mundo helénico y al romano, se presentan ya en el asirio respecto del cual se dan las siguientes peculiaridades.

Del período mesoasirio se han encontrado actas jurídicas y una docena de tablillas que por su grafía se han situado a finales del siglo XII a.c. pero que por su contenido conceptual se hacen retroceder al siglo XV a.c. Las tablillas son compilación de preceptos y costumbres sobre derecho patrimonial y matrimonial, reglamentos de policía y de control, garantías, temas agrarios, delitos como robo, maleficios, difamación, adulterio, violación, atentados, aborto y muerte. Como en otras legislaciones elaboradas por el rey o sus funcionarios, se sancionaron con el rango de leyes y sirvieron de manual de consulta para los jueces a la hora de emitir sus fallos.

Entre las llamadas leyes del rey o decretos de los distintos gobernantes hay disposiciones en que la alternatividad lógica explica su modernidad si cabe el calificativo así sea para indicar que en la actualidad también existen, de una manera paralela a la presentación de los fenómenos sociales o económicos.

Como ejemplo pueden mencionarse las tablillas que recogen la práctica de la moratoria o prórroga para el pago de obligaciones vencidas, y la práctica de la condonación de deudas y obligaciones por parte de la autoridad real. La moratoria aparece en un anexo de la tablilla séptima de la serie *ana ittishu* y en una recensión sumero-acadia de Assur. Se menciona la posibilidad de pagar la deuda

en dinero por medio de cereales, de la tasa de interés que pagará el deudor si no cubre su deuda en efectivo ni en cereales, de la concesión al deudor de una dilación o moratoria de un año y de la fijación de equivalencias entre el dinero y el cereal para poder pagar las deudas.

La posibilidad de soluciones que se califican de progresistas o por lo menos de novedosas y que simplemente son muestra del principio de alternatividad jurídica se acredita en el edicto de Ammisaduqa, una de esas leyes del rey dada entre 1646 y 1626 a.c. para dar al país un orden justo sobre todo en el campo económico; se anularon deudas, se reprimieron o suspendieron temporalmente ciertos impuestos, se frenó la acumulación de riqueza en manos de unos pocos, reducción de las gabelas del oficial y del especialista militar, rescate de familiares por razón de préstamos o deudas y prohibición de obligar a los feudatarios a realizar trabajos a cambio de anticipos de jornal.

36. El derecho no es un producto monopolístico y aún cabe decir que después de la invención de la escritura por el cuarto milenio a.c. por los sumerios, probablemente en la segunda mitad, su acreditamiento muestra la aparición forzosa en cualquiera comunidad humana.

Los problemas sociales son ineludibles y sus soluciones son múltiples pero lógicamente posibles *a priori*. No se conoce código egipcio alguno lo que no significa que ninguna ley haya existido y que las hayan conocido los escritores griegos antiguos que hablan de las leyes de ese país tal vez del tercer milenio a.c.

Pero la función judicial egipcia está ampliamente documentada en todas las etapas históricas aunque no se precisen los tribunales. La ley, se ha dicho, emanaba del faraón y la normatividad estaba sometida, consecuentemente, a su voluntad —a la que se vinculaban sociedad, naturaleza, hombres y dioses—. Del faraón al tribunal el vínculo era la ley que emitía. Se habla de seis salas de justicia en el antiguo imperio y en el nuevo de la formación de un tribunal supremo con funcionarios y sacerdotes, así como de tribunales de excepción.

En una pintura de la XIII dinastía (1483-1450 a.c.) entre otras escenas se representan los llamados 40 rollos de leyes que no han llegado a la actualidad. La opinión de los especialistas es que no hubo tales leyes ni códigos y que el derecho egipcio surgía sobre la marcha, que se decidía sobre casos específicos sin importar ni la jurisprudencia ni el derecho anterior: se habla de un derecho situacional de obvia alternatividad.

Según los textos la administración de justicia se apegaba al formulismo procesal y descansaba en el *maat* verdad, justicia, rectitud u orden, directriz femenina nacida de Re y con categoría de divinidad que iluminaba a jueces y visires: alto ideal del Estado.

37. En la periferia mesopotámica el punto geográfico sirio de Tell Mardikh ha proporcionado documentos literarios, históricos, económicos, lexicográficos, administrativos y jurídicos redactados en el alfabeto cuneiforme del tronco semita.

Los escritos jurídicos se reducen a contratos de compraventa, división de

bienes y préstamos oficiales sin haberse descubierto código alguno, posibilidad que no se ha descartado por el cúmulo de tablillas no descifradas aún y trabajos arqueológicos pendientes.

También en el Irak se han encontrado ricos archivos casualmente y por excavaciones sistemáticas con miles de tablillas escritas en acadio contaminado de hurrita, las que corresponden al siglo XV a.c.

Aunque no contienen un código son textos que recogen contratos, matrimonio, comercio, adopción, compraventa de esclavos, prohibición de ventas de tierras, impuestos, préstamos con interés, fianzas, alquileres, cambios, repartos, etc. Y no faltan tablillas que llevan cláusulas penales en caso de incumplimiento de lo pactado. Esos contratos repiten disposiciones próximas al Código de Hammurabi y de las leyes asirias y de usos que más tarde recogió el Antiguo Testamento.

La expansión hacia la costa mediterránea se ha revelado en las excavaciones de Ugarit, donde se han encontrado tablillas de contenido jurídico redactadas en cananeo, con escritura fechable entre los siglos XVI a XIV a.c.

El código hitita descubierto entre 1906 y 1912 en Hattusas, se ha calificado de compilación privada con cuatro estadios sucesivos de legislación. La primera tablilla con cien artículos regula al homicidio, la guerra, los esclavos, la salubridad, el matrimonio, el homicidio justificable, los salarios de campañas militares, los accidentes, la contaminación, las propiedades, las posesiones, el robo de ganado, los robos en general y los incendios.

La segunda tablilla completa o repite ciertas materias y se recogen normas sobre daños a la propiedad, robos, irregularidades en la compraventa, tasas por servicios, delitos relacionados con canales o con ganado, normas religiosas conectadas con la agricultura, brujería, desheredamiento, compensaciones en caso de hambres, defensa ante la provocación de la autoridad, homicidio, matrimonio irregular, males causados por un toro, precios, delitos sexuales y tipos de honorarios por la instrucción de un aprendiz. Al conglomerado no se le considera Código por la falta de unidad o sentido teórico, pero además porque le falta el prólogo y el epílogo. Pero es interesante observar que no se recogen las Leyes del Talión sino las compensaciones.

Pese a las discusiones en torno a su edad y a su carácter de simple recopilación privada para uso de juristas, es de importancia el tema de los tratados de alianza o protección.

Para los israelitas la ley fue el fundamento de su religión, de su moralidad y de su vida cotidiana. Los preceptos se presentaron emanados de Moisés que vivió en la mitad del siglo XIII a.c., si bien con anterioridad las tribus hebreas tuvieron una arcaica organización socio-religiosa propia de una vida nómada.

Todo el derecho israelita se halla intercalado en el marco de los cinco primeros libros de la Biblia, el llamado Pentateuco o Torah, la ley que carece de sistema y se divide en: el Decálogo ético, el Código de la Alianza, el Decálogo ritual, el Código Deuteronomico, el Código sacerdotal.

Todo este derecho presenta concomitancias con los códigos y leyes del Oriente

medio antes resumidos. Es de resaltar el Deuteronomico por cuanto sus preceptos giran en torno a disposiciones sobre culto y religión y atañen a jueces, sacerdotes y profetas y por subyacer una sociedad centralizada dedicada al comercio que hace inferir su formación en el siglo VII a.c.

Es por estas edades que llega a la Europa helénica la marea jurídica avanzando por igual de Egipto y del Asia persa y fenicia, y cuyos principales documentos o fuentes de noticia han sido las oraciones judiciales de los logografi, los que como dijera Quintiliano escribían lo que acerca de sus pleitos decían los litigantes. No hay otro medio para reconstruir el derecho sustancial en la mayor parte de los casos y como se trata de libelos preparados para la defensa de sus clientes, suele tenerse sumo cuidado porque es manifiesto que cada parte presentaría su posición de la manera más adecuada a obtener sentencia favorable. La ley iba, se ha dicho, como premisa implícita que se presentaba como anotación circunstancial al juez y que se leía en una audiencia anterior a la discusión. La ley, como explicaba Aristóteles, no era sino un medio de confirmación de hechos paralelo al testimonio, al contrato, a la tortura de los esclavos y al juramento.

El conocimiento del derecho atico a través de la literatura histórica, filosófica y aun política le diferencia de las anteriores manifestaciones, no sólo por el tipo de documentación sino por la jerarquía normativa.

En Grecia aparece la oratoria o la retórica judicial tan importante que la ley quedaba supeditada a su presentación al juez, quien no tenía el deber de conocerla ni invocarla si las partes se abstendían, se ha dicho que entre los griegos no operaba el brocardo *iura novit curia* y que por el contrario si en la audiencia en que se mostraban los escritos no se hacía otro tanto con la ley, sólo valía la constancia del logografi pues como ahora *quod non est in actis non est in mundo*.

La razón de ello, se ha observado, no está en la técnica procesal y no deriva de una limitación del conocimiento judicial, otro tanto se mira en el antiguo proceso germánico, en el que la aplicación del derecho a los hechos sobra de los contendientes y no del juez y en esto hay que considerar también la existencia de vínculos raciales con estos pueblos.

No parece, en todo caso, que el juez griego se hubiera limitado a conceder la razón al contendiente que mejor concluyera sus argumentos sino a quien mejor le condujera a las premisas de hecho y de derecho.

De esta manera se considera más próximo a la actualidad al juez griego que al romano del procedimiento formulario. Aquel después de un esfuerzo de retórica de las partes terminaba con una votación colegiada no motivada, igual que en Italia sucedía con la Corte de Asise antes de la última reforma.

Cabría pensar en que este tratamiento procuraba no agravar la situación de los jueces que no eran jurisperitos, lo cual tendría el mismo origen y el propio significado del proceso inglés, en el que corresponde a los abogados mostrar al juez los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso. Sin embargo hay que tener en cuenta que los jueces pueden siempre allegarse el conocimiento legal necesario y así se advierte que el magistrado y el *iudex* romanos cuando tenían

duda sobre la norma aplicable acudían a la ilustración de los jurisperitos, lo que no era concebible en el juez ático que actuaba en una comunidad no calificada por sus juristas, pero entonces correspondía a las partes la procuración de la ley.

La explicación más plausible de la técnica empleada en Grecia ha sido que *nura* no significaba el concepto moderno de ley, de manera que el juez no era llamado a aplicar la ley precedente sino a dictar la justicia del caso concreto con base en el sentimiento general.

En realidad la ley escrita como se entiende ahora, general y abstracta existía en la Grecia del cuarto siglo a.c., pero se cree que la técnica de la formulación escrita no aparecía a la sensibilidad de ese pueblo como hoy: una segura garantía de justicia y un progreso sobre la formación judicial, de manera que se le daba una cierta elasticidad e indeterminación de expresión que permitía al juez realzar, caso por caso más que la ley el sentido de lo justo primera fuente de todo derecho.

Se explica que así como las partes podían arreglarse fuera del proceso, también podían abstenerse de presentar en juicio la ley que habrían podido invocar en su favor apoyándose en el sentido de justicia del juzgador, y aun sucedía que cuando la ley presentada contrariaba el sentido de justicia se le sacrificaba en favor de este último, lo que también explicaría la falta de invocación de la ley.

Pero la ley sí tenía una función procesal, se le consideraba como la norma *in procedendo* aunque no fuera *in iudicando*, estabilizaba la conducta procesal, determinaba la competencia judicial y llegaba a fundar la libertad del juzgamiento. Por ello se sostiene que la diferencia con el sistema moderno no es el carácter helénico de prueba de la ley, sino su adecuación constitucional.

El contraste se fijaría advirtiendo que para Aristóteles la ley de Solón dejaba un amplio campo de discrecionalidad al juez, mientras que para Montesquieu las sentencias deben ser emitidas de tal manera que no sean sino un texto preciso de la ley. Se dice que en el Estado moderno el juez está llamado a concretar la voluntad del legislador, a efectuar un acercamiento que recoja la generalidad legal en particularidad judicial, la función del juez se toma como una integración de la legislativa y ambos funcionan como dos momentos de la misma finalidad en que el Estado afirma su programa de regulación de conductas.

El juez ático no estuvo llamado a garantizar la observancia de la ley en el caso concreto sino a resolver una contienda, fué el medio pacificador que con su fallo respaldó la tesis prevaleciente en el dilema propuesto por el contraste de las partes.

Pero si todo ello puede ser comprendido y aun admitido por la doctrina moderna del proceso civil, en el ámbito penal hay necesidad de una reflexión mayor, porque en la actualidad se parte de dos directrices que se expresan en los proverbios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine iudicio*.

En el ordenamiento helénico como faltaba la determinación precisa de la transgresión, lo que se ha llamado la conducta típica según puede verse en el juicio de Sócrates, el juez no era llamado para hacer una exacta determinación o aplicación de la pena. La policía, refería Aristóteles, podía aplicar el arresto sin intervención judicial a los infragantes, al juez debería recurrirse cuando el reo no

admitía su culpa. El juez volvía a resolver sobre la controversia de partes acerca de la transgresión o la pena.

En Atenas la persecución del delito había asumido ya el carácter de una función pública, de manera que la limitación del juez a la sola controversia derivó de considerar la pena como sanción privada. Según los griegos la justicia tenía una misión esencialmente pacificadora. Fuera de los casos en que había que resolver un conflicto, la aplicación del derecho era dejada al libre juego de las fuerzas individuales: las excepciones de caso juzgado y de transacción se basaban en la voluntad de las partes, porque el que transige, decía Demóstenes, se da un juicio contra sí mismo y debe estar al fallo con el que se ha condenado. De ahí que se piense que la idea de la ingerencia del Estado es moderna, de manera que la defensa que hace Sócrates en el Critón del principio de autoridad no era la común en la Grecia de ese cuarto siglo a.c.

Como el Estado griego se limita a dar a sus jueces la tarea de mantener la paz social, en último análisis toda decisión es buena por ser cierta y definitiva, tarea o meta que también pueden lograr la suerte, el oráculo, o la prueba del fuego. Sólo cuando el Estado no se satisface con la conservación de la paz a través del pronunciamiento es que utiliza la justicia para reafirmar la ley, frente a la cual el acuerdo de los interesados es irrelevante.

Y en el derecho helénico aparece con superior magnitud el fenómeno de la ciudadanía, no tan sólo por la actuación del individuo de este rango, sino por su acondicionamiento estatutario. No basta ser elector y elegible, ser magistrado, juez o militar sino además debe pertenecerse a una tribu. Se es propietario de inmueble o hábil para suceder jurídicamente sólo en cuanto se pertenece a un *demo* y ciertos derechos familiares y religiosos derivan de la pertenencia a una fratria. Cada organización tiene fines propios, magistraturas y sanciones propias y cada ciudadano aparece como un anfíbio jurídico que en su existencia pasa de un ordenamiento a otro cada uno de los cuales da a sus diversas actividades su colaboración jurídica.

La singularidad del fenómeno se revela en la persecución del delito. Frente a la ley de la ciudad el homicida no es perseguido si no le acusa algún pariente, pero el derecho sacerdotal le prohíbe la entrada a los recintos sagrados y el derecho doméstico puede culparla a la sombra del derecho familiar.

No sólo por la falta de separación o diferencia entre el proceso civil y el penal, sino por la confusión entre el poder legislativo y el jurisdiccional, la oralidad tenía en Grecia y en particular en Atenas y en el debate judicial la misma naturaleza y la misma función de la asamblea política. El número imponente de jueces que pasaban de varias centenas y la índole soberana de su potestad, la solemnidad y la dramaticidad del debate le daban apariencia de un parlamento.

Aunque la influencia de la palabra llegaba hasta la justicia del caso, era inconcebible un debate que durara más de un día, y la posposición de la decisión para otro día habría sustraído a los jueces de la inmediatez, pues la oralidad es incompatible con el fraccionamiento del proceso en varios estadios.

Si bien el instituto judicial se idealiza por la poesía y en la historia se

transforma la vivencia procesal en un drama humano, no faltan las explicaciones míticas a la manera de Esquilo que hacen de la vida griega un drama procesal en que el inocente se yergue a defender la santidad de la sentencia que injustamente le condena a muerte.

En Grecia aparece la más firme palabra que se ha expresado sobre la intangibilidad del juzgamiento, la más convincente apología sobre la necesidad política de la obediencia al pronunciamiento sin importar que sea injusto, sin aceptar la fuga para evitar el suplicio, de manera que se ha calificado de sublime la conducta socrática que dejó el testimonio del acatamiento a la ley que todavía se invoca para sostener el valor del caso juzgado.

V EL DERECHO ROMANO

38. La juridicidad en Roma se asienta en tres bases: organización, jurisprudencia y legislación.

El derecho romano ha tenido la autoridad histórica de una civilización que se expandió por el mundo occidental con el imperio militar. Pero ante todo el pensamiento jurídico desarrolló formas de relaciones legales destinadas a regir y fomentar el comercio.

Para verificar sus alcances se le suele contrastar con sus sucesores y se dice que el derecho feudal o señorial se caracteriza por definir relaciones de vasallaje, dominación, explotación y protección del señor a sus vasallos.

El derecho canónico surgido de la iglesia católica de occidente impuso un control variable sobre la secular tarea mercantil.

El derecho de la realeza o derecho real puso de manifiesto la creciente consolidación de los Estados modernos en los que la burguesía fue una aliada temprana y voluble.

Pero todas estas expresiones históricas y hasta políticas, no son sino otras tantas concepciones jurídicas alternativamente implantadas por influencia de las formaciones sociales y culturales respectivas.

Suponer que la presencia de las fórmulas romanas en el año 1000 d.c. significa una supervivencia de la creación jurídica de un imperio desaparecido seiscientos años antes, es dar al lenguaje normativo una vitalidad autónoma que se explicaría como la transmisión de una estafeta de generación en generación sin importar las circunstancias sociales.

Roma tuvo su estructura social propia porque surgida o aparecida entre otros pueblos agrícolas comenzó por cultivar la tierra y aprovechar su juventud política para formar cuadros guerreros de defensa que la victoria convirtió en las legiones imperiales, esos cuerpos que además de la conquista construyeron vías en los tiempos de Augusto, desde el siglo I d.c. que se utilizaban mil años después por los peregrinos y los mercaderes que ayudaron a reconstruir la Europa de las invasiones.

Roma instrumentó su comunidad con una organización de funcionarios que llevaron a cabo las tareas que todavía hoy se siguen realizando de manera orgánica: elaboración de leyes, administración de las cosas públicas y resolución de los conflictos.

Pero al mismo tiempo Roma comerciaba y al hacerlo reconoció y mantuvo la libertad de comprar y vender contratando con propios y extraños a los que llegó a conceder la facultad de perseguir coactivamente el cumplimiento de lo pactado.

Roma dejó una literatura y generó leyes que en la Edad Media se consideraron fundamentales y que llegaron a recibir el respaldo espiritual y temporal del papado.

La creación del sistema jurídico romano se hace remontar al siglo V a.c. y se le considera vigente hasta el siglo II d.c. Los jurisconsultos se dice, aparentaban encontrar los principios o directrices en las Doce Tablas, colección redactada por el año 450 a.c. y durante la República. Sus normas pretendieron autonomía de criterio pero se sostiene que fueron elaboradas tras el estudio de las constituciones de varias ciudades griegas.

Este cuerpo se limita a las generalidades sobre la propiedad, el derecho de familia y la ciudadanía. Confía en la magia y el ritual para generar obligaciones asegurando derecho a los romanos y muy en particular a los clanes fundadores de la ciudad.

En las Doce Tablas aparecen ideas sobre el crédito, el contrato y el perjuicio civil, las cuales por aplicación histórica del principio de alternatividad se verán reaparecer en innumerables cartas y recopilaciones del derecho consuetudinario. Se regularon el homicidio y las lesiones de los parientes sobre la base de la venganza y más adelante se adoptó la sumaria solución de la composición, a través del pago en dinero o en bienes a la familia de la víctima, acompañada de una ceremonia solemne en que se reconocía la obligación de pagar, y es probable que las primeras formas se apegaran a la descripción de las Doce Tablas del nexum, obligación surgida entre el deudor y el acreedor por la promesa del primero de someterse al segundo hasta que cumpliera el pago de su deuda, procedimiento que se generalizó para crear obligaciones independientemente del origen de la deuda.

El vínculo subsistió tiempo después de haberse olvidado su origen y las costumbres romanas se conservaron inclusive por el año de 1362, en que un prestamista del sur de Francia estipuló que en caso de mora de su deudor fuera desde Niza a vivir a Grasse a trabajar bajo su dirección hasta que la deuda se extinguiera, y los registros municipales muestran que efectivamente se ejecutó la cláusula de *hostagium* obteniéndose orden judicial para alojar al deudor en prisión.

La validez del trueque y de la venta exigía entre los romanos el empleo de una fórmula de palabras y actos llamada *mancipatio*.¹

Esto se debía a que antiguamente sólo se usaban monedas de bronce cuyo valor se confirmaba pesándolas. De ahí que el procedimiento romano estuviera cargado de formalismos y que el actor que demandaba empleara una fórmula precisa con palabras que se pronunciaban exactamente y eran dirigidas al magistrado. Si

¹ En presencia de no menos de cinco ciudadanos romanos de edad hábil y de una sexta persona de iguales requisitos conocida como *librepens* que sostiene una báscula de bronce, la parte que recibe por obra de *mancipatio*, sosteniendo una barra de bronce dice: Declaro que este esclavo es mío *ex jure Quiritium* y que lo he de adquirir con esta barra de bronce y esta báscula de bronce. Entonces golpea la báscula con la barra y entrega ésta como precio simbólico a aquél de quien está recibiendo por medio de la *mancipatio*...

se pretendía dinero y el magistrado quedaba satisfecho con la fórmula, remitía el caso a un juez delegado o *judex* para su decisión. También ante el *judex* había la invocación de las fórmulas de la demanda y la defensa.

Todavía cuando los clanes ya no tenían significado, se exigía que el reclamante jurase que la demanda se formulaba por dinero o por cosas fundada *ex jure Quiritium*, lo que entrañaba que su derecho se derivara de su condición de miembro de un clan romano. Los no romanos según las Doce Tablas carecían de derechos, de capacidad para contratar, del acceso a la propiedad y de la posibilidad de ejecutar sus créditos y las obligaciones, porque los ritos procesales y los de transmisión de la propiedad seguían el mito de una sociedad de clanes, instituciones que decayeron por las guerras de conquista y expansión en los siglos III y II a.c. y tuvieron su fin con la organización del Imperio en tiempos de Augusto César entre 44 a.c. y 15 d.c.

La colonización de las costas del Mediterráneo en los siglos III y II a.c. provocó la expansión del comercio y dio lugar a la necesidad de un sistema jurídico más general, desterrando el régimen que sólo concedía derechos a los romanos y aun en las transacciones locales, las reglas propias de una economía agrícola perdieron aplicación para las relaciones del gran comercio, cuya riqueza crecía a expensas de los campesinos y artesanos.

Fue por ello que para los mercaderes romanos se creó una nueva magistratura, la de los pretores por el año 367 a.c., con facultades para dictar edictos anuales que otorgaban derechos de instancia ante tribunales propios para romanos, y se dice que por la misma época aparecieron los tratados comerciales con los no romanos autorizados para alegar ante el nuevo pretor peregrino aparecido por el año 243 a.c.

Lo notable es que los romanos según palabras de Gayo, llegaron a considerar su derecho como el de la razón natural aplicable a todos los pueblos, y así al término de Cartago por el año 280 a.c. en la tercera guerra púnica, Roma quedó dominando el Mediterráneo y su economía agrícola fue reemplazada por la propia de los comerciantes, banqueros, terratenientes y militares. La obra de mano fue esclava o semilibre reclutada entre los pueblos conquistados o colonizados.

Esto permitió extender el derecho comercial de acuerdo con los lineamientos del derecho aplicado en el Mediterráneo. El *jus gentium* reflejó la conquista y el dominio sobre grandes territorios europeos, pero este derecho recuerda las concepciones mesopotámicas y fue influido necesariamente por los pueblos de oriente, de manera que se aceptó el contrato sellado con dinero de prenda, pequeña moneda u otro objeto que se cambiaba de manos para acreditar el acuerdo. La palabra latina que se designó fue *arroheo* *arro* del griego *arrhabon*.

La doctrina discute sobre el término de Gayo: razón natural. Se dice que en la Edad Media se le invocó para construir la filosofía iusnaturalista del capitalismo librecambista y de la democracia constitucional, concibiéndosele como razón natural o derecho natural y aun derecho divino. Y se agrega que los autores del Código Napoleón afirmaron haber redescubierto en el *jus gentium* los principios del derecho natural de la libertad y que Joseph Story sostuvo en el siglo XIX

en los Estados Unidos de Norteamérica que en ese país se le podría aplicar para crear un derecho interestatal e internacional *natural*.

La introducción del pretor peregrino apoyó y mantuvo la hegemonía comercial de Roma y la coexistencia de los derechos *civile* y *gentium* permitió la modificación del primero en lo sustantivo y lo procesal.

39. Las circunstancias comentadas y la aplicación implícita del principio de alternatividad condujeron a la implantación de diversas técnicas procesales.

Cuando se les estudia se propende a presentarlas como fenómenos aparecidos sucesivamente, se les muestra como un ejemplo de evolución jurídica cuando no pasan de ser distintas soluciones al problema de la resolución de los conflictos jurídicos por obra de un tercero imparcial, aunque utilizando técnicas especiales que no tienen entre sí una vinculación axiológica, una jerarquía científica sino una expresión de las condiciones sociales cambiantes.

No puede olvidarse que hay épocas históricas de Roma pero tampoco el hecho que las técnicas, los procedimientos no surgieron para desplazar a los anteriores y que por largo tiempo coexistieron en sus respectivos niveles sociales y económicos.

Conviene partir de las hipótesis sociales en que era factible que los litigios aparecieran. Una era la de los conflictos entre miembros del mismo grupo doméstico. Otra la de miembros de grupos aislados extraños entre sí. Y la última de miembros de grupos distintos pero ligados a una organización política. El proceso propiamente tal aparece en el último de los supuestos, pues en el primero toca al jefe de familia resolver patriarcalmente y en el segundo prepondera la justicia privada a través de la venganza de grupo.

Cuando la organización política que regula el orden público entre las *gens* se avoca a la resolución de los conflictos jurídicos, se implanta el sistema denominado de las acciones de la ley. Hacia la segunda parte del siglo segundo a.e. aparece la ley Aebutia que comienza a introducir nueva técnica que la ley Julia de *judiciis privatis* concreta por el año 17 d.e.

Gayo que es la fuente más importante de esta indagación, da dos significados a los términos: uno se refiere a la legalidad por cuanto debe reproducirse el rito en los términos de la ley y sin cambiar las palabras. El otro alude al origen del instar pues Gayo opone la ley al edicto del pretor y aun a los plebiscitos, a los senados-consultos, a las constituciones imperiales y a las respuestas de los prudentes.

Estas acciones de la ley tienen una permanencia temporal distinta entre sí pero coinciden en su origen legal. Sobre la *condictio* Gayo hace referencia a la ley Silia y a la Calpurnia. En cuanto a la *judicis postulatio* pudo ser creada por la ley Pinaria. Algunos juristas no consideran que la *pignoris capio* sea verdadera acción de la ley. En cuanto a la *sacramentum* y a la *manus injectio* su origen se remonta a época imprecisa sin mención del legislador aunque se afirma que fueron recogidas por la ley de las Doce Tablas, a partir de la cual todas las acciones son legales.

De las cinco acciones cabe comentar que la *manus injectio* y la *pignoris capio*

eran procedimientos judiciales de ejecución y no verdaderas acciones procesales. Del resto hay que considerar que tal vez la más antigua fuera la *sacramentum* con dos modalidades según que la pretensión fuera real o personal.

Al singimimento de la *judicis postulatio* y la *condictio* se da la diversificación que lleva a distinguir entre *legis actiones* y simplemente *actiones*. *In rem* se perseguían las *vindicationes* como la petición de herencia, las conlesorias y las negatorias. *In personam* se ejercían la *arboribus succis*, las de *pauperis* y de *pastu*, la de *modo agri*, las *furti nec manifesti*, *furti concepti*, *furti oblati*, *rationibus destrahendis*, *auctoritatis*, *aquae pluviae arcendae* y de *tigno juncto*.

Por la *judicis postulatio* se intentaban la *ex stipulatu*, la *familiae eriscundae* y posiblemente la *finium regundorum*. La ley Aquilia creó la *depensi* por medio de la *sacramentum in personam*, la ley Furia la *desponsu*, la ley Licinia la *communi dividundo* por medio de la *judicis postulatio* y las leyes Silia y Calpurnia crearon otras más a través de la *condictio*.

Las llamadas *actiones* tuvieron la peculiaridad de vincular la vía con el derecho pretendido, de manera que puede afirmarse que en el sistema romano regía el brocardo *nulla legis actio sine lege*, porque ante la ausencia de tutela del derecho no había procedimiento adecuado al posible instar.

Las variantes se han concretado en las cinco *actiones* por cuanto el procedimiento se unificaba en cada caso. De la *sacramentum* que se dice tuvo un cambio en el tiempo dando lugar a dos tipos, Gayo habló del procedimiento preparatorio, de la *in jus vocatio* reglamentada por las Doce Tablas y examinó algunas cuestiones relativas a la autoridad judicial, al tiempo y lugar del juicio y a la presencia de las partes y el objeto del litigio.

De los comentarios de Gayo se infiere que a partir del momento en que las partes se presentan ante la autoridad, una toma la palabra y recita textualmente la fórmula afirmativa de su propiedad acompañada de un gesto de posesión. La contraria pronuncia la misma fórmula vindicatoria efectuando el rito de la *festuca*. Cualquiera duda, error de entonación, *lapsus* en la exposición traen como consecuencia la pérdida del juicio.

Luego de los gestos consistentes en la colocación de la *festuca* sobre la cosa parece que seguía una pausa, no para presentar los medios de confirmación sino tal vez para propiciar un diálogo permitiendo que el magistrado ordenara dejar suelta la cosa litigiosa.

Quizás siguiera otra intervención del actor preguntando al demandado la causa de su propiedad y la respuesta nuevamente con la *festuca* como negativa a responder. Después de esta segunda pausa replicaría el actor aduciendo violaciones al derecho o transgresiones a la costumbre jurídica religiosa. De ahí la provocación al *sacramentum* como operación religiosa en que cada parte tomaría el peso de la confirmación y electuaría una apuesta, pues se cree que en su origen había un juramento seguido de un sacrificio. Dictado el fallo la satisfacción de la pretensión se haría voluntariamente, porque la resistencia del vencido sólo es concebida en la época en que la creencia religiosa se sustituye por el escepticismo de la razón humana.

La *judicis postulatio* fue ininteligible hasta el descubrimiento de nuevos fragmentos de las Institutas de Gayo en 1933, observándose que como procedimiento autónomo se destinaba a sancionar ciertas relaciones netamente definidas como la estipulación de una suma de dinero o la partición de una propiedad indivisa.

En las fórmulas conservadas por Gayo figura la causa de la obligación, lo que hace creer que el juez tendría en cuenta la investigación para sentenciar sobre los argumentos ofrecidos.

El nombre de la acción hace saber que se demanda un juicio de arbitraje: *judicis arbitrive postulatio*, se persigue la designación de un juez laico con un nuevo procedimiento y otros medios de confirmación, lo que fue fuerza a la bipartición del proceso hasta el Bajo Imperio.

La ley de las Doce Tablas fue abolida por las leyes Aebutia y Julia y se instauró esa bipartición cronológica y de distinto contenido, dejando la primera fase ante el magistrado y la otra ante los jueces. La fase *in iure* se calificó de la más importante porque en ella se reúnen los elementos del litigio que no podrán ser modificados, de manera que *in iudicio* se pronunciará sobre las condiciones y el juez se apegará a la investigación simple, limitada a la verificación de los hechos. Esto contrasta con el procedimiento formulario en que el papel del juez será más difícil y sobresaliente.

A partir de la ley *Licinia Sextia* se crea la pretura que normalmente preside el proceso civil y para el año 242 a.c. se designa un segundo magistrado con el nombre de pretor peregrino con distinta competencia, diferentes ritos y exclusión de las acciones de la ley.

Para Gayo la supresión de las acciones de la ley fueron la exagerada sutileza de los antiguos juristas, las minucias formalistas, la excesiva ritualidad y el sacrificio del fondo por la forma. Autores modernos piensan que al desaparecer la inteligencia de las razones del formalismo y secularizarse el derecho surgieron instancias más modernas como la *judicis postulatio* y la *condictio* que dejaron el paso al procedimiento formulario, el cual debió de regir hasta el fin del siglo tercero de la era cristiana, pero en realidad la técnica de las acciones de la ley no fue suprimida totalmente, sino que subsistieron en dos aplicaciones según Gayo, en las causas centunvirales y en el *damnum infectum*, lo primero para las sucesiones y los derechos reales y lo segundo para los casos de inmuebles limitrofes en que uno estaba en peligro por causa del otro y en que posiblemente se empleara la alternativa de una estipulación pretoriana llamada *cautio damni infecti*, sobre todo si el daño aún no se producía.

40. El procedimiento formulario que comenzó a aplicarse a las relaciones entre los romanos y los extranjeros, probablemente lo hizo en el año 243 a.c. con la aparición del pretor peregrino, quien permitía a las partes emplear palabras sencillas y aun les ayudaba a redactar el texto del resumen de antecedentes sobre el que iba a decidir el juez, casi siempre colegiado y denominado *recuperadores*.

Este pretor efectuaba al comienzo de su encargo la redacción de modelos de

textos apropiados a los distintos litigios, para que las partes supieran con anticipación la posibilidad de instar ante su tribunal y la misión de los jueces, y a tal fin seleccionaba entre los casos prácticos y efectuaba la transcripción en una tabla de madera enclada que se exponía en el tribunal, tabla que recibía el nombre de edicto.

La tarea procesal se simplificó en extremo y se llegó a solicitar la adaptación a determinadas circunstancias del texto edictal, de manera que los contratos o actos protegidos por el pretor fueron reconocidos o acogidos por la costumbre y se llevaron a las relaciones entre los ciudadanos. Los programas se llamaron fórmulas y tuvieron dos significados: el de un documento redactado ante el magistrado por las mismas partes y éste, a fin de concretar las pretensiones litigiosas y determinar la misión del juzgador, y el de un texto prefabricado por el magistrado y publicado en el edicto para señalar lo esencial en ciertas categorías de litigios, sirviendo de modelo a los procesos habidos durante la anualidad del cargo.

En la fórmula se daban todos los datos indispensables: el fundamento de la pretensión, la autorización al juez para condenar a dar o a hacer según las buenas costumbres, y la indicación de absolver si no resultaba obligación para el demandado. Sólo hacía falta llenar el esqueleto de la fórmula con los nombres de las partes y el objeto de la convención.

La ley Julia del año 17 d.c. presentada por Augusto vino a abolir la posible opción entre las acciones de la ley y el procedimiento formulario, con la salvedad sobresaliente de la *pignoris capio* característicamente administrativa y las observaciones que anteceden.

En lugar del diálogo ritual la acción significó la liga entre el derecho sustantivo y el procedimiento judicial. La fórmula contenía las operaciones que debían cumplir el juzgador y las partes. Si en las acciones de la ley cada parte afirmaba su derecho y ambas debían aportar sus medios de confirmación, en el período formulario el demandante afirma y del demandado se limita a negar.

Las fórmulas fueron analizadas en cuatro partes. La *intentio* contenía la pretensión. La *demonstratio* enunciaba la causa de la acción y no existía en todos los casos. La *condemnatio* atribuía al juez la facultad de condenar o absolver y no la había en cuanto se pretendía el reconocimiento de una situación de hecho o de derecho. La *adjudicatio* se encontraba en las fórmulas divisorias para adjudicar cosas comunes a sus partes a varios coherederos o copropietarios.

Al lado del derecho civil y de gentes, el pretor creó otras vías destinadas a conseguir ciertas conductas bajo la amenaza de un proceso, que se llamaron derecho pretorio u honorario.

Por el principio de alternatividad la variedad del derecho tuvo en Roma el enriquecimiento de las variantes por obra del pretor. Por eso el fenómeno de las transferencias no es sino un ejemplo de solución para el caso de la transitividad del fallo.

En Roma no se permitía que la sentencia se dictara respecto de quien no intervenía personalmente. En tal virtud el pronunciamiento se dirigía al *procu-*

rator y, en todo caso, en la *intentio* iba el nombre del principal y en la *condemnatio* el del representante.

Como esa **variante** apareció también en las *actiones adjecticias* permitiendo las contrataciones con esclavos o hijos de familia y con el conocimiento del padre; o bien en la contratación con el dependiente que permitió al tercero obrar *quod iussu* que daba al acreedor la *actio exercitoria* para el derecho marítimo y la *institutoria* para el terrestre, y si el dependiente gozaba de patrimonio el tercero ejercía la *actio de peculio*.

La **variante** de las *actiones ficticias* permitió que ante el pretor y en acto solemne se efectuara la mancipación por la *in iure cessio*, y su práctica frecuente aparece a partir de la *publiciana* por la que el pretor otorga una *acción* al simple poseedor, en tanto que la fórmula impone al juez investigar si es verdad que el demandante ha comprado la cosa y obtenido su entrega.

La protección pretoriana llegó a la **variante** de las *actiones* útiles por las que se reconocieron convenciones no admitidas en el derecho civil ni en el de gentes, como el depósito, la prenda, el comodato o el préstamo de uso. Los edictos reconocieron las analogías entre ellas y los contratos de derecho de gentes y fueron fórmulas *in factum*.

41. Los romanos no definieron los conceptos generales del derecho y no hablaron del objeto, del acto jurídico, de la teoría de la acción y menos del proceso. Su tarea jurídica fue práctica y no se detuvieron siquiera en las clasificaciones, obra de las escuelas orientales de los siglos IV y V de la era cristiana y de los juristas europeos de los siglos XI al XIX que trabajaron sobre la compilación justiniana y las fórmulas conocidas.

El procesamiento de la era clásica estuvo en vigor aproximadamente desde el siglo III a.c. al III d.c. y ya en el curso del siglo IV el procedimiento formulario dio paso a otra alternativa denominada la *cognitio extra ordinem* que subsiste hasta la codificación.

En realidad estuvo vigente durante un milenio y en ciertos momentos apareció como el único procedimiento, particularmente en las diferencias entre el Estado y los ciudadanos.

El Estado dictaba leyes, efectuaba actos de gobierno, celebraba contratos arrendando la recaudación de impuestos, vendiendo en subasta el botín de guerra, arrendando o entregando en enfiteusis las tierras públicas. Tales actos considerados expresión de soberanía sólo admitían recursos administrativos y de ahí la denominación *extra ordinem*: procedimiento extraño a las reglas normales de los juicios civiles, sin fórmulas, sin *litis contestatio*, sin nombramiento de juez privado y sin distinción en las fases *in iure* y *apud iudicem*.

En la época de la ley Julia el procedimiento empezó a aplicarse entre particulares y Augusto dotó de sanciones a los fideicomisos cuyo cumplimiento había quedado a la voluntad de los herederos, creando un magistrado especial, el pretor fideicomisario facultado para examinar la disposición testamentaria en su forma

y oportunidad y para expedir orden de cumplimiento de la disposición o su anulación.

En determinadas condiciones los esclavos tuvieron interés jurídico en su manumisión y se les permitió recurrir sin intermediarios al pretor de las causas de libertad. También fuera del procedimiento ordinario los emperadores desarrollaron la apelación contra sentencias injustas delegando la facultad en funcionarios dependientes de ellos, como el prefecto de la ciudad, el prefecto del pretorio y otros.

En las provincias el procedimiento se hizo ordinario para los numerosos asuntos en que se interesaban los indígenas y conforme a las variantes de las costumbres.

Desde el siglo III d.c. el derecho material se unificó en un imperio dividido en provincias entre las que se incluía la misma Italia. El procedimiento formulario perdió popularidad y en el siglo IV se le consideró un obstáculo para la libre apreciación del juez, aboliéndose en el año 342 por los emperadores Constancio y Constante.

Las **variantes** del procedimiento consisten en que la instancia no se inicia por la actividad exclusiva del demandante y desaparecen tanto la *in ius vocatio* como el *vandimonium*, combinándose la acción del demandante con la intervención de la autoridad judicial, de manera que se establece la notificación del litigio, primero con la *litis denuntiatio* que significa el depósito de la demanda en la escribanía del juzgado, para que sus dependientes inviten al demandado a comparecer dentro de un plazo y en la época de Justiniano se utiliza el libelo de emplazamiento que el actor transmite al demandado con la autorización del juez.

Los alguaciles toman importante papel porque llevan el libelo al demandado y a ellos les entrega éste su contestación. Las pretensiones se expresan libremente por lo que el juez examinará el caso según su conocimiento del derecho, lo que no obsta para que en la compilación se inserten textos que hablan de la *editio actionis* pero sólo para identificar el derecho con posibilidad de corrección posterior.

Si no se exigía ya la elección del árbitro ni la formulación de su programa de trabajo, el proceso comenzaba con *narratio* exponiendo el objeto de la pretensión, y seguía con al *contradictio* en que el demandado presentaba su resistencia.

No quiso olvidarse la *litis contestatio* y se afirmó que se constituía cuando el juez escuchaba la *narratio*, pero ya no produjo los efectos de la era clásica porque Justiniano abolió la consunción en materia de obligaciones solidarias. Cesó la prohibición de cambiar las pretensiones de la primera comparecencia y la *litis contestatio* apenas indicó el momento en que el juez debía colocarse para apreciar los elementos y comenzaba a correr el plazo de prescripción que se prolongaba por tres años. Desapareció la distinción entre negativa del demandado y la excepción que paralizaba la pretensión, la que vino a designar toda objeción.

Funcionó normalmente el juicio en contumacia que había sido empleado en la fase *apud iudicem* y se le reglamentó minuciosamente, organizándose un procedimiento de oposición contra el contumaz. En cuanto a los medios de

confirmación se dio preferencia a la documental y el juez tuvo que graduar los testimonios por la situación social de los testigos, prohibiéndose la testimonial unipersonal y dándose mayor valor a las presunciones legales.

La condena dejó de ser necesariamente pecuniaria, y para los derechos reales o personales se dictó sentencia sobre la entrega de la cosa con autorización del empleo de la fuerza pública, previéndose la resolución de los contratos para el caso de cumplimiento imposible, en pago de dinero.

Ante el incumplimiento del demandado se acudió a la vía de ejecución reemplazándose la venta en bloque del patrimonio por las ventas particulares y sucesivas y aparece la toma de prenda (embargo) para la ejecución de la sentencia, además de la coacción sobre la persona, última expresión de la *manus injectio*.

Como en el derecho antiguo no existió la apelación, las impugnaciones surgieron en el campo administrativo del que el proceso tomó su institución, funcionando la jerarquía que no conocieron antes.

Fuera de otros remedios, la impugnación que más se acerca a la apelación fue la *provocatio ad populum* propia del proceso penal, en que el condenado reclamaba de la sentencia llevando el problema a la asamblea popular. Las palabras *appellatio* uel *provocatio* se utilizaron después como sinónimas para designar el medio de llevar la sentencia o el problema a un nuevo juez, variante que aparece en tiempos de Augusto y que se hacía ante los magistrados expresamente delegados por el emperador.

La jerarquía condujo a un recorrido de diversos estadios aunque la apelación pudo excluirse por voluntad de las partes y ya Justiniano prohibió la apelación por más de dos veces.

La sentencia que cerraba el proceso era la definitiva y no las llamadas *interlocutiones*, *articulii* o *praeiudicia*. Como lo admitió Justiniano, la sentencia podía resolver varias cuestiones conjuntamente propuestas, pronunciamientos que se denominaron capítulos y que podían emitirse en fechas distintas lo que condujo a establecer plazos de apelación para cada uno.

Las sentencias debían redactarse por escrito concluido el debate y consultados los asesores (jurisprudentes), se leían en la audiencia ante todos los oficiales del tribunal y de las partes y sólo los jueces de grado supremo llamados *illustres* estaban relevados de la lectura personal y lo hacían los subalternos.

La apelación podía darse ante el emperador por medio de *consultatio* o *relatio*, pero Teodosio II estableció que no cupiera contra sentencia de los *spectabiles* que no eran del grado supremo, yendo el recurso ante una comisión especial integrada por el prefecto del pretorio y el *quaestor sacri palatii*, manteniéndose la apelación contra los *illustres* en el procedimiento de la *consultatio*. Y también se implantó la *supplicatio* contra las sentencias del pretorio que las podía resolver como revocaciones para las que le asistió el *quaestor sacri palatii*. Otros remedios extraordinarios fueron la *in integrum restitutio* contra sentencias pasadas en caso juzgado y la *querela nullitatis* que también originó la nulidad autónoma.

VI EL DERECHO GERMANICO

42. La técnica del derecho romano significó la **variante** más eficaz de las conocidas antes de la era moderna con su elenco de títulos sustantivos, procedimientos e instancias, organizaciones públicas y privadas y una creciente formación de opiniones con coincidencias y discrepancias que hizo hablar de escuelas en varios ramos.

Pero la **variedad** jurídica se expresa en la medida que las circunstancias sociales, culturales, económicas o políticas fuerzan a seguir el rumbo de otras **alternativas**.

Uno de esos datos que producen la **variación** se encuentra en las **alteraciones**, las muchas alteraciones que originan las unidades populares. Frente al pueblo romano se habla del pueblo germano y en esta confrontación social y política se dejan implicadas expresiones económicas y conductas generales y consuetudinarias que llevan de la mano hacia la diferencia jurídica.

La carencia de las estructuras romanas, de su organización, de su extendido comercio y su complicada economía fueron datos externos al sistema jurídico germánico que explican la fatalidad de las **variantes** aparecidas en su derecho, las que en su momento histórico llegarían a combinarse con el otro para dar lugar a nuevas **variantes**.

La principal fuente de estudio del derecho germánico ha sido la costumbre que en el siglo XIII se plasmó en el *spejo de Suabia*. Pero fuera de este documento, esa costumbre se confirma por los adagios y prácticas judiciales, y a veces también por los jurisconsultos.

Frente a la ciudad erigida en Estado universal de la amigüedad, los germánicos formaron un pueblo carente de **cohesión** inclusive en el tiempo de su unidad bajo el Sacro Imperio Romano. El soberano alemán no tuvo la influencia duradera necesaria para la producción como se observa en el papado con las decretales.

En consecuencia la administración de justicia no se centralizó en manos de una monarquía absoluta, con un cuerpo de juristas a la manera de los normandos de Inglaterra. Esto explica que se trate de un derecho destinado a desaparecer o fundirse como sucedió en el siglo XV cuando la recepción del sistema extranjero, sobre todo del romano, del canónico y del feudal lombardo. Las divisiones históricas van desde su formación a la terminación de la invasión, y desde la monarquía franca al fin de la Edad Media, para llegar a la codificación del imperio alemán.

Los núcleos germánicos no aparecen como una federación sino con vida

política independiente, dividiéndose en germanos del oeste o alemanes y germanos del este o gótico vandálicos y tribus escandinavas.

La homogeneidad estuvo en la tradición y en la estructura de tres pueblos de próximo parentesco que permanecieron al este y al norte del Rhin y del Danubio.

A partir del siglo III d.c. los acontecimientos históricos llevaron a la formación de uniones más amplias, aunque desde el siglo I a.c. varios pueblos habían intentado penetrar en Italia o en la Galia, siendo rechazados por los romanos.

Al surgir una confederación de derecho público y una unidad política que utilizó la anexión de los pueblos vencidos como sucedió con el tronco sajón que fuera mezcla de ingveones, isiveones y herminones, se propició que en Alemania permanecieran los francos, los alemanos, los turingios, los frisonos y los bábaros; pero los ostrogodos, los visigodos, los vándalos, los borgoñones, los anglosajones, los longobardos y otros emigraron para fundar Estados dentro del Imperio Romano de Occidente.

Se ha afirmado que la caída del Imperio de Occidente en 476 no fue sino el acto final de un movimiento de desintegración que dejó subsistentes las ciudades episcopales y arzobispales, así como los centros administrativos romanos, pero vastas zonas se volvieron autónomas con sometimiento nominal al emperador de oriente en Constantinopla. En lugares no sometidos al régimen romano como Escocia, Irlanda, Escandinavia y Germania, las formas feudales se desarrollaron adaptando las necesidades de alimento y de defensa a una organización social local.

Pocos eran los que vivían al margen del sistema feudal, la misma Iglesia participaba en esta función y los sacerdotes locales eran asignados a una aldea o feudo. Los que no eran sumisos escaseaban como los peregrinos, los frailes itinerantes, los mercaderes, los trovadores y otros sujetos carentes de casta social. Europa en el año 806 es un mapa de sociedades feudales. El comercio estaba contraído a artículos de lujo. En el interior del feudo la vida se regulaba por los administradores del señor y su corte incluyendo todo el respeto de los vasallos.

El derecho de estos tribunales se apoyó en el carácter personal o estatuto del individuo por su procedencia y las normas consuetudinarias de determinado territorio, pero en realidad quienes se guiaban por su derecho estatutario eran los comerciantes a quienes su desplazamiento natural hacía conveniente llevar un derecho propio.

El derecho romano no desapareció ni por completo ni en todas las zonas, y además de la Iglesia con su pretensión de hegemonía temporal existieron intentos de codificación como la compilación visigoda de Alarico, el *Liber iudiciorum* de 654 que se conoció en Francia, Italia y la Iberia no árabe.

43. En ese interregno que llega hasta la fundación de la Universidad de Bolonia por el emperador Federico I en 1157, en la que se recopilaron los textos de Justiniano redescubiertos en un manuscrito de Pisa y luego llevado a Florencia, palabras que fueron investidas de la autoridad papal y sobre las que se erigieron las estructuras del derecho canónico con glosas de los cuatro doctores —Bulgarus,

Martinus, Ugo y Jacobus— con su maestro Irnerius muerto en 1135, y Azo y Vacarius que llegó a enseñar en Oxford, es decir hasta el siglo XIII de los glosadores encabezados por Accurcius, el derecho local fue calificado de común.

Esto explica el fenómeno de las recepciones y asimilaciones jurídicas y económicas, aunadas a una continuidad cultural y técnica desde la antigüedad a la Edad Media. La condición jurídica y social germánica enraiza en la *sippe* que tiene doble significación, por un lado designa el círculo de parientes de sangre, por otro alude a la asociación por razón del sexo (genealogía) y tiene valor de derecho público por cuanto la asociación es de tipo agnático.

La *sippe* descansa en la igualdad de derechos de sus miembros y originalmente se desarrolla como asociación agraria y militar que luego desempeña funciones jurídicas, en particular como asociación de paz que excluía la hostilidad con el aseguramiento de la venganza y la protección. La *sippe* viene a ser el medio de administrar justicia y explica el papel de los conjuradores, porque empleándose el juramento de genealogía al jurar uno lo hace la *sippe*.

La *sippe* no excluyó la supremacía de una potestad estatal, al grado que cabía la pérdida de la paz o ruptura del vínculo, así como el abandono voluntario en acto público y aun la entrada de extraños en la asociación.

La asamblea del país en que descansaba la vida política era el *concilium civitatis*, reunido en determinadas épocas para decidir sobre la guerra y la paz y otros asuntos importantes como las elecciones y reconocimientos de los reyes, designaciones de príncipes y duques. Es además una asamblea judicial que juzga sobre delitos políticos y militares. Por virtud de estos *concilia* surgieron nuevos Estados como alianzas militares dirigidas por estirpes.

La declaración del derecho tenía lugar en la asamblea judicial frecuentada por hombres libres obligados a participar en la administración de justicia, la sentencia se adoptaba luego que el juez, actuando como interrogador del derecho recibía de la asamblea la decisión previa propuesta que originalmente podía hacer cada miembro de los presentes. La propuesta la hacía un *iudex* entre los altos alemanes y frisonos, o un comité de *raginburgii* entre los francos y en cumplimiento del fallo todos estaban obligados a la captura del malhechor y a la ejecución de la proscripción o pérdida de la paz.

La actuación ante el tribunal se caracterizó por un formalismo sencillo aunque riguroso, de índole pública y oral se apoyaba en la idea acusatoria correspondiendo la iniciativa a las partes, a quienes se dejaba la facultad de llegar a un convenio que sustituía la lucha por la conciliación. El tribunal quedaba encargado de exigir el respeto al formalismo.

El procedimiento podía comenzar por un convenio en que las partes se obligaban a llevar la contienda al tribunal, pero también cabía que el demandante citara sin colaboración del tribunal al contrario. El litigante no podía hacerse representar en juicio y debía proponer su demanda por palabras solemnes bajo la invocación de los dioses, debiendo luego jurar el demandado al contestar. La contestación tenía que ser una afirmación plena o una negativa rotunda y sin

excepciones, las que sólo se permitieron posteriormente como legítima negativa de respuesta.

La sentencia era dictada por los *ragmburgi* y entre los germanos del oeste, si el demandado negaba y estaba obligado a una prestación, la sentencia era sobre la confirmación y final, en cuanto determinaba el procedimiento respectivo.

Los inconformes podían impugnar interponiendo querrela de sentencia injusta. La resolución provenía de un examen formal de los acreditamientos o mediante duelo, sin embargo la idea aplicable era en el sentido que la confirmación incumbía por lo regular al demandado, quien juraba la improcedencia de la querrela personalmente o con un determinado número de conjuradores, llamados con intervención de la contraria. También existían los testigos, personas que en la celebración del acto contribuían a su constatación, o los vecinos que declaraban sobre las circunstancias de los sucesos comunales; pero no se consideraba testigo a quien casualmente obtuviera un conocimiento de los hechos. Los testigos permitían excluir el juramento de la contraria. En caso que ambas partes presentaran testigos tenían preferencia los del demandado.

Subsidiariamente se aplicaban como medios de confirmación los juicios de dios o las ordalias del fuego, del agua, de la suerte y el duelo. Ante la inminencia del juramento que podía liberar al demandado, el querellante procedía a impugnarlo y a presentar desafío.

La técnica no era uniforme por lo que entre los antiguos salios la confirmación tenía una mayor amplitud en el testimonio y se aplicaba la ordalia caldaria.

En cuanto a la incomparecencia solía ser objeto de una multa y se constituía si a la puesta del sol se confirmaba mediante protesta de la contraria, conduciendo a la pérdida de la paz.

Lo último se conecta con la carencia de una verdadera ejecución judicial, porque ya fuera que el condenado prometiera el cumplimiento o que apareciera la pérdida de la paz, el demandante estaba facultado para proceder, bajo ciertas formalidades a la prenda extrajudicial, con el agravante en caso de pérdida de la paz, que comprendía a la persona y su patrimonio.

Si los hechos se realizaban *in fraganti* y conducían a la pérdida de la paz, no se requería un procedimiento ordinario. Bastaba iniciar el clamoreo convocando a los vecinos en auxilio y testimonio ante los que era lícito dar muerte inmediata que requería la publicidad implicada en la divulgación por este medio se prevenía la querrela de homicidios y la venganza de la sangre.

En general para la interposición de las pretensiones se siguió la legislación del lugar del tribunal, de la que dependía la misma organización estatal. La citación era llamada *ad mallatio* y debía hacerse en el domicilio del reo, ya fuera a éste, a su mujer o a alguno de su familia. Para el caso de incomparecencia se imponía multa que se cobraba embargando bienes. Si se presentaba a juicio podía alegar defensas y excepciones y se le concedían plazos para confirmar mediante la presentación de testigos, el juramento de conjuradores o el combate.

En cuanto a la formación de los tribunales se recuerda el origen de los escabinos por causa de las dificultades en la convocación de las asambleas y los

abusos de los condes en el nombramiento de los jueces. Los escabinos dieron tres garantías a los juicios: una instrucción superior a los simples guerreros, una experiencia por el hábito de juzgar y un apego al pueblo que los nombraba por concurso y con elección del príncipe; pero además eran vigilados por los *missi dominici*, enviados del rey para inspeccionar la administración de justicia imperial.

En el proceso germano se habla de una precedencia de la conciliación y de la transacción que tendían a la formación de un convenio. Su empleo fue semejante en lo civil y en lo penal y tuvo como punto de partida el agravio o lesión personales o la muerte de un compañero de stirpe.

En este proceso surgió la interlocutoria porque el fallo contenía una alternativa al ordenar la confirmación que daba lugar a una sentencia *probatoria* con separación de las afirmaciones y los medios de confirmación. Si el demandado no se purificaba quedaba obligado a la sanción pecuniaria. Según la ley sálica, la sentencia tenía por contenido la emisión de la promesa de cumplimiento y no una prestación. Con el avance del poder real en el pueblo franco se desenvuelve un proceso de autoridad judicial. Se conoce el procedimiento sin controversia del adversario y el embargo privado sustitutivo de la ejecución oficial.

VII

EL PROCEDIMIENTO ITALO-CANONICO

44. Al extender su poder y ganar nuevos conversos, la Iglesia construyó una pirámide de vinculaciones feudales, con los campesinos en la base. Se invocaba una competencia tan amplia como sus intereses y sus tribunales aspiraron a conocer en todos los litigios en que estuviera en juego el bienestar de las almas, apremiando a los tribunales seculares a que también aplicaran a esos pleitos el derecho canónico. Los problemas de conflictos de competencias fueron recurrentes entre los siglos XI y XIV, pues por estipulación contractual podía optarse por los tribunales de la Iglesia para dilucidar litigios puramente seculares. Las bibliotecas y monasterios eran centros de estudio y enseñanza de los textos romanos y cada diócesis se atribuía y aplicaba en sus tribunales el derecho de conceder habilitación a los maestros en las artes liberales.

Aun en la época en que no dispuso de tropas para imponer su voluntad, la Iglesia tenía poder como señorío feudal y los prelados aceptaron el homenaje de los campesinos, de los caballeros y de los pequeños nobles, aumentando sus fortunas con las propiedades que dejaban los ricos y piadosos. Si los tribunales seculares podían imponer la muerte, los eclesiásticos podían excomulgar. La centralización de la autoridad temporal de la Iglesia alcanzó su culminación durante las Cruzadas, al tiempo del resurgimiento de las investigaciones del derecho romano que prosperó a la par de la influencia de la Iglesia y tuvo su avance cualitativo con el papado de Gregorio VII (1073-1085).

Alrededor de 1140 Graciano publicó sus *Concordancias de los cánones discordantes* que constituyó la primera sección del *Corpus iuriscanonicum* de 1528 que hasta el siglo XIX siguió siendo el documento básico del derecho canónico.

Ante los problemas de las interpretaciones del derecho romano hechas por abogados al servicio de mercaderes y del Estado secular, la Iglesia decretó la primacía de los textos romanos según los canonistas y de los decretos, textos y opiniones propios de la misma, al grado que en 1234 Enrique III ordenó a los alguaciles de Londres clausurar las escuelas de derecho civil.

Junto a Bolonia aparecieron Padua, Pisa, Perusa, Siena y otras universidades italianas. En la siguiente generación y por obra de Accursio se reúnen las glosas e interpretaciones anteriores en la *Glossa ordinaria* (1227) cuya autoridad se equiparó al texto de la Pandectas. Con finalidad semejante aparece el *Speculum iudiciale* de Durantis (1271), tratado sobre el proceso de origen canonista que se conecta con las fuentes en forma independiente y práctica.

Al lado de esas obras se encuentran trabajos como las *formulae tabellionum* de Irnerio o la *Summula de pugna* de Hugo que son monografías de procedimiento

judicial. Esta corriente llevó a cabo la conversión del derecho justinianeo en un derecho común de la Baja Edad Media, y en la creciente vida económica de Italia la jurisprudencia práctica tuvo un extenso campo de aplicación, apareciendo estos juristas como renombrados árbitros por su independencia intelectual y su prestigio en el derecho romano.

El procedimiento italo-canónico cristaliza en el reino longobardo de la Alta Italia, donde se formó un procedimiento mixto romano-canónico. En él se desecha la asamblea judicial germana y se le sustituye por un funcionario real quien se hace acompañar de asesores permanentes como peritos en derecho. El impulso procesal se concentra en él y a la sentencia se añade la ejecución del fallo, que puede ser impugnado ante el tribunal real según la *appellatio* romana.

Del derecho germano procedieron las afirmaciones de derecho y las contraformaciones formales de las partes, la disposición sobre las confirmaciones mediante sentencia impugnada, pero la asunción de los medios es judicial y se realiza con declaraciones individuales de testigos, juramento del demandado, documentos y confirmaciones en contrario, cuyo resultado se apreciaba en la sentencia.

El procedimiento iniciado por petición del demandante conduce a una orden del juez que cita al demandado a través de un subalterno. En la primera audiencia se hace entrega solemne del escrito inicial que sólo contiene afirmaciones de derecho y ningún hecho. Si el demandado no opone objeciones de admisibilidad, debe contestar con afirmaciones formales y documentales que dan nueva vida a la *litis contestatio*, como una declaración de voluntad de la controversia entre las partes, sin la que no puede dictarse sentencia. De ahí que si el demandado se niega o no comparece, se decreta embargo general, proscripción, anatema y excomunión.

Con base en la demanda el tribunal examina el hecho histórico y las partes han de presentar las afirmaciones correspondientes en enunciados concisos. Las afirmaciones controvertidas son objeto de confirmación por las partes y el resultado se examina de acuerdo con reglas rigurosas. Luego de la recepción, las partes pueden manifestar que nada tienen que alegar para *concludere la causa*. Y como la multiplicidad de puntos controvertidos podía conducir a confusión, se establece el principio del orden consecutivo que prevé plazos separados para cada acto: *terminus ad libellum dandum*, *terminus ad omnes dilatorias et declinatorias proponendas*, *terminus ad audiendum super dilatoriis*, *terminus ad litem contestandam*, *terminus ad iuramentum de calumnia*, *terminus ad ponendum*, *terminus ad respondendum positionibus*, *terminus ad articulandum*, *terminus ad probandum*, *terminus ad concludendum*, *terminus ad sententiam audiendam*.

El orden era necesario aunque el demandado no opusiera objeciones y si las presentaba se discutían con réplicas. Pero la técnica, como antítesis al principio de eventualidad por el cual cada parte presentaba al mismo tiempo y de una vez todas las afirmaciones de la misma especie, todas las correspondientes al fundamento de la demanda, de las excepciones, de las réplicas y de los medios de confirmación obligaba a su desahogo aunque no fueran importantes.

Esto motivó la documentación por medio de escribanos y llevó a la máxima del

procedimiento escrito: *quod non est in actis, non est in mundo*. La sentencia final y la interlocutoria, particularmente los medios de confirmación, pudieron ser impugnadas por apelación contra sentencia inícuca o por vicios de procedimiento mediante la queja de nulidad.

Esta ordenación y la obligación de considerar cada punto controvertido llevó a la dispersión del procedimiento y su lentitud causó dilaciones que fueron motivo de medidas de aceleración, la más importante de las cuales fue la introducida por la *Clementina saepe contingit* de 1306, procedimiento llamado después sumario indeterminado que se aplicó, primero a las causas de menor cuantía, para extenderse luego al procedimiento ordinario, propiciando que el juez resolviera *simpliciter et de plano, sine strepitu et figura iudice*, concentrando discrecionalmente los plazos.

Este proceso, por razones históricas, fue llevado a los países de formación española y en *stylus curiae*, trasladado por Jácome Ruiz a la Partida III de Alfonso el Sabio, las etapas y los plazos se hallan divididos en correspondencia semejante al procedimiento que rige en la actualidad en los países de este origen, aun en ciertos Estados de Norteamérica como California y Luisiana. Este procedimiento ha sido calificado de autónomo respecto del resto del sistema europeo.

En resumen, se ha considerado que los elementos originarios fueron el derecho romano y el germánico y como derivados el derecho estatutario, el canónico, el regio en Francia, el imperial en Alemania, fenómenos que se debieron a las invasiones de las tierras latinas, al florecimiento del romano en Italia con diversas actitudes respecto a la costumbre, al derecho de la Iglesia y al elaborado por los romanistas; su recepción en España, en Francia y Alemania fusionándose con el sajón influyó en Inglaterra frente al derecho normando, sobre todo después de la recepción del derecho francés en Alemania.

Datos complementarios que deben considerarse a la luz del principio de alternatividad y que aparecen en el proceso romano-canónico, son la figura del juez único al uso romano, la pasividad del juez por la limitación de sus poderes y la amplitud de la iniciativa de las partes por influencia germánica; romana es la citación aunque por equivocación entre la *editio actionis* y la *in ius vocatio* se llegue a la separación de la citación y la entrega del libelo hecha solemnemente ante el juez, y que la práctica hizo se volviera a la idea romana de simultaneizar la citación y la entrega del escrito. Con envoltura romana de la *litis contestatio* se introdujo la germánica fundamentación de la litis: declaraciones expresas de la voluntad de contender. Con la solemne contestación de la litis se enlaza románicamente el proceso en contumacia, que a su vez se vincula con el proceso franco y las fuentes justineanas. De la *instituta salva querela* se llega a la *missio in possessionem* y de ella surge la moderna oposición contumacial. De las cauciones ya en desuso resurge románicamente la olvidada forma de las prendas germánicas. Como el proceso germánico era característicamente fraccionable, se pasó a la escisión de la litis en los diversos términos ya mencionados del orden consecutivo, o como también se le ha denominado el orden impreterible o preclusión. De la germánica formalidad de las deducciones de las partes se derivó

el procedimiento *per positiones*, al que dio una tónica románica el instituto de las *interrogationes in iure*. El juramento germánico se conservó en el romano-canónico, pero el *iuramentum calumnise* romano fue admitido como unilateral en el longobardo, aunque en otros casos apareció en la forma romana como el juramento de manifestación y por lo general se considera que el juramento de pobreza es mixto de romano y germánico, y quizás sea germánico el uso de pronunciar sentencia de condena bajo condición de prestar juramento. El formalismo germánico se apoderó de los intérpretes en materia de las reglas sobre los medios de confirmación surgiendo la tesis de la *prueba legal*. Mientras los romanos entendían al juicio como una relación limitada a las partes, a las cuales se refería exclusivamente la sentencia, el sentido germánico era opuesto como acto pronunciado, desarrollado y efectuado frente a todos y obligando a los presentes, esta última idea fue la que preponderó en el proceso canónico. La impugnación de la demanda o de la sentencia por parte de cualquiera que creyere lesionado su derecho pasó al régimen feudal en materia beneficiaria y de ahí surgió la intervención de tercero, desenvuelta desde la intervención adhesiva o accesorio romana. La sentencia romana nula seguía siéndolo aunque no fuese impugnada, cabiendo contra ella excepción sin plazo fijo. Por el contrario en el proceso longobardo la sentencia era válida por sí y todo motivo de impugnación debía ser hecho a través de un medio común para la injusticia y la nulidad, concepto de validez formal que subsistió en el derecho estatutario. Pero la separación de los derechos romano y germánico llevó a la distinción entre sentencia nula e inícuca como antecedente de la querrela de nulidad. Este mismo germen produce la extensión del caso juzgado alemán por la *appellatio tertii* que pasa luego al derecho francés como la *terce opposition*. Desde luego hay figuras que siguen causando polémicas, como el caso de la ejecución sobre bienes de tercero que no se ha aclarado si es germánica o romana, si la declaración de certeza se desarrolla sobre las leyes *Diffamari* y *Si contendat* o se tomaron éstas como base para desenvolver ideas germánicas, si la *prueba* de futura memoria es germánica o si también lo es la fuerza coactiva del laudo, y así por el estilo. Donde se alcanzaron conocimientos más seguros fue en los procesos sumarios. El derecho germánico conocía casos en que el titular podía ejecutar directamente. Para continuar con estas vías se buscaron sustitutivos romanos como las formas de sumisión convencional, en aplicación del principio *confessus in iure* aplicándolo al *iudicatus* para justificar un proceso simulado ante el juez, luego ante el notario y proveyendo al acreedor de un título ejecutivo sin necesidad de fallo; o de otro lado, apoyando el *pactum executivum* simple en la ley 3C. de *pignori, et hypoth.* De ahí arrancó el actual procedimiento documental germánico y el cambiario italiano, y la fuerza ejecutiva de los actos públicos contractuales. También el *induculus commonitorius* franco se desarrolla en un *praeceptum executivum* y pasa al proceso moderno en el *Manhverfahren*. En fin, con la interpretación de los textos la doctrina da una base romana al secuestro. Hubo casos en que las instituciones germánicas no fueron aceptadas sin discusión, como ocurrió con la *acción* de garantía que el derecho común italiano y luego el

alemán acogieron como *laudatio auctoris* y *litis denuntiatio* derivándolas de textos romanos. Pero la acción no fue sino la unión de la vía de regreso con la cusa principal, del derecho germánico. Diversas instituciones surgieron por interpretaciones erróneas y otras por espontánea formación de la práctica, lecionada con principios romanos, según aconteció con la notificación de las sentencias que se hacían conocer por publicación en la audiencia, de donde derivó la prohibición de apelar para quien no asistía. El principio se comoció en el derecho germánico pero con mayor rigor, debido a la imposibilidad de reclamar por los ausentes a la asamblea pública. La discusión está por cerrarse pero muestra la recíproca influencia de sistemas que por razones geográficas tuvieron que coexistir.

En la península ibérica existió la cultura libio-ibérica y un procedimiento por el que los jefes de las tribus administraban justicia y se dice que los tartesios tenían prohibido dar testimonio contra persona de más edad que el testigo. Pero lo importante fueron los sedimentos de las distintas regulaciones, pues antes de los romanos estuvieron los fenicios, los cartagineses y los griegos. Los primeros dominaron desde Cádiz a Cartagena llegando hasta Galicia donde fundaron colonias. Los segundos manifestaron su empeño conquistador después de la primera guerra púnica siendo su capital Cartagena. Y los últimos penetraron en Rhode, bajaron de Marsella y visitaron el Tarteso, asentándose algunos grupos en Portugal, Galicia y Asturias. Rodas se hizo célebre por sus leyes relativas al comercio marítimo, alguna de las cuales fue mencionada en el Digesto.

La dominación romana por el siglo II a.c. fue principalmente militar, pero casi desde el principio Roma reconoció ciudades libres, confederadas y estipendiarias. Durante el imperio hubo en la provincia Bética un Pretor o Gobernador, un cuestor o recaudador de tributos y un legado o representante con carácter de jefe militar y a la vez administrador de justicia. Cada Gobernador tenía un *auditorium* de jurisconsultos y varones prudentes que actuaba como tribunal. Había catorce conventos jurídicos o tribunales superiores.

Para el siglo II d.c. el derecho indígena fue sustituido por el romanogeneralizado oficialmente por la Constitución de Caracalla, quien otorgó la ciudadanía romana a los súbditos ingenuos del imperio, aunque antes Vespasiano había concedido el derecho latino a España.

En el Bajo Imperio los *duunviros* fueron los magistrados municipales de mayor categoría y quienes ejercían la actividad judicial reuniendo las funciones que en Roma se encomendaban a los cónsules y los pretores. Los ediles, semejantes a los de Roma, tenían atribuciones de policía y algunas judiciales, pero hacia el siglo III d.c., el municipio entró en decadencia como una manifestación del fin del Imperio.

El régimen romano llegó a significar el imperio de la ley contra el cual lucharon los pueblos germánicos, el más numeroso de los cuales fue el visigodo que en 414 constituyó en el noreste de la Península su monarquía, posteriormente extendida al resto del territorio restableciendo la paz alterada. La dualidad étnica de godos e indígenas se mantuvo inflexible hasta Chisdasvinto que permi-

tió el matrimonio entre ambas razas. Estos pueblos continuaron influidos por el derecho romano y de ahí el respeto de los visigodos por las leyes peninsulares, lo que explica las sucesivas compilaciones, a partir de la de Alarico en 506 llamada *Lex romana wigothorum* Breviario de Aniano por recuerdo a su principal autor.

VIII EL DERECHO HISPANOAMERICANO

45. España ha sido un crisol, cruce o fusor de razas, culturas, sistemas jurídicos y los ha trasladado a otros continentes, ha operado también con ellos como recipiente o callana y les ha tomado sus instituciones cuando las hubo, sus costumbres y sus aportaciones. De la Península surgieron, se combinaron y llevaron todas las realizaciones jurídicas de antiguas, muy antiguas razas y pueblos desde el paleolítico inferior y Neandertal que creó la cultura musteriense. Las corrientes migratorias que pertenecieron al CroMagnon y a la cultura almeriense produjeron al pueblo ibero. En el siglo VI antes de la era cristiana los celtas entraron por el Norte y por ellos los iberos formaron parte de la raza mediterránea junto con los pelasgos, los etruscos y los viejos lugres. Pero no hay un derecho español de origen.

La transformación burguesa de Europa tuvo como motor a España. Hasta 1400 el mercader era un artesano con base local y aventura internacional. Lo que permitió el desarrollo, el crecimiento producido de 1400 a 1600 operando con las manufacturas y la marcha hacia el capitalismo industrial se debió a la conquista y explotación del Nuevo Mundo. El aflujo de oro y plata del subcontinente iberoamericano proporcionó los capitales para la expansión mercantil luego del cierre de Constantinopla en 1453 poniendo fin al dominio italiano del comercio con Levante. Los países europeos comenzaron a desarrollar su mercado interno con los capitales venidos de España.

Si los gremios perdieron su sentido práctico fue por la ruina de 1550 de los pequeños granjeros y los grandes nobles, pues las manufacturas de los textiles antes dividida en numerosas operaciones como el lavado, el hilado, el tejido, el abatanado, el teñido y demás, pasó al control de empresarios que adquirían la lana en bruto.

También esas riquezas permitieron efectuar inversiones en las artes y en las ciencias a través de las universidades como la de Bourges donde Jacques Cujas y sus discípulos iniciaron el restudio sistemático del derecho romano en el plano humanístico del Renacimiento. Volvieron a los textos romanos discutidos y desvirtuados por los glosadores y generaciones de abogados prácticos. Todo gracias a ese comercio engrandecido por la entrada de riquezas a través de la puerta de España que no las supo retener ni aprovecharlas por atender a los enormes gastos de guerra de sus reyes-emperadores.

Ese mosaico peninsular que eventualmente ofreciera una unidad pero que no pudo mantenerla, ya fuera por la invasión árabe o por la separación de Portugal

desde Curique o Montesclaros, no impidió que también aparecieran organizaciones político-sociales sucesivas.

46. En realidad España y más aún, la Península Ibérica no tuvo un derecho propio y lo que cabe es señalar los momentos históricos imponentes y los cambios legislativos relevantes, por lo menos hasta antes del traslado del derecho continental-europeo vigente en la metrópoli, aunque con las variantes propias de la solución alternativa que cada Estado dio al tronco común, antes pues de su encuentro con el derecho americano carente de antecedentes romanísticos y por supuesto mesopotámicos.

A partir del Concilio de Toledo del año 400 estas reuniones colaboraron a la formación legislativa aportando un sentido naturalmente cristiano que no eliminó las directrices germánicas como se confirma con el código de Eurico, probablemente repetido por Leovigildo, colecciones a las que siguieron las de Recaredo I y Chindasvinto, hasta culminar con la de Recesvinto llamada *Liber Iudicum*, Libro de los Juces o Fuero Juzgo.

Se habla también de una Ley de Teudis del año 546 que trata de gastos y costas del juicio y que se dice fue insertada en el código de Alarico, siendo entonces la primera aplicación común a godos e hispano-romanos. En cuanto al *Liber Iudicorum* se afirma que remitió por Recesvinto a San Braulio fue después entregado al Concilio VIII de Toledo del año 653, y que en 654 se distribuyó en doce libros, a los que el Concilio XII de Toledo reformó y agregó nueve libros y un título.

Con el nombre de *Lex Visigothorum Vulgata* se menciona un conjunto de manuscritos de la época de la Reconquista, y se le califica de reforma del *Liber Iudicorum* hecha en Egica. Fuera de otras obras, algunas consideradas privadas, los *Capítulos de Holkham* o *Fragmentos gaudenzianos* y las colecciones fraccionarias: los seis capítulos de la Biblioteca Valliceliana de Roma, o las cuarenta y seis fórmulas visigóticas que se atribuyen a un notario de Córdoba en el reinado de Sisebuto, la reseña histórica enra en el período de los sistemas forales, en particular de los reinos de Asturias, León y Castilla.

Tierra, trabajo y comercio han sido los motores históricos del establecimiento, la organización y los cambios sociales. El derecho foral español es un fenómeno paralelo al feudalismo en el resto de Europa, pero como en Inglaterra, ese feudalismo tiene otra fisonomía y caracteres que le individualizan de los demás. El derecho foral se vincula con la conquista árabe y la reconquista española, la formación de los gremios y la aparición de la burguesía mercader.

La invasión árabe con la derrota del Guadalete en el 711 se ha considerado una consecuencia necesaria de la expansión iniciada ochenta años antes y el movimiento disgregador del reino visigodo desde el siglo VII, con una sociedad en vías de feudalización y un reino de Toledo esforzándose por mantener la concepción absolutista del poder real. Como los vínculos prefeudales crecieron, la nobleza y la Iglesia aumentaron su prepotencia y a lo largo del siglo VII la península estuvo inmersa en un procedimiento de concentración rápida de la propiedad de

la tierra y la monarquía después de Chindasvinto se vio presa de la oligarquía, se considera por los modernos historiadores que la oligarquía nobiliaria, y demás factores sociales determinaron el desastre militar y político de la monarquía.

Por ello se argumenta que después de 711 gran parte de la nobleza visigoda conservó su riqueza territorial merced a pactos concertados con los invasores. Teodomiro, Ardabasto, los hijos de Vitiza y otros cuyos nombres no recogió la historia, no sufrieron de momento un cambio de *status* o una disminución de su poder. Hubo nobles como los *comités* que hasta gobernaban la Septimania en nombre de los reyes godos logrando mantener sus cargos e incluso algunos como Pedro, *dux provincia Cantabriae* y algún otro magnate local fueron semiindependientes en las zonas montañosas del Norte.

De cualquiera manera, las comarcas de los Pirineos, el país de los vascos y las montañas cantabroastúricas fueron los límites de la conquista musulmana. Pero se trató de zonas poco romanizadas y cuyo sometimiento a los visigodos fue también problemático; pues se recuerda que la noticia de la invasión llegó a don Rodrigo cuando se hallaba sofocando una sublevación de los vascones.

Lo notable fue que a diferencia de las invasiones de los bárbaros, la mayoría de los hispanovisigodos permanecieron en la península y no perecieron a manos de los invasores, recibiendo el nombre de mozárabes por conservar su religión católica y su propia cultura, con cierta autonomía que contribuyó no sólo a la conservación de costumbres románicas como el arrendamiento rústico y la explotación señorial, y también a la vigencia del *Liber Iudicorum*, sino a la resistencia primero y a la reconquista después.

La *Catalunya carolingia* que apenas presenció la invasión musulmana evolucionó por los cauces del feudalismo europeo, manteniendo su peculiaridad sociopolítica, jurídica y cultural aun después de su independencia del imperio en las últimas décadas del siglo IX.

Y los núcleos de resistencia navarro-aragoneses dieron lugar al reino de Navarra y al condado de Aragón desde 905 y 1035 respectivamente. La resistencia astur de Pelayo y las campañas militares de Alfonso I entre 739 a 757 afianzaron un reino que se consideró llamado a restaurar el antiguo visigodo. Los reyes asturleonese fueron considerados los sucesores de los reyes visigodos y responsables de la reconquista.

No obstante la inestabilidad de las relaciones políticas entre los diversos núcleos cristianos, se igualaron en su independencia y hostilidad frente al Al Andalus. Los reinos cristianos ya mencionados, más el condado de Castilla independizado en el siglo X con Fernán González del reino asturiano con sede en León y los de Valencia y Mallorca fueron factores de diversificación jurídica originaria de los fueros.

El fraccionamiento del poder político y otros factores más se aunaron en los siglos VIII al XII para crear la llamada dispersión normativa. Para defender la tierra, guerrear contra los musulmanes y contra los vecinos cristianos, los reyes acudieron al apoyo de los magnates de su corte. La nobleza militar y la jerarquía

eclesiástica prestaron su ayuda y cimentaron su fuerza sobre tierras que por donación real o por ocupación y otros títulos fueron acumulando. De esas tierras fueron señores en una economía agraria de escasa circulación monetaria y débil tráfico mercantil que sólo cambiaron con la conquista del nuevo mundo y el inusitado flujo de sus riquezas naturales.

La poliarquía señorial produjo ocasionalmente cuerpos jurídicos llamados fueros que confirmaron privilegios o ventajas y reconocieron las costumbres. Mercados y fortalezas, el necesario intercambio mercantil que aunque modesto era imprescindible y las exigencias de las defensas aglutinaron a los núcleos urbanos. Caminos y cruces fueron motivo para crear nuevas ciudades, sobre todo los caminos recorridos por peregrinos y mercaderes, por ejemplo en ruta hacia Santiago, y que también sirvieron a fines militares. Ya en el siglo IX pero sobre todo en el XI los núcleos fueron autónomos y los derechos locales surgían en la medida de la recuperación militar, de manera que las tierras de realengo o las villas señoriales gozaron de derecho propio.

Pero también las razones personales que significaban vinculación entre el derecho y la religión indujeron a la diversificación. Los mozárabes y los judíos conservaron sus sistemas y se agruparon en barrios como el de las *juderías* que hasta el siglo XIV lograron la aplicación de su propio ordenamiento; y los *mauri pacis* o moros de paz sometidos a los cristianos pacíficamente celebraron capitulaciones para garantizar el respeto a su derecho. Moriscos y mudéjares repitieron a la inversa la figura de los mozárabes. De ahí que las personas solieran llevar consigo su propia condición jurídica, de una manera paralela a como los nobles fortalecidos hereditariamente con el poder transmitieron privilegios y beneficios que les dieron un régimen diferente al de la población campesina o al de quienes por vivir en los *burgos* comenzaron a ser llamados burgueses.

47. A los efectos de la legislación iberoamericana es la legislación castellana la determinante. Castilla surgió en Asturias, continuó en León y se extendió a Galicia. En tal sistema al rey correspondió la administración de justicia, pero su potestad se limitaba por el derecho de los súbditos y no podía disponer de la propiedad ajena ni dar cartas contra el derecho llamado natural.

Para América la legislación foral tuvo la mayor importancia y de ahí la necesidad de recordar desde el Fuero de los Fijosdalgo dado en las Cortes de Nájera en 1138 y después refundido en el Ordenamiento de Alcalá, en el que se establecieron las prerrogativas de la soberanía y se declararon los derechos recíprocos entre el realengo, el abadengo, los señoríos de behetría, la divisa y el solariego. De ahí procede citar el fuero Viejo de Castilla mandado formar en 1212 y reformado en 1256 que contiene un complejo sistema de enjuiciamiento con la mención en el título 10. de árbitros, alcaldes y voceros nombrados por las partes y reglas sobre la demanda, el emplazamiento y el juicio. En el título 2 habla de la *prueba* y los plazos para hacerla, en el 3 de las sentencias, en el 4, el 5 y el 6 del procedimiento para cobro de deudas, prendas y fianzas y en el 17 de lo que se podía prender.

La tendencia compiladora que comienza con Fernando el Santo se correspondió con su actividad quitando condes o gobernadores vitalicios, poniendo en su lugar adelantados o alcaldes y jueces anuales elegidos por el pueblo, así como merinos, institución que tuvo vida hasta el siglo XV según datos lexicográficos de Portugal y cuya etimología la vincula con el *majorinus* latino de la época visigótica —un funcionario análogo existió en Italia con el nombre de *marino* o decano y jefe—, y adelantados mayores en las provincias, quienes podían conocer de apelaciones en lo civil y en lo criminal, haciéndose acompañar de hombres sabedores del derecho y de escribanos.

La idea de formar un cuerpo que agrupara todas las leyes aplicables condujo al rey Fernando a encomendar a doce hombres la formación de una regla de gobierno. La primera obra fue el Setenario que comprende materias incluidas después en la Partida I. La segunda obra de la serie fue el Espéculo que ya se atribuye a Alfonso el Sabio, consta de cinco libros destinándose el IV y el V a los procedimientos.

Para el año de 1255 Alfonso X terminó el Fuero Real o Fuero de las Leyes como obra de recopilación nacional, que los pueblos fueron acogiendo aunque con la resistencia de la nobleza castellana, que se presentó en armas en la villa de Lerma, lo que originó el retiro temporal del código hasta que alcanzó gran prestigio en otras provincias. El Código se comunicó a cada Concejo en forma de privilegio o fuero municipal, como sucedió con la Villa de Aguilar del Campo el 14 de marzo de 1255, la de Sahagún el 25 de abril, la de Soria el 19 de julio de 1256, Burgos el 27 del mismo mes, villa de Escalona el 15 de marzo de 1261 y así sucesivamente.

Se compone el código de cuatro libros, el primero con doce títulos, con quince el segundo, veinte el tercero y veinticinco el cuarto. Aunque el procedimiento se regula en el libro II, ya los títulos VII al XII del primero hablan de materias vinculadas con él, como son: del oficio de los alcaldes, de los escribanos públicos, de los *boceros*, de los personeros, de los *pleytos* y de las cosas que son en contienda. En cuanto al libro II, se refiere por su orden, a los juicios ante quienes deben ser demandados, de los mandamientos de los alcaldes, de los emplazamientos, de los asentamientos, de las ferias, de las respuestas porque se sentencian los *pleytos*, de las confesiones, de las testimonias y de las *pruebas*, de las cartas y traslados, de las defensiones, de las cosas que se ganan por el tiempo o se pierden por él, de las juras, de los juicios *afinados*, de los *pleytos* que fueren acabados, que no sean más demandados y de las alzadas.

Las leyes de Estilo se llamaron también Declaraciones de las leyes del Fuero Real, y suele negárseles autoridad de leyes porque se dice que ningún rey las dictó ni fueron promulgadas por las Cortes; pero tuvieron valor doctrinario y muchas vinieron a formar parte de la Novísima Recopilación, último cuerpo legal que tuvo vigencia en la América Española.

Cinco fueron las Leyes para los Adelantados mayores, dignidad y oficio que ya no se conocen pero que ejercieron *jurisdicción* superior como se ve en las Partidas.

Las Leyes Nuevas de Alfonso el Sabio se promulgaron después del Fuero Real

y se tomaron de los Códices de la Iglesia de Toledo, habiéndoseles añadido otro del Escorial. Con ellas se intentó resolver las dudas que ocurrían a los Alcaldes, al tiempo que se tratan cosas de diversa índole en secciones separadas y sin numerar, como las tutorías, las fiadurias, las prisiones de las mujeres, de la jura de la penitencia o mancuadra, de los emplazamientos y *alzadas*, etc.

Cuarenta y cuatro leyes forman el Ordenamiento de las Taurerías que redactara el maestro Roldán, jurisconsulto del siglo XIII, por encargo de Alfonso el Sabio hacia 1314 de la era española o 1276 de la cristiana. Su valor es histórico como constancia de la moral de la época y lo arraigado del juego cuyas casas reglamentaba.

Del Espéculo se dice que es un mero proyecto de las Partidas. Al parecer, terminado el Fuero Real, Alfonso el Sabio concibió la idea de un gran cuerpo legal que satisficiera las exigencias del porvenir en una época en que el estudio del derecho romano y del canónico era lo preferido. De cualquiera manera el Espéculo no pasa de ser un ensayo de las Partidas, a las que fue llevado como si hubiera sido su borrador.

Se entra así en la obra mayor de Alfonso el Sabio, las Partidas. La obra según el texto de Gregorio López ha sido calificada de magna y monumental, pero debe anotarse que al rey Sabio se le denomina indistintamente Alfonso X y Alfonso IX, aunque debe tenerse en cuenta que mientras Alfonso IX reinaba en León de 1188 a 1230, en Castilla lo hacía Alfonso VIII y fueron sus sucesores Enrique I y Fernando III el Santo, al que sucedió Alfonso el Sabio en 1252.

Otro punto dudoso y discutido ha sido el de la autoría de las siete leyes, pero cualquiera fuere la conclusión es de creer que en alguna forma el rey participó en los trabajos debidos tal vez a los doctores Jácome o Jacobo Ruiz llamado el de las leyes, y los maestros Fernando Martínez y Roldán, el primero acreditado en Zamora y obispo electo de Oviedo y el segundo ayo del rey a quien enseñara las bases jurídicas en leyes que luego pasaron literalmente a las Partidas.

No menos discusiones se han formado respecto al tiempo y lugar en que se redactaron. La idea más generalizada es que se comenzó a trabajar en ellas el 23 de junio de 1256 y se terminó el 28 de agosto de 1265. A imitación del Digesto, el libro quedó dividido en siete partes o partidas, pero no tuvo fuerza legal por las graves complicaciones que hubieran surgido según la experiencia tenida con el Fuero Real. La promulgación correspondió a Alfonso XI quien fijó el orden de preferencia de las leyes conocidas, según el Ordenamiento hecho en las Cortes de Alcalá en 1348, y de sus veinte ediciones de tres textos son las de Gregorio López y la de la Academia de Historia las que han tenido fuerza legal por disposición de la real orden de 1818.

Habla la Primera Partida de todas las cosas que pertenecen a la ley católica y se divide en XXIV títulos. La Segunda se refiere a los emperadores, a los reyes y otros grandes señores de la tierra que han de mantener en justicia y verdad dividida en XXXI títulos. La Tercera es la básica para el derecho procesal y habla de la justicia y cómo ha de haber orden en cada lugar, por palabra de justicia y por obra de hecho para *desembargar* los pleitos, comprendiendo XXXII títulos.

La Cuarta atañe a los desposorios y casamientos en XXVII títulos. La Quinta de los empréstitos, de las ventas y compras, de los cambios y todos los otros pleitos que hacen los hombres entre sí en XV títulos. La Sexta de los testamentos y herencias con XVIII títulos; y la Séptima de todas las acusaciones y maleficios que los hombres hacen y qué pena merecen.

Alfonso XI llamado el Justiciero acrecentó el poder real convocando a las Cortes que aumentaron la influencia del estado llano. Continuó con la guerra de reconquista dictando disposiciones para propagar la autoridad de los códigos generales y concedió su uso a los pueblos como si les otorgara un privilegio. Por estas causas se convocaron las de Alcalá que hicieron historia en Castilla y vinieron a determinar la jerarquía de las leyes. De ahí salió el Ordenamiento que hizo obligatoria la aplicación de las Siete Partidas en 1348.

El Ordenamiento de Alcalá, distribuido en treinta y dos títulos, expresó en las leyes 1 y 2 del XXVIII que los pleitos se librasen en primer lugar por el mismo Ordenamiento derogando cualesquiera fueros municipales que la contrariasen. Ello fue confirmado primero por el rey Don Pedro y luego por su hermano Enrique II en las Cortes de Toro en 1367.

Las Ordenanzas Reales de Castilla, conocidas también con el nombre de Ordenamiento Real y vulgarmente con el de Ordenamiento de Montalvo, consisten en una compilación hecha por orden de los Reyes Católicos y a cargo de Alfonso Díaz de Montalvo. Contiene clasificadas por materias en ocho libros las leyes, ordenanzas y pragmáticas que se habían dictado desde el Fuero Real y las Siete Partidas, todas llevadas luego a la Recopilación y a la Novísima.

Con el nombre de Leyes de Toro se conocen ochenta y tres leyes que compusieron y ordenaron bajo el reinado de los Reyes Católicos las Cortes de Toledo en 1502, apenas efectuado el descubrimiento de América. Tuvieron el propósito de poner fin a las contradicciones en la inteligencia de las leyes del Fuero, Partidas y Ordenamientos y suplir la falta de textos en la decisión de los litigios. La ausencia de Fernando y la muerte de Isabel impidieron su inmediata publicación que se hizo en 1505 cuando las Cortes se reunieron en Toro para jurar por reina a doña Juana.

Un Código más fue la Nueva Recopilación sancionada por Felipe II y publicada con Pragmática de 14 de marzo de 1567. Quedaron comprendidas las leyes que se estimaron no derogadas, desde las Partidas y el Fuero Real, algunas del Fuero Juzgo y del Estilo, casi todas las del Ordenamiento de Alcalá, las ochenta y tres de Toro y las publicadas en el intermedio. Constó de nueve libros, en su mayoría destinados a la Administración y a la Hacienda Pública. En los libros II y III se trató de las leyes, del rey, de su consejo y de los tribunales superiores y en el IV del orden o procedimiento judicial con muchos errores, anacronismos y contradicciones.

No fue sino hasta 1805, reinando Carlos IV que se promulgó la Novísima Recopilación compuesta desde 1798 por Juan de la Reguera y Valdelomar, Auditor de la Cancillería de Granada; pero en el intervalo y durante el reinado de Felipe III se dieron nuevas reglas al Consejo y se amplió su competencia,

encargándole del conocimiento de los excesos de los tribunales, y a la sala de gobierno el remedio de las cosas dependientes del concilio, de los jueces eclesiásticos residentes en la Corte y debiendo remitir el resto a las chancillerías.

Expedida la Constitución de Cádiz en 1812, se decretó la independencia de la judicatura en la aplicación de las leyes, calificándola de tercer poder y prohibiendo al rey y a las Cortes ejercer funciones jurisdiccionales, avocar causas pendientes, abrir los juicios fenecidos, aunque los tribunales administraran la justicia en nombre del rey.

Un nuevo ciclo de historia jurídica se encierra desde las Leyes de Toro de 1502 a la Constitución de 1812: el del derecho colonial, luego virreinal y siempre indiano o del nuevo continente. Ciclo que tuvo la complejidad de los ordenamientos metropolitanos y las leyes de ultramar, donde a su vez se encontraron otros pueblos, civilizaciones y sistemas jurídicos.

48. De los tres factores mencionados para el cambio social: tenencia de la tierra, trabajo y comercio, el descubrimiento de América resultó un ámbito geográfico desconocido en que se iban a poner en práctica usos, costumbres y leyes feudales en vías de desaparición con sus estructuras orgánicas, principalmente las judiciales, en tránsito y enfrentadas a esquemas también jurídicos, también con historia y tradición y también con organización y procedimientos procesales.

Un mapa indígena de la América precolombina podría elaborarse a base de las lenguas habladas hacia el siglo XVII, a saber:

Aimara: en el territorio comprendido entre Bolivia y parte de Perú, se considera lengua general desplazada por el quechua.

Caribe: en las Antillas menores y en algunos lugares de la parte norte de Sudamérica como Guayana y Venezuela.

Cumanagoto: dialecto caribe de Venezuela.

Chibcha-Cuna: gran parte de Colombia, norte de Ecuador hasta Honduras y usado como lengua general.

Guaraní: familia de lenguas llamada tupí-guaraní, se hablaba en los Andes y al Atlántico y desde la Guayana hasta el Río de la Plata.

Mapuche: de los indios que habitaban al sur del río Bio-Bio, Chile.

Maya-quiché: Península de Yucatán, México, Guatemala, Honduras y El Salvador, desplazada por la lengua general náhuatl.

Náhuatl: llamada lengua azteca o mexicana. Se hablaba desde el sur del actual Estado de Coahuila y sur del actual Estado de Jalisco hasta el Estado de Oaxaca, en el siglo XVII tuvo influencia en Costa Rica.

Quechua: desde el centro de Chile y noroeste argentino hasta el Ecuador y quizás el sur de Colombia y hasta las orillas del río Amazonas. El quechua Chinchay fue llamado lengua general, dentro de éste la variedad Yunga fue la más estimada, y posteriormente la variedad cuzqueña.

Quechumara: el quechua y el aimara coexistieron por centenares de años. El quechua comenzó a ser hablado en lugares donde se hablaba el aimara en el siglo XVI.

Taíno: en Santo Domingo, Puerto Rico y Cuba. De la familia arahuaca. Desapareció rápidamente y no tuvo carácter de lengua general.

Tarasco: se habla en Michoacán, México.

Otras voces no han podido encontrar su etimología cierta, pero un mapa formado con las antes calificadas por los lexicólogos muestra suficientemente la población o los asentamientos humanos a la llegada de los españoles y portugueses al nuevo continente. Sobre todo, tales mapas conducen a la demostración de dos prominentes civilizaciones: la quechua y la náhuatl, de las que, por otro lado, han quedado noticias históricas reveladoras de sus culturas, costumbres y su derecho.

Así como se hablaba de los guijarros paleolíticos, los quipus formados por nudos fueron utilizados por los indígenas del Perú, y los españoles los encontraron muy usados en el siglo XVI entre los incas. Servían no sólo como registros numéricos, sino como documentos históricos y legales y todavía se usan para contar las ovejas.

Igualmente, si la escritura pictórica procede de América del Norte, donde los indígenas labraron y pintaron en rocas, pieles y madera, si entre los acadios anteriores a la dinastía de Hammurabi se empleó la escritura pictográfica dando lugar a los ideogramas sumerios típicos, y si en el lenguaje chino aparecen los fonogramas monosilábicos, en el egipcio surgen los fonogramas polisilábicos y entre los aztecas se utilizaron fonogramas de valor fonético aunque no de todas las palabras, asociadas con una etapa pictórica, sino con las primeras partes de las palabras.

No fue una escritura cuneiforme como la babilónica que llegó a transformarse en el alfabeto fenicio y de otros pueblos semitas, pero permitió luego de la conquista elaborar códigos en los que pictográficamente se dieron a conocer formaciones políticas, la historia del pueblo *tenochca* desde su vida nómada, el régimen tributario y el derecho en casi todas sus ramas, que fue confirmado a través de las versiones orales recogidas por frailes y conquistadores.

IX

LA COLONIA Y EL VIRREINATO EN AMÉRICA

49. El contacto de civilizaciones y culturas sin anteriores noticias recíprocas no tuvo sin embargo un efecto catalizador, porque unos derrotaron y conquistaron a los otros sin dejarles evolucionar como si lo hicieron en Europa las corrientes invasoras, muy especialmente en España y en diversos periodos.

En Iberoamérica en particular, la mucha o poca cultura y también civilización, según el punto de vista de los investigadores, que tenían los aborígenes, fue materialmente desplazada y se dejaron pocos rastros de su consistencia que fueron recogidos en ese siglo XVI.

Pero la base o la infraestructura como también se denomina a los tres factores ya conocidos: la tenencia de la tierra, el trabajo humano y el comercio, se dieron en esta parte del mundo que, a diferencia de los pueblos asiáticos, ninguna noticia se tenía en Europa antes de 1492.

Hay, a no dudar, aportaciones indígenas a la cultura hispánica en América y también riqueza proveniente de los recursos naturales, pero influencia de organización, estructura y cultura no es creíble. Ante todo se careció de dos elementos necesarios para los tres aspectos mencionados y fueron la rueda y animales de tracción. Por tanto la tenencia de la tierra significaba más una servidumbre o arraigo que una posesión. Se usaba de la coa para cavar la tierra, del *huicltli* o pala para removerla, de hachas de piedra o de cobre para cortar árboles y maleza y las demás faenas quedaban encomendadas al hombre ayudado por mujeres y niños.

El trabajo quedaba distribuido en las faenas agrícolas, el acarreo de los materiales y las labores domésticas dentro de las que se incluyeron las artesanías.

Por lo que respecta al comercio, una amplia red de *pochtecas* recorría el territorio, no sólo el que se ha formado por el habla de la lengua general, sino regiones más apartadas y de otro tipo de organizaciones, puesto que los *pochtecas* eran también informadores del ejército.

Pero si las carencias de instrumentos, la corta edad de la organización dominante a la llegada de los españoles que era la azteca en Mesoamérica y la profunda desigualdad de las clases sociales, no permitieron por ejemplo, una resistencia adecuada pese a lo numeroso de la población conquistada frente a sus escasos conquistadores, la cultura indígena se encontraba en vías de desarrollo indiscutible.

Sin hierro y sin acero se labró la piedra, se usaron hachuelas e instrumentos de cobre fino. Con plumas, con algodón y fibras vegetales se trabajaban telas y realizaban obras de arte. Faltó el martillo pero con golpe de piedra realizaron

platos y fuentes y fundieron el oro y la plata para elaborar joyas con piedras preciosas que trabajaban no con buril sino con cierta arena para cincelar y labrar el jaspe.

Una cultura que se dedicó a la industria, a la minería y a las artes, que supo labrar navajas de una piedra más reluciente que el jaspe con las que rapaban el cabello, que utilizaba gomas de los árboles y pintaba al temple y sobre papeles sacados de los árboles, relataban su historia y sus batallas en los *texamtl*, que hacían ollas, tinajas y escudillas pintadas, y vasos de los árboles *xicalli* y *tecomatl*, que tejían mantas gruesas y delgadas de algodón y pelo de conejo entretejidos, esteras y petates de palma, curtían cueros de venado y otros animales, hacían sandalias de cáñamo y maguey o alpargatas de algodón y cáñamo pintados.

Humboldt recogió las tradiciones, costumbres y artes de los indígenas de México y del Perú y mencionó las minas hechas en las barrancas y en las galerías comunicadas y ventiladas entre sí. Y Cortés mencionó el gran mercado de Tenochtitlán, el Códice Mendocino informa de los tributos pagados en oro al imperio azteca y J. Kohler redactó su Derecho de los Aztecas sobre la base de comentarios, historias y relaciones hechos por indígenas en códices y portespañoles en sus escritos.

La organización política más estudiada y mencionada es la azteca, tribu de los nahoas asentada en Mesoamérica y venida de algún lugar ignorado que desde luego no fue asiático. Comenzadas las peregrinaciones con los chichimecas por el año 50 a.c. su culminación cultural corresponde a los toltecas que iniciaron su migración por 583 asentándose en Tula hasta 1116 en que fuera destruida. Los aztecas fundaron Tenochtitlán hacia 1325 y hacia 1502 gobernaba Moctezuma, muerto durante la conquista española.

Aunque unidos en idioma, religión y aun costumbres, los pueblos dominados por los aztecas formaron un mosaico paralelo al propio de los aztecas en su misma Tenochtitlán. Al lado de las poesías de Nezahualcōyōtl y el incipiente arte dramático, con una escritura que había superado los quipos sin pasar del jeroglífico pero próxima a hacerlo por su forma de escritura silábica, pues el paso a la escritura fonética de sílabas se efectuaba quitando al jeroglífico alguna parte y reduciéndolo a su raíz. Con un calendario de dieciocho meses de veinte días y una adición de cinco días inútiles llamados *nemontemi*, años que se agrupaban en ciclos de cincuenta y dos al final de los cuales se creía en la destrucción del mundo y la aparición del fuego nuevo.

50. Las fuentes aztecas y acolhuas similares en sus derechos y culturas son principalmente tradicionales. Sobresalen veinte leyes de Nezahualcōyōtl gobernante de Texcoco de 1431 a 1472, las cuales se encuentran en la *relación* de Ixtlixōchitl y en la colección de Veytia de dieciocho leyes, lo que ha dado un total de treinta y dos de las ochenta leyes que se dice provienen de Nezahualcōyōtl.

Los fragmentos del llamado Libro de Oto son traducción del siglo XVI hecha por indígenas con una compilación privada de leyes y otra auténtica tomada de

un libro de pinturas según lo aseveró su traductor Andrés de Alcobiz en 1543; y finalmente el Libro de los Tributos conservado en el Códice Mendocino que se dice fue mandado formar por el Virrey Mendoza para conocer las contribuciones de los indígenas y que en su reseña establece el mapa de la conquista azteca.

El derecho indígena no sobrevivió a la conquista, de manera que la población del continente fue absorbida por el sistema jurídico romanista, que junto con el angloamericano, el chino y el islámico se han considerado los grandes sistemas jurídicos del mundo.

Pero el principio de alternatividad que funciona *a priori* no dejó de presentarse en el derecho azteca. El principio explica la posibilidad de variantes en la solución de una problemática dada, pero no impone una en especial y deja a las situaciones de hecho la toma de posición.

Situación de hecho o circunstancias entre los aztecas fueron las condiciones ecológicas —un asentamiento en un terreno aún lacustre con pequeños islotes para labrar—, las tecnológicas —una agricultura de masas por necesidad del trabajo humano directo—, políticas —un gobierno absoluto por razones de tradición, de defensa guerrera primero y luego de formación de ejércitos de conquista con férrea disciplina—, religiosas —un mando sacerdotal combinado después con el militar y el administrativo— y económicas —una necesaria división en clases que desde el cacique, la nobleza, los sacerdotes, los guerreros, los comerciantes, los representantes de los *calpulli* o barrios, a los agricultores, sus auxiliares, servidumbre y esclavos, formaron capas diversificadoras en todos los sentidos y muy especialmente en la cultura.

Al conocer y hablar del derecho azteca es conveniente tener en cuenta ese principio de alternatividad y esa situación de hecho. Los tres pueblos de Anáhuac: Texcoco (acolhuas), Atzcapotzalco (tecapotecas) y México (aztecas), unidos en una alianza desigual.²

51. Para entender el hecho de un pueblo que asentado en pequeños islotes en un vaso lacustre llegó a conquistar, no sólo a sus vecinos sino a las otras organizaciones de otomíes, matlatzincas, tepecacas, huastecos, cuetlaxtlatécs, chucxas, tlapanecas, cuicatecas, chatinos, huaves, chiapanecas, y xococonochcas entre otros³, es menester considerar la tenencia de la tierra sobre todo.

Se ha confirmado que las clases sociales se distinguían entre el cacique

² Atzcapotzalco, pueblo originalmente dominante de los otomíes y vencido por ellos, conservó una simbólica participación en las conquistas; Texcoco optó por la pacífica actividad cultural y legislativa, en tanto que Tenochtitlán o México se dedicaron a la guerra y la conquista de treinta pueblos.

³ De Texcoco eran Tlaxcalpan y Tlahuicas, pero había otros dominios: de Tlaxcala —además de Cortés y principal factor de la derrota azteca— los otomíes de Ixcaco, el dominio tarasco comprendía Zacatullan, Pochutla, Izcapa y Panlla, Cuicatlāncan Mazatepec, Axochitlán y Atoyac. Los zapotecas dominaban a los chontales, a los mexas y los huaves que en parte tributaban a los aztecas. Independientes eran pero también salvajes: los amosgos, zoques, triquis y chinantecas; en el norte los chichimecas, los zacatecas, huastecas, xiximes, acocxcs, tepelhuanes, simaloas, ahitas, seris, piricúes, tarahumaras, guachichiles, huicholes, coras, irritila, tobosos, boratós, janambres, apaches, etc., de composición étnográfica similar a las poblaciones del sur y con una ignorancia social y política relevante, en parte sedentarios y en parte nómadas.

llamado rey por los españoles, la casa real, los sacerdotes, los guerreros y las gentes del pueblo, pero al absorber a otros de lengua y costumbre diversas se originó una nobleza de las clases reconocidas que se originaba en el nacimiento y la familia, así como la riqueza individual y la propiedad.

Las tribus se habían subdividido la tierra, con un señor en pequeñas porciones y una escala de subordinaciones o independencias provenientes de la guerra. Las tribus quedaron sujetas a tribuciones por razón de vencimiento y entre ellas se contaron armas, municiones y soldados, dejando a los señores naturales y al pueblo usos y costumbres.

Las tierras, trabajadas en común, producían rentas para los gobernantes, para premiar a los guerreros y mantener a la nobleza y a los sacerdotes. Los pueblos se dividían en barrios o *calpulli* a cuyo cargo estaba la explotación y defensa de la tierra, impidiendo el acceso a ellas aun a los vecinos. Las familias poseedoras de la tierra las usufructuaban y heredaban sin poder enajenarlas ni disponer de ellas. Los poseedores pagaban un tributo al cacique o *tlatoani* y prestaban servicios personales. El tributo era de maíz —planta originaria o importada de América—, chile, frijoles y algodón producidos por tierras señaladas en que los señores tenían inclusive esclavos que las guardaban.

Aunque la agricultura se reservaba a los plebeyos, mercaderes y artesanos tenían que cultivar la tierra o eran expulsados del *calpulli*, pasando a vivir bajo la dependencia de otros como cargadores o *tamemes*.

52. Toda esta organización, cuya complejidad ha dado lugar a estudios más extensos y especializados, tuvo la misma necesidad del derecho que cualquiera otra en diverso continente.

La estructura competencial y procedimental apareció en casi todos los pueblos que en este mapa podrían calificarse de civilizados, pues los nómadas y salvajes no podrían ser comprendidos en tales formatos. Se conocía la carrera judicial según información del código Mendocino, foja 68 en que se lee: “Y las cuatro figuras intituladas de tectli que están a las espaldas de los alcaldes son principales mancebos que asysten con los alcaldes en sus advenencias para yndustriarse en las cosas de la judicatura y para después suceder en los oficios de alcaldes”.

Se conoció la doble instancia por lo que había apelación ante la Sala del Consejo de Moctezuma, y hubo asesoría en los asuntos ante éste por dos caciques ancianos. Se practicó la inmediatez aun en las causas ante el *Cihuacóatl*, de cuyas decisiones no cabía recurso y que debía dictarlas personalmente y no por medio de tenientes ni sustitutos.

Se supo de colegiación para casos necesarios y con sede permanente y se dice que todos los jueces o magistrados asistían por la mañana y la tarde con sus insignias puestas, concurriendo a las salas que había en el palacio real llamadas *Tlalzontecoyan* o lugar de sentencias.

Se mencionan agentes ejecutores y pregoneros, y se cuenta que había plazos perentorios, aquéllos en los que no se permitía la dilación y que solían durar ochenta días.

De lo que se conserva y de las narraciones se infiere que el derecho indígena funcionaba con toda eficacia, que había respeto por los señores y por la potestad civil y criminal, que existía una adecuada distribución de los pleitos por su importancia, que el oficio judicial contaba con los auxiliares necesarios: pregoneros, archivistas, ejecutores, alguaciles, pintores de jeroglíficos y demás. Estos auxiliares se encargaban de los cometidos y procedimientos tales como las notificaciones, el levantamiento de actas y las ejecuciones. La selección de los jueces era practicada otorgando los respectivos honores y el pago de sus servicios con mantenimientos especiales y prerrogativas a las que correspondían como contrapeso severas medidas disciplinarias y duras penas a las infracciones. Si algún juez recibía dádivas o presentes y por ello se inclinaba a favor de alguna parte o cometía falta ligera, como embriagarse, los superiores lo reprendían hasta por tres veces, y si a la tercera admonición no se enmendaba, le trasquilaban el cabello, lo que entre los mexicanos era tenido por afrenta e ignominia, privándolo después del oficio. En la prevaricación se condenaba a muerte.

Se conoció la solución técnica de separar la instrucción de la causa de su decisión, afirmándose que después de que cada caso hubiera sido escrito y averiguado, se remitiría a la superioridad, donde se veían asuntos de los nobles, y al lado de estos mecanismos se aplica la justicia delegada, de manera que los pregoneros y los ejecutores gozaban de alta estima por considerárseles representantes reales.

Había una organización territorial con reuniones en pleno. Se daba importancia al juramento por la diosa de la tierra que era la verdad, y cosa notable, las mismas pretensiones procesales estaban identificadas, pues había en cada sala donde despachaban los jueces una especie de escribano o pintor de jeroglíficos, que hacía las veces de secretario e iba asentando lo que en la sala se hacía, pintando a los litigantes, sus quejas, los testigos y cosas de que se trataba, lo alegado y la sentencia dictada.

Por ese levantamiento de actas se sabe de la diversificación de las causas que llegaban al mismo contencioso-administrativo, pues algunas pinturas contienen quejas contra las autoridades, y posteriormente contra los encomendaderos, y se encuentran agregadas a los anteriores.

Se conocieron jueces pedáneos y ancianos que actuaban como diputados de los pueblos. Hubo patrocinio por conducto de los *tepanatlatoani* y representación en los *tlanemiliani*. Esto mismo se practicó en los procesos penales, pero la defensa se limitó a delitos graves.

No es seguro que se haya afinado la profesión de abogado, aunque los historiadores la mencionan. En cambio la valoración de los medios de confirmación estuvo a la altura de otros sistemas europeos, pues los rendidos eran racionales en lo general, buscándose conocer lo realizado a través de testimonios, confesiones e indicios, sin mengua de las ordalias de las que se encuentran vestigios por ser muy utilizadas la adivinación y los augurios, desempeñando importante papel los presagios.

Dicen los comentadores que no se permitía la dilación, ni más apelaciones que

las comunes, durando los pleitos ochenta días, que era el plazo de la consulta general. Dictada la sentencia con valor de caso juzgado no se volvía sobre el problema, aunque sería exagerado pensar que así quedarían resueltas todas las complejidades, pues es discutible que los vocablos *tlamelahuacachinalixtil*, de *lamelahua*: pasarse de largo, ir derecho, vía recta, significasen lo justo, y *Tlama-clualiztil*: enderezar lo torcido, aludiera a hacer justicia y se pudieran comparar con las nociones romanas del *suum cuique tribuere*, *nemine laedere*, *honeste vivere*.

De todas maneras el sistema dejó la impresión de una severidad rayana en la crueldad, de procedimientos rápidos y ausentes de tecnicismo con defensas limitadas, un gran arbitrio judicial y crudelísimas penas. Pero cuando el derecho español vino a sustituir al azteca en materia penal, las costumbres se relajaron y se extendieron los vicios, que antes estaban reprimidos por penas que imponían el terror.

53. A partir de la concepción monárquica de la organización política azteca, alrededor del *tlatoqui* o *tlatoani* (el orador) encontraba una organización de consejeros, los grandes o dignatarios del reino, con el ministro de la guerra: *tlacochcācatl*, de justicia de cultos y de hacienda⁴.

No había una ley constitucional ni una protección de los derechos del pueblo en especial de los *macehual-li*⁵. Era el rey quien dictaba las leyes como en los pueblos mesopotámicos, en especial en las materias penales y tributarias debiendo contribuir tanto los campesinos como los artesanos y los comerciantes, estando exenta la nobleza.

Si se habla de las contribuciones especiales como las que pagaban los que llevaban efectos al mercado, hay que concluir en su autonomía personal.

Aparte del derecho sacerdotal y del nobiliario que tenían regímenes de excepción o especiales para sus componentes, las relaciones jurídicas sustantivas se daban entre los hombres libres, los *macehual-li* que eran en primer lugar agricultores y luego los comerciantes, estos últimos alcanzaban la posición por nacimiento o por autorización del príncipe. Los artesanos y los mercaderes, *pochteca* formaban gremios con sus sobrestantes, pagaban tributos con los productos de sus industrias y los artesanos con servicio personal.

A la cabeza de los comerciantes estaba el *pochtecatlailotlac*, y había comerciantes al por mayor y al menudeo. El grado de maestro se alcanzaba por el aprendizaje y nadie podía ejercer un oficio antes de haber sido examinado y aprobado públicamente.

Los comerciantes enriquecidos solían contraer matrimonio con las hijas de los nobles y los crímenes contra los comerciantes en el territorio extranjero eran frecuentes motivos de guerra, y debe recordarse que los comerciantes operaban también como espías que reconocían los países preparando su conquista.

⁴ En Tlaxcala había cuatro reyes y uno tenía el mando supremo de la guerra.

⁵ Llegó a suceder que entraban en las ciudades comisarios reales que forzaban a la gente pobre a emprender migraciones colonizadoras.

Como los prisioneros de guerra eran sacrificados, las fuentes de la esclavitud eran las deudas y las penas, y a su lado aparecía la venta de los hijos por miseria o para castigarlos. Pero el esclavo podía tener fortuna y familia, podía obtener su libertad dando un sustituto y el hijo de esclavo era libre: todo hombre nacía libre. *Ixcōatl*, nacido de esclava, llegó a *tattooani* o rey según los españoles.

54. Tenencia de la tierra y comercio han sido en la historia universal fuentes del derecho y muy en particular del derecho procesal. Pero se ha hablado del trabajo entre los aztecas y para ponderar el nivel económico y jurídico es pertinente revisar el estado de estas cuestiones en la Europa y sobre todo en la España de la conquista.

También para el viejo continente se ha clasificado el trabajo en agrícola, industrial y doméstico, y también se le ha dividido en el prestado en forma autónoma y el regido de manera heterónoma —limitaciones, condiciones, restricciones, prohibiciones, modalidades y sanciones impuestas a la libre contratación—.

Arrendatarios, enfiteutas y jornaleros libres constituían la población laboral castellana de la época de los Reyes Católicos. Antiguos siervos, yuberos, mozo de labranza que lleva un par de bueyes o mulas, y otros vinculados habían sido protegidos por la Corona para evitar su trabajo forzoso convirtiéndose en agricultores libres; pero no debe olvidarse que en ciertas regiones como en Cataluña la desvinculación de los *payeses de remensa* no se efectúa sino hasta finales del siglo XVII.

Pero la libertad personal no es autonomía laboral. La contratación tenía restricciones que limitaban la posibilidad y transformaban la libertad en normas policiales convirtiéndola en forzosa por la imposición coactiva del trabajo. Hay normas de las Cortes de Toro de 1369 que aluden al número de peones que pueden alquilarse cada día para labores del campo que son signo del ausentismo que se combatirá por siglos —Cortes de Toledo de 1559 regulando el número de lacayos por la escasez de peones del campo, medidas restrictivas que recogen la Nueva y la Novísima Recopilación para el servicio doméstico—. En cuanto a las normas policiales las hay que obligan a los villanos y de oficio y ocupación desconocida a trabajar en el campo, y así manda Alfonso X que ningún peón ande baldío, *que lo hagan labrar por la fuerza* y que si no lo quieren tomar por la soldada que los prendan.⁶ La regla se repite con algunas variantes con Pedro I⁷ y Enrique II que sólo excusa la incapacidad, la vejez y la minoridad de doce años⁸ y se complementa con la obligación de presentarse diariamente al amanecer en las plazas de los pueblos, lo cual se incorpora en la Nueva y en la Novísima Recopilación y se completa con un registro de los sin oficio en la época de Felipe III.⁹

⁶ Cortes de Sevilla. 1268.

⁷ Cortes de Valladolid 1351.

⁸ Cortes de Toro, 1369.

⁹ Nueva, libro VII, tit. XI, ley II, Novísima, ley I, tit. XXVI, libro VIII, Cortes de Madrid 1603.

Las restricciones para contratar se han calificado de ocasionales y leves, pero no deben olvidarse la situación de esclavitud ni el trabajo forzoso o prestación personal de los no esclavos.

55. La situación laboral en términos de alternatividad no estuvo tan desproporcionada entre el sistema indígena y el europeo, lo que faltaba al primero era ese marco geográfico de la cercanía entre los burgos y el campo, esa vialidad proveniente del empleo de la carreta tirada por animales que no existían en el nuevo Continente, esa facilidad de la rueda que había mecanizado las tareas. Pero las relaciones jurídicas se dieron en tantas o mayor número de variantes y por ello la transitividad de lo sustantivo a lo procesal también apareció.

La graduación de los tribunales europeos se presentó en los aztecas, y si en el viejo Continente hubo el tribunal de feria que atraía mercaderes de muchos países para arreglar sus litigios, lo que naturalmente convenía a los respectivos reyes no sólo porque así imponían sus leyes sino porque aumentaban su comercio, y hubo tribunales especiales de marina que en el siglo XI se conocían como *Cinque Ports*¹⁰ que condujeron a la formación de leyes mercantiles por obra de los funcionarios portuarios, antecedentes del almirantazgo inglés, también entre los aztecas hubo el juez de mercado, lugares que para evitar sospechas eran los únicos destinados al comercio.

Según la clase de mercancía se ubicaban los jueces y no sólo en México, sino en Tlaxcala, Tlatelolco, Azcapotzalco, etc. El tráfico se hacía por permuta y por compra. La moneda era el cacao, mantas pequeñas o *cuachtli*, planchuelas de cobre en forma de T, pedazos de estaño o polvo de oro guardado en tubos o cañones de pluma. Para cantidades grandes el cacao se entregaba en sacos de veinticuatro mil granos. Las mercancías tenían precios fijados por los vigilantes y el comercio exterior se hacía por los *pochtecas* que viajaban en caravanas expuestos a todos los peligros, por lo que solían adoptar el vestido y el idioma del pueblo que visitaban. También había posadas en que se vendían manjares y bebidas.

Se realizaban préstamos pero sin intereses y los comerciantes depositaban sus mercancías con los parientes y amigos. Se conocía la comisión, de manera que los comerciantes establecidos, *pochtecatlatoque*, y las mujeres que ejercían el comercio, entregaban sus mercancías para su venta a las caravanas que salían. Se practicaba el arrendamiento y no sólo el pacto de vasallaje. Cuando un *calpul-tli* arrendaba parte de su terreno a un colindante, había arrendamiento con forma de aparcería. Y había el contrato de trabajo alquilándose la gente para un servicio como el de transportar los cadáveres de los sacrificados, cargadores por paga y portadores para conducir la mercancía.

56. El contacto de dos culturas inconexas por muchas razones, pero además violento como propio de una obra de conquista, produjo un imbricamiento de

instituciones entre las que sobresalieron las organizaciones de la administración de justicia.

La máxima feudal del siglo X, vigente sobre todo en Inglaterra, que todo hombre debía tener un señor, respondía en primer lugar a la finalidad de una expedita labor de las cortes feudales, pero la idea predominante fue la del señorío que se trasladó con los conquistadores, que una vez repartidos el oro y la plata que hallaron en el imperio azteca, considerando que eran unas tierras pobres, tendieron a dejar la parte central de México, rica en indígenas, tal vez de doce a veinticinco millones entre las costas y altiplano central y meridional, pero no en oro.

La alta población de la zona era la base de un ligero margen de superproducción que la fuerza física y la energía de un campesinado sin rueda ni animales de tiro, permitía sostener una jerarquía paralela a ese señorío feudal. El trabajo personal producía la riqueza y el poder por la obtención de tributos cuyo catastro permitió al conquistador continuar con el sistema, apropiándose simplemente de una tierra que comprendía el derecho a hacer trabajar al campesino.

Antes y después de la conquista el excedente de las cosechas era entregado a los caciques locales, a los templos y a las jerarquías militares y políticas. El tributo comprendía grandes cantidades de maíz, frijol y telas, así como artículos de lujo, escudos decorados con plumas, penachos, oro y ámbar, como aparece en la lista de Borah y Cook, *Aboriginal Population*.

Esa producción que no podía satisfacer al conquistador condujo a la búsqueda de metales preciosos y demás productos de valor comercial.

El distico *nulle terre sans seigneur* se tradujo en las encomiendas. No todos los españoles eran encomenderos. Donde las condiciones eran malas, con una geografía difícil dividiendo al país en pequeños fragmentos y con indígenas organizados en pequeñas unidades políticas renuentes al control, los gobernadores de México y del Perú otorgaban muchas encomiendas pequeñas.

La encomienda era una merced real, dada como recompensa por servicios meritorios de las armas, era un derecho de disfrutar de los tributos indígenas dentro de ciertos límites, con el deber de protegerlos y velar por su bienestar espiritual. No se estaba ante una concesión de tierras y la Corona no solía tomar parte activa, particularmente durante los primeros años después de las conquistas. Pero las encomiendas iban más allá de lo fiscal y comprendían el derecho de beneficiarse de los indígenas para empresas mineras o agrícolas.

En la práctica se otorgaban por consideraciones sociales y políticas y pasando sobre tecnicismos, los encomenderos hicieron de sus posesiones la base de grandes patrimonios. Hay pues una mezcla de dominio feudal y de hacienda o patrimonio rural del siglo XVII y demás.

Conviene tener presente que las tierras llamadas virreinos o provincias siguieron en un principio los límites de los imperios, el azteca en México, el inca en Perú, conquistado desde la América Central luego de advertir que las riquezas metálicas de los primeros se habían agotado en el primer reparto. Por eso fue que la provincia de Lima abarcó una tercera parte del Perú actual con menos

¹⁰ Dover, Hastings, Hythe, Romney y Sandwich.

encomiendas y encomenderos que la ciudad de Panamá incomparablemente menos extensa y rica y a cuyo ejemplo se crearon las pequeñas encomiendas de Puerto Viejo y Guayaquil y las más grandes de Cuzco y Lima, pero en Chile los indomables indígenas condujeron a un número desproporcionado de encomiendas. Así pues, en un conjunto como el gran Perú que comprendía Ecuador, Perú y Bolivia no hubo más de quinientos encomenderos de los dos mil españoles en la época de la gran rebelión indígena del 1546, de ahí que el resto de españoles fueran los miembros de una red de empleados que servían y administraban un laberinto de empresas en las que lo determinante era la tierra y la población encomendada.

Encomenderos, empleados españoles y vasallos indígenas fueron la pirámide social que lentamente condujo al mestizaje de toda índole, porque moros, berberes y negros pasaron a América a la sombra de sus amos y como esclavos, aunque su condición se pareciera más a la de los siervos según las Leyes de Partidas. El propio Cortés celebró poco antes de su muerte, el 11 de mayo de 1542 un contrato para navegar quinientos negros con destino a las haciendas del marquesado a setenta y seis ducados cada uno, y Francisco de Montejo como Pedro de Alvarado utilizaron esclavos negros en sus conquistas, el primero de Yucatán y el segundo que llevaba doscientos en su expedición que comenzó por Guatemala y terminó en el Perú.

Esa riqueza humana, esa fuente inagotable de obra de mano y la singular manera de tenencia de la tierra productiva que los españoles convirtieron a denominaciones castellanas, fueron la base de una nueva estructura jurídico-social.

Si el fundo legal fue en el inicio la superficie de trescientas varas por lado a partir de la plaza mayor o central y destinada para construir las casas habitación, el ejido fue la tierra de uso común situada hacia las afueras de las poblaciones y para atender sus necesidades elementales como leña para los hogares, pasto para sus animales y después del cuadrado de legua por lado la propiedad privada.

El problema de la creación de centros de población no fue siquiera el de proporcionar habitaciones a los indígenas y conquistadores, ni el de acercar los pueblos a las tierras de labor, sino la finalidad que se mira en lo dispuesto por Carlos V en Cigales el 21 de marzo de 1551 y reproducido por Felipe II en la Ley I, título III, libro VI de la Recopilación de Indias, quienes pretextando interponer los medios más convenientes para que los indios fueran instruidos en la fe y el Evangelio, se resolvió en el Consejo "que los indios fuesen reducidos a pueblos, y no viviesen divididos y separados por las tierras y los montes, privándose de todo beneficio espiritual y temporal", por lo que se mandó a los Virreyes, Presidentes y Gobernadores "que con mucha templanza y moderación ejecutaran la reducción, población y doctrina de los indios con tanta suavidad y blandura, que sin causar inconvenientes, diese motivo a lo que no se pudiese poblar luego, que siendo el buen tratamiento y amparo a los reducidos, acudiesen a ofrecerse de su voluntad", y se mandó que no pagasen más imposiciones de lo que estaba ordenado.

No podría entenderse el nuevo régimen de tenencia de la tierra, de relaciones de trabajo ni de comercio¹¹ sin descifrar el contrasentido de esas disposiciones sobre fundación de pueblos y las encomiendas. En el fondo se pretendía evitar la fuga de nativos y su tendencia a remontarse para evitar la explotación, sólo *reducidos* a los pueblos se tendría la obra de mano necesaria.

Pues bien, esos reyes que habrían de gobernar España y sus posesiones europeas, Iberoamérica y las Filipinas durante trescientos años, llevaron sus esquemas judiciales y los aplicaron a las variantes de los países conquistados junto con los otros ramos de gobierno, organización militar, y real hacienda. De ahí que sus órganos de competencia jurisdiccional comenzaran por una separación tradicional en tribunales ordinarios, especiales o de fuero.

Los primeros, los ordinarios se escalonaron en locales, superiores y supremo o de primera instancia: alcaldías ordinarias, alcaldías mayores, subdelegaciones, corregimientos, gobernaciones, intendencias y juzgados de provincia. En la alzada aparecieron las reales audiencias y como tribunal supremo el Real y Supremo Consejo de Indias. Las reales audiencias fueron en México doce, para llegar hasta catorce hacia el final del virreinato, colegiadas y competentes para conocer en primera o segunda instancia según los casos.

La historia del derecho colonial es la sucesión de cédulas, pragmáticas y sus recopilaciones, a partir de las mismas capitulaciones de los conquistadores. Después de las dadas por Cortés al desembarcar el 21 de abril de 1519 y fundar la Villa Rica de la Vera Cruz, primera de las poblaciones creadas en tierra firme.

De inmediato vinieron de España ordenanzas particulares como los privilegios otorgados por el rey a los colonos de la capital en 1522 relativos a materias tributarias, pero también se preveía la fundación de dos pueblos conforme a las capitulaciones, y a ellas debenañadirse las instrucciones del propio Cortés, como las enviadas a su lugarteniente Trujillo en 1525 para el establecimiento de una ciudad siguiendo el trazado de las colonias romanas en la Península.

Con exclusión del derecho de Aragón fue el de Castilla el núcleo jurídico fundamental, si bien la realidad, con su práctica casuística y compleja se encargó de plantear nuevas cuestiones, cuya solución no estaba en otros ámbitos que en el dar fórmulas distintas o modificar las existentes. Y esto fue lo acontecido con las instrucciones a los descubridores, conquistadores y pobladores.

Por un lapso de aproximadamente medio siglo, las normas indianas vagaron sueltas y medio olvidadas en los organismos rectores. Aún hoyes difícil conocer todas y no es insólito que se encuentren disposiciones ignoradas en los archivos de España o de América, en las actas de los cabildos o en las correspondencias oficiales y particulares.

¹¹ Los conquistadores tomaron para sí el de ultramar y el de establecimientos importantes pues los mercaderes provenían por lo general de las mismas regiones de España que los niveles inferiores de la clase profesional: en el Caribe cuatro grupos diferentes habían dominado el comercio, todos arraigados en Sevilla: los italianos y los mercaderes de Burgos que representaban a Castilla la vieja, los vascos y los andaluces. A la conquista de México y Perú, ya no había italianos y los vascos abandonaban sus operaciones, el último fue Domingo de Sotomayor, natural de Vergara y uno de los trece que se quedaron con Pizarro en la isla del Gallo.

No era sino natural que surgieran peticiones y gestiones para recopilar, recordar o dar a conocer providencias ignoradas por los mismos tribunales llamados a cumplirlas. La corriente ordenadora tiene un primer ejemplo en la real cédula dada en Madrid el 3 de octubre de 1533 encargando a la Audiencia de Nueva España la búsqueda y recogida de todas las ordenanzas, provisiones y cédulas despachadas para estas tierras. Pero se trata apenas de un eslabón de una cadena cuyo origen inmediato puede estar en la Ordenanza de 1530 que manda que el presidente de la audiencia tenga el libro de acuerdos en que se asienten los votos que él y los oidores dieren en los pleitos que determinaren en causas de cincuenta mil maravedís o más, y jure el presidente tenerlo secreto. Así se explica que en 1533 se mande a la Audiencia de México recoger y huscar ordenanzas y demás noimas para su traslado.

57. Si es verdad que no existe una sino varias historias para uno y el mismo núcleo humano asentado en determinado territorio, entonces resulta explicable que el derecho colonial se descomponga en: a) derecho de los conquistadores, b) derecho de sus descendientes, c) derecho de los conquistados, d) derecho de los mestizos y e) derecho de los esclavos.

Ante todo es conveniente recordar que no corren parejas las ideas de país y de nacionalidad, mientras el primero fue y es comprensivo de lo que se encuentra en un territorio, dentro de él y mezclándose con una autonomía de particulares que sólo la nota de gobernanza aglutina, la idea de nacionalidad no figura en la historia sino hasta 1835 en el diccionario de la academia francesa. Antes, la nación se confundía con la persona monarca y hasta 1789 era el vínculo de fidelidad y adhesión al soberano. La nacionalidad de los siglos XIX y XX es una lenta obra de la democracia con dos aspectos: el político y el jurídico, en el primer sentido se demarcan las fronteras de los Estados, sin que impoten diferencias de razas, de lenguas, de costumbres o de pasados comunes y aun de ideas y culturas. Así, frente a unidades sociales como los Estados alemanes o italianos, surgen las unidades políticas iberoamericanas. La nacionalidad se unifica a través del derecho, cuando las legislaciones especiales de cada Estado, por el solo hecho de existir e independientemente de toda razón de origen o legitimidad estatuyen en la materia.

Es el derecho, entonces, el que operando en el ámbito político da unidad a lo que en su interior es heterogéneo. Durante la colonia los vínculos políticos que condujeron a la unidad en la persona del monarca incluyeron no sólo la América española con una población aproximada de quince millones de habitantes, distribuidos entre los Virreinos de Nueva España, del Perú, Nueva Granada, Capitanía General de la Habana, de La Plata, de Caracas, de Quito, Nueva Valencia, Nueva Barcelona, Panamá y tantas más gobernaciones en el vasto subcontinente, sino las posesiones en África y también en Europa¹².

¹². No menos de dos virreyes de la Nueva España pasaron a sede de Sicilia: Diego López Pacheco Cabrera y Bobadilla en 1642 y Francisco Fernández de la Cueva en 1660, pero también hubo otros que

Por lo mismo, la historia jurídica de los núcleos gobernados no puede ser la misma que la historia política del imperio colonial. Lo confirman dos datos inobjetables: la aparición de una legislación propia de los territorios de ultramar. La Recopilación de Los Reynos de las Indias, y la creación de tribunales especiales y de indios.

La Recopilación ha sido calificada de cuerpo de leyes de varias procedencias que se distingue de una codificación por no ser una composición original y *ad hoc*, con redacción propia y un pensamiento central correspondiente a una rama del derecho. Es, pues, una colección de piezas legislativas que fueron surgiendo a lo largo de la dominación central, de ahí la variedad de ideologías y de fechas que abrazan tres siglos. También la Real Academia Española le califica de recopilación porque la mayoría de sus piezas son partes separadas o reducciones más o menos breves de leyes que en su origen tuvieron otro desarrollo aunque esto tenga algunas excepciones.

Dividida en nueve libros repartidos en cuatro volúmenes que se subdividen en títulos y éstos en leyes, al final tiene cuadro de remisiones y hasta notas de disposiciones complementarias de última hora. Cada ley tiene un sumario o rúbrica, la fecha y el texto. La rúbrica es una síntesis y la fecha contiene referencia al origen y si son varios, la relación es extensa y cronológica con numerosos defectos en las datas.

Lo importante es que los recopiladores se valieron de los registros cedulares, de oficios y partes del Supremo Tribunal. Son leyes dictadas por el rey y el Consejo de Indias para el Nuevo Mundo y ello explica que quedaran fuera las antiguas leyes y buenas costumbres de los indígenas americanos, que sin embargo se tuvo la idea de conservar en cuanto no contrariaren los principios de la religión cristiana y las leyes reales.

58. La Recopilación nació anaerónica porque no recogió todo el derecho vigente y en cambio incluyó preceptos anticuados o en desuso. Sin embargo estableció el orden de prelación de sus fuentes, lo que hizo en la ley 2 del título I del libro II, mandando que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviera decidido ni declarado lo que debía proveerse, por las leyes de esta Recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias y las que

pasaron al Perú: Martín Enríquez de Almansa en 1583, Luis de Velasco I en 1595, Gaspar de Zúñiga y Acevedo en 1603, Juan de Mendoza y Luna en 1667, Diego Fernández de Córdoba en 1621, García Sarmiento de Sotomayor en 1648, Luis Enríquez de Guzmán en 1653, Melchor Portocarrero Lasso de la Vega en 1688 y para verificar el dominio absoluto y unificador de la voluntad real, aparecen otros virreyes renovados como el propio y punto que fuera Hernán Cortés sometido a juicio de residencia en 1526, Álvaro Manrique de Zúñiga en 1590, Diego Carrillo de Mendoza y Pimentel en 1621 quienes tajantemente se distinguen de Juan Ruiz de Apodaca destituido por los españoles en México en 1821 y de Francisco Novella impuesto por las tropas que destruyeron al anterior Juan O'Donoghú que no llegó a tomar posesión de su cargo; pero también hubo traslados a España como Pedro Moya de Contreras nombrado en 1585 presidente del Consejo de Indias, lo que también sucedió con Luis de Velasco II en 1611, y aconteció que Payo Enríquez de Rivera no aceptara tal cargo en 1681, lo que sí hizo Baltazar de Zúñiga y Guzmán en 1722 y en fin, otros vinieron del propio continente, como Manuel Antonio Flores que lo hizo en 1789 de Nueva Granada y Juan Vicente de Güemes Padilla que era natural de la Habana.

luego se despacharen, se guardaren las leyes del Reino de Castilla, conforme a las leyes de Toro, tanto en la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como en la forma y orden de sustanciar.

Este derecho en lo tocante al ámbito indiano se dividía en territorial particular o municipal y común o general como el español. La Recopilación de Carlos II tuvo cinco ediciones oficiales y auténticas, la primera es de la época del citado monarca, la segunda en tiempos de Fernando VI, la tercera de Carlos III, la cuarta con Carlos IV y la quinta con Isabel III. Hubo además dos particulares llevadas a cabo, una por la Biblioteca Judicial y otra patrocinada por el Instituto de Cultura Hispánica. En 1943 el Consejo de la Hispanidad reimprimió la cuarta edición, hecha por orden del Real y Supremo Consejo de las Indias en el año de 1791, que resultó de tres tomos con un índice general y uno especial al principio de cada tomo.

Advertida la circunstancia que se trata de una recopilación y no de un cuerpo de leyes referente a una rama jurídica, es natural que la materia procesal se encuentre dispersa en no menos de ochenta y un títulos de los nueve libros.

Desde luego fue también natural que después de promulgada la Recopilación se continuara con la tarea legislativa haciendo reformas e innovaciones al sistema establecido. Como resultado de la lucha de poderes entre el secular y el eclesiástico y por influencia de la escuela regalista se emitió la cédula en virtud de la cual se condicionaron los fueros de la Santa Inquisición, mandándose no proceder a la ejecución de sus sentencias sin previo consentimiento de los Virreyes, se fijaron competencias y se excluyeron algunos delitos como el de bigamia, y la célebre Real Orden de 27 de febrero de 1767 decretó la expulsión de los jesuitas.

La legislación indiana compuesta en la península con una ideología, una terminología y una finalidad castellanas tuvo un esquema igual para las colonias: un dispositivo central castellano integrado por el rey y sus secretarios y el Consejo de Indias, un dispositivo central novohispano constituido por el virrey y la Audiencia, un dispositivo provincial y distrital formado por los gobernadores y los corregidores, de indios como lo mencionó Humboldt desde su primer viaje continental por Venezuela, y los alcaldes mayores, y un dispositivo local compuesto por los cabildos y sus oficiales.

Considerada como derivación de la potestad real, la administración de justicia tuvo lineamientos del derecho romano-canónico, adoptados por el sistema castellano y las mismas costumbres, constantemente vaciadas en las leyes regionales desde la codificación de Eurico.

La función judicial estuvo dispersa en no menos de treinta tribunales especiales, a saber: El Consejo real y junta de guerra de Indias, tribunales eclesiásticos, de la Inquisición, de la santa cruzada, de la real y pontificia Universidad, del consulado de México, del protomedicato, juzgado de bienes de difuntos, alcaldes de mesta, jueces de la grana, de penas de cámara, conservadores de mayorazgos, de la casa de moneda, militar, de gallos, de juego de pelota, de las pesquerías de perlas, del marquesado del Valle de Oaxaca, fundado por Cortés, de la santa

hermandad y tribunal de la acordada, de la alhóndiga, de correos, de loterías, de aguas y milpas, de la real hacienda, de cuentas y de intendentes del ejército y provincias de la Nueva España y el de minería.¹⁹

Como una necesaria consecuencia de esa composición desigual de grupos étnicos, culturales o económicos, se crearon en la época colonial los juzgados de indios, de bienes y comunidades de indios, y de libertad de los indios, algunos compuestos por los propios interesados y los otros por españoles como era natural para determinar la condición de sus vencidos.

Tan compleja organización debió conducir a una variedad de procedimientos diametralmente opuestos en ocasiones, de manera que frente al formalismo de las Audiencias como tribunales regionales superiores, estaba la intermediación de jueces locales y los Consejos como tribunales administrativos, en cuanto conocían a petición de parte de resoluciones gubernativas inclusive de los virreyes, quienes también emitían fallos sobre asuntos civiles y criminales, y sobre todo la oralidad de las Audiencias de provincia que enjuiciaban en plena calle, como expresan las dos primeras leyes del título 19, libro II, amén de los señorios de rasgos feudales como los condados de Moctezuma y Tula para castas.

59. De manera paralela a como opera el principio de alternatividad en el derecho, en la sucesión histórica se advierte una variedad contemporánea que da lugar a la regla del desarrollo asimétrico de la composición social.

Este nuevo principio, pero ahora significativo de la situación social de los grupos humanos aglutinados por el poder central dominante: el rey en la Colonia, o el gobierno de la época independiente cualquiera que sea su calidad —oligarquía, aristocracia, plutocracia, democracia, socialismo, dictadura, etc.—, explica las diferencias y aun los contrastes de cultura, educación, civilización, progreso, organización, posición económica, tecnológica y demás.

En el caso de la América hispánica la inicial diferencia étnica estableció sendos órdenes jurídicos, no porque se respetaran o acogieran los sistemas jurídicos indígenas que ya no tuvieron vigencia, al menos frente al derecho real, sino porque una misma fuente: la Recopilación, separó lo europeo de lo nativo y por ello los movimientos insurgentes, no producidos por la población indígena sino por la criolla acompañada en un segundo plano por la mestiza, conservó la legislación española y del sector indígena no subsistió sino lo inventado durante el virreinato.

Bastará para confirmar lo anterior revisar los decretos dados por los congresos constituyentes de los nuevos Estados que como en México, dejaron vigentes las disposiciones coloniales en lo que no se opusieron a la nueva estructura, inclusive la organización judicial, convirtiendo las Audiencias en tribunales superiores y en Cortes supremas a la manera norteamericana.

¹⁹. Fundado por un mexicano Joaquín Velázquez Cárdenas y León, dedicado a las áreas astronómicas y geodésicas, nacido en 1732 cerca del pueblo indio de Tizcapán, autodidacta, matemático y políglota, abogado, catedrático de la Universidad de México y primer director general del tribunal de minería con los honores de alcalde de corte.

Y en cuanto a figuras creadas por los españoles en el Nuevo Continente, baste pensar en las comunidades agrarias que no tenían, ni el sentido indígena de los *calpul-li* ni la forma europea de los ejidos —que también subsistieron como los fundos legales, aunque deformados por su constante desconocimiento de quienes avanzaban sus propiedades particulares hasta las salidas de los pueblos—, sino algo incomprensible y desconocido como la propiedad comunal o de común repartimiento que ha quedado, al menos en México, como una colectividad asentada en un predio rústico sin posibilidad de convertirse en propiedad privada.

Es verdad que la propincuidad, la cercanía de etnias condujo a una forma de simbiosis en la que por lo general y por razones de hecho social, los miembros de los grupos indígenas o de negros llegaron a través del mestizaje a tomar contacto con los estratos superiores económica y técnicamente, pero grandes núcleos de no reducidos continuaron en su situación seminómada o simplemente de estancamiento general.

60. El sistema procesal positivo de la Colonia, tempranamente calificada de Virreinato, subsistió a la independencia de la América hispánica y por muchos años se conservaron los esquemas orgánicos y procedimentales.

Las excolonias alcanzaron su nueva situación de autonomía política en la medida, en el momento y en las circunstancias que las ideologías combinadas de la independencia Norteamericana, la Revolución francesa y el constitucionalismo español alentaron al criollismo vernáculo para despegar amarras, unas veces capitaneados por la casa reinante en la metrópoli como sucedió en 1807 al huir a Brasil la casa de los Braganza; y otras deseando e intentando que así fuera como sucedió en México desde el punto 5 de la Constitución de Apatzingán de 1814 al establecer que la soberanía dimana inmediatamente del pueblo, reside en la persona del señor Don Fernando VII y su ejercicio en el Supremo Consejo Nacional Americano.

El oleaje de la invasión Francesa a la península ibérica produjo una reacción hispanoamericana, de manera que a partir de 1808, fecha de la abdicación de Fernando VII y la insurrección del pueblo español, surgen los movimientos revolucionarios de 1809 en La Paz y Quito, la conspiración de Valladolid en México, los movimientos de 1810 en Caracas, Bogotá y Santiago de Chile, el triunfo de los insurgentes en Buenos Aires, la liberación del Alto Perú por Belgrano, la proclamación en 1811 de la independencia de Venezuela. En 1812, al expedirse la Constitución liberal de Cádiz, Bolívar inicia su campaña liberadora y Belgrano lleva a cabo su segunda campaña en el Alto Perú, Nueva Granada o Colombia y Paraguay se declaran independientes, en 1816 Argentina declara su independencia y en 1817 San Martín comienza la liberación de Chile que concluye en 1818,¹⁴ y coincidiendo con el levantamiento liberal en España en 1819 Ecuador se declara independiente y San Martín penetra en el Perú, cuya independencia en 1821 coincide con la guerra de independencia griega y con la indepen-

dencia de México y de Santo Domingo, en 1822 se independiza Brasil y Pedro I es reconocido como su emperador, para 1828 y coincidiendo con la guerra ruso-turca, se entabla la peruano-boliviana y el Uruguay se independiza.

Este período de transición violenta no deja de tener influencia en las variaciones procesales. Las codificaciones napoleónicas de principios del siglo XIX trascendieron al continente europeo y al americano, sin que la embestida de Friedrich Karl von Savigny desde 1814 considerandocríticamente desde el código civil francés de 1804 a la compilación prusiana y al código austriaco, hubiera podido detener el creciente movimiento codificador de los países del *civil law*.

61. Si las coordenadas orgánicas no se movieron de inmediato y las autoridades de la colonia continuaron con los escasos cambios que imponían las independencias particulares, en cambio la codificación llegó inclusive a adelantarse a España.

Bolivia se adelantó y el 6 de noviembre de 1832, el Congreso en Chuquisaca expidió el llamado Código de Santa Cruz, nombre del Ministro del Interior que en noviembre del mismo año y vigésimo segundo de su independencia, mandó a todas las autoridades que lo cumplieran y que lo hicieran cumplir.

El Código se compuso de cuatro libros, el primero con seis títulos destinados a: los juicios y personas que intervienen esencialmente en ellos; los que ayudan a los litigantes y concurren accesoriamente a los juicios; los remedios que concede la ley para obtener y defender los derechos; las partes principales de que se componen los juicios; de los terceros opositores, y del desistimiento y de la deserción de los juicios.

El libro segundo tuvo siete títulos, a saber: de los jueces y de sus facultades; del juicio verbal de divorcio; del juicio ordinario y sus trámites; del juicio ejecutivo; del concurso de acreedores; de los juicios sumarios de posesión, y de otros varios procedimientos, por eso el libro se denominó de la administración de justicia en lo civil, juicios verbales y escritos.

La justificación de lo anterior aparecía en el libro tercero que fue rubricado como de la administración de justicia en lo criminal, con cuatro títulos: de los juicios criminales y personas que intervienen en ellos; de la custodia de los reos; de asegurar la libertad; de las partes principales del juicio criminal, y de la sustanciación de los juicios criminales.

El libro cuarto con cuatro títulos se destinó a la segunda y tercera instancias, comenzando con los tribunales y su organización; de los recursos ordinarios; de los recursos extraordinarios, y de las responsabilidades.

Primero en tiempo, este código muestra frente a la legislación colonial una superior elección de alternativas. Incluye en un solo cuerpo legal la parte orgánica y la procesal, y dentro de ésta contempla los juicios civiles y los criminales. Al revisar su título sobre los que llama recursos extraordinarios se toma conocimiento de datos que debieran ser materia de importante reflexión. Se comienza con la nulidad —desaparecida, por ejemplo en los códigos mexicanos—, se recoge la tradicional figura del recurso de fuerza, señal de los vínculos con la

¹⁴. En 1814 ya O'Higgins había intentado la independencia de ese país.

Iglesia, se regulan las recusaciones y las competencias, tema que todavía hoy no se deslinda entre recursos y remedios.

X LA CODIFICACION

62. En los albores del siglo XIX la influencia napoleónica condujo a la sistematización de los cuerpos legislativos en un código indistintamente denominado de procedimiento o procedimientos, ordenanza procesal o ley de enjuiciamiento.

El nombre, aunque otra cosa se haya creído y aún convertido en motivo de polémica, no es determinante, por lo menos no tanto como el hecho mismo de conjuntar en un volumen la normatividad relativa a la idea fundamental, a ese sentido teórico de cualquiera ley.

A diferencia de los códigos de procedimientos penal y civil francés, el código de proceder de Santa-Cruz presentó una totalidad que se extendió a lo civil diciendo que es juicio en ese campo "aquél en que se trata únicamente del interés" y "criminal el que tiene por objeto la imposición de la pena en que ha incurrido el reo", al tenor del artículo 20; pero en el 12 se agregaba que "jueces son los que por pública autoridad están puestos para conocer de los pleitos y decidirlos, como el juez de letras y los demás de los juzgados especiales".

Y aunque el artículo 21 indicaba que "la jurisdicción no se puede delegar", en el 45 se establecía que "los jueces árbitros se llaman así porque su nombramiento y su ejercicio dependen solo de la voluntad o arbitrio de las partes. En la República no se conocen más jueces árbitros que los arbitradores o amigables componedores". Y todavía el 47 añadía que "A ningún boliviano se puede privar del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, en orden a los derechos de que pueden libremente disponer".

Es natural que el código boliviano fuera anterior al alemán puesto que esta República vino a formarse años después en 1870 y de ahí que la Ordenanza Procesal Civil fuera de 1877 y en vigor el 10. de octubre de 1879; y también es comprensible que para el imperio austrohúngaro se emitiera la ordenanza de 1898 y para el proceso civil, la considerada como la mejor ley conocida hasta el presente, y que fuera regulado por la ordenanza de 1895. Francia en cambio, ofrece el primer código promulgado el 24 de abril de 1806 para lo civil, pues para lo penal hay que retroceder a 1805.

En Italia se hace referencia a un primer código de 25 de junio de 1865, reformado en 1945 según proyecto en el que intervinieron los más renombrados juristas: Carnelutti, Calamandrei y Redenti, debiendo recordarse a José Chiovenda como uno de los inspiradores.

La *Judicature act* de 1873 de Inglaterra se modificó en 1925 y en 1934 y ha venido sufriendo adecuaciones y complementaciones posteriores que diferencian al *common law* británico del propio norteamericano, no sólo en la organización

de sus tribunales, suspendidos de la Constitución los últimos, sino su misma técnica procedimental, asentada la primera en la *trial* por jurados y la segunda en el *pre-trial* y el *discovery* que permiten la tramitación ante un juez después de una minuciosa y larga preparación de los abogados.

Además, ya en los Estados Unidos de Norteamérica se presenta la novedad del doble orden jurídico: feder al y estatal o provincial que han tomado numerosos Estados modernos, aunque se dan variantes tan singulares como el caso de Brasil con un solo código de procedimiento en tanto Argentina o México tienen varios: locales y federales.

Hay que anotar que este movimiento mundial codificador, que no puede confundirse con el unificador nacional o internacional también aparecidos hacia el final del siglo XIX, ya fuera porque como en México la República federal siguió la idea central para volver definitivamente a la primera desde 1857, o porque como en el cono sur del continente, se celebrara un primer congreso de derecho internacional privado en 1889 en Montevideo, que dio lugar a un tratado especial; lo importante es que salvo excepciones históricas de la mayor trascendencia, la codificación procesal tendió a la separación.

En realidad pocos ejemplos unitarios se conocen en el siglo pasado y por el contrario puede decirse que la codificación francesa puso el ejemplo clasificatorio, de manera que por un lado se atendió al procedimiento civil, por otro el penal, hubo legislación para el aspecto orgánico y en los demás campos fueron apareciendo los códigos contencioso-administrativos, leyes como la del amparo mexicano, la legislación procesal laboral y hasta la familiar, la concursal y la inquilinaria.

Al igual que el Código de procederes de Santa-Cruz., también en México pero en 1880 se expidió el Código de Procedimientos del Estado de Puebla simultáneamente a su Ley Orgánica del Poder Judicial.

El llamado Código Béistegui fue más amplio y concuatro libros. El primero se denominó de las disposiciones comunes y relativas a la jurisdicción civil, contenciosa, a la voluntaria y a la penal dividido en trece títulos, a saber: De la jurisdicción. De la competencia de los tribunales, jueces y jurados. De las inhibiciones por excusa o recusación. De los asesores. De los subalternos y auxiliares de las autoridades judiciales. De los litigantes, acusadores, procesados, defensores, abogados y apoderados. De las *acciones*. De las excepciones y defensas. De las *pruebas*. De los acuerdos, providencias, autos, sentencias, veredictos, proveidos y mandamientos judiciales. De las subastas y de las adjudicaciones. De los emplazamientos, citaciones, notificaciones, traslados y requerimientos. Disposiciones varias: actuaciones, actas, juntas, exhortos y despachos, escritos e informes, computación de los *términos*, entrega de *autos*, despacho de los *negocios*, fianzas y cauciones judiciales y de la restitución.

El libro segundo denominado de la jurisdicción civil contenciosa tuvo dieciocho títulos que fueron: Disposiciones comunes. De la conciliación. De los actos prejudiciales. De la sustanciación de los juicios comunes. Del juicio ejecutivo. De la sustanciación de varios juicios especiales. De las tercerías. Del juicio

universal de acreedores, comprensivo de la quiebra, cesión de bienes, concurso necesario e hipotecario. De la apertura del juicio universal de acreedores. Del juicio universal de testamentaria y del abintestato. De los arbitrajes. De las rebeldías. De los recursos de nulidad y revisión, en los *negocios* civiles. De las apelaciones. De las casaciones civiles. Del procedimiento administrativo. De la vía de apremio. De los ejecutores. De las costas.

El libro tercero se destinó a la *jurisdicción* voluntaria con once títulos como sigue: Disposiciones generales. De los alimentos provisionales. De la declaración de estado. De las tutelas y curatelas. De la venta de bienes de personas sujetas a ajena administración y de la transacción sobre sus derechos. De la emancipación. De los procedimientos judiciales para suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores para contraer matrimonio. De los depósitos de personas. De las informaciones para obtener dispensa de ley. De las informaciones de buena conducta para el ejercicio de las profesionales. De las informaciones para perpetua memoria.

El libro cuarto se destinó a la jurisdicción penal con tres títulos nominados y uno final que aludieron: a las Disposiciones generales. A la sustanciación de los procesos. Los recursos de los juicios criminales y las disposiciones varias: complementarias, penales y transitorias.

Fueron estas manifestaciones singulares y sólo aparecidas eventualmente en el siglo XX por ejemplo en Suecia, alguna vez en Cuba o Panamá, pero por lo general observadas apenas a título de curiosidad.

Sin embargo son leyes que se adelantaron, a veces en muchos años y otras en más de un siglo a esa tendencia doctrinaria que se ha calificado del procesalismo científico, puesto que va en pos de la teoría general del derecho procesal. Contra esta tendencia universitaria apenas anunciada en los programas escolares, pero difícilmente concretada en las enseñanzas y menos en las legislaciones, se levantaron también corrientes adversas y muy extendidas hoy en día.

XI LA DOCTRINA

63. Si la legislación, ya sea escrita o consuetudinaria; construida a través de usos, costumbres o jurisprudencia y aún por precedentes o *stare decisis*, tiene el sentido del imperio propio de las normas vigentes, la doctrina carece del mismo, inclusive cuando se manifiesta como simple proyecto de código.

Y así como esa doctrina ha atendido a la clasificación de las leyes procesales, también lo ha hecho de sí misma. La primaria y más espontánea clasificación toma como punto de apoyo la época o conexión cronológica. Sobre todo existe una tendencia a vincular la doctrina con la legislación, casi siempre procedente porque resulta inusitado y verdaderamente excepcional que se adelante a la emisión del derecho positivo.

Un punto de vista diferente es el de los autores que implícitamente hacen concordar épocas legislativas y doctrina generalmente exegética. Se parte entonces de los períodos primitivos y la tendencia expositiva con el período histórico correspondiente y se finaliza con un criterio de valor que hace hablar de modernismo, corriente actual, escuela científica y demás calificaciones de jerarquía.

Ya sea que la doctrina glose, explique o haga exégesis de su ley vigente, la primera conclusión es que carece de fundamento teórico introducir calificativos de valor y otorgar el supremo a los coetáneos. La doctrina pudo hacer teoría, si no de la totalidad del derecho procesal, al menos de algún capítulo que consideró determinante para el mejor funcionamiento de los tribunales y la mayor justeza de los fallos.

Porque la doctrina puede adoptar también una posición alternativa, o se dirige a la ley de su momento, o se eleva por sobre las expresiones y va hacia lo que también se ha concebido como ideal.

No es adecuado suponer que los doctrinarios más antiguos o que han dejado su huella en primer lugar, son menos técnicos, ni menos teóricos que aquellos que les siguieron. Si se observa la sociedad en que les tocó vivir se advertirá que en todos los casos fueron comunidades de una cultura cristalizada y plena de reflexiones lógicas y filosóficas.

Gayo o Aulio Gelio que se mencionan en primer lugar, vivieron en época de plena cultura, edades en que las escuelas más renombradas de filosofía, metafísica, estética y sobre todo ética, habían dado sus mejores frutos. Los sofistas griegos y los estoicos llegados a Roma no podrían calificarse de ingenuos aunque sus técnicas epistemológicas todavía no alcanzaran la vía inductiva del Renacimiento.

64. Pero la doctrina es susceptible de aglutinarse y da lugar a lo que se denomina la escuela, que es la conjunción de exposiciones teóricas que se unifican en la coincidencia de sentido, en la unidad de tratamiento de los temas, y sobre todo en la concordancia terminológica.

Casos hay en que los países y las regiones continentales ofrecen una pléyada de estudiosos y sin embargo se carece de escuela, porque la multiplicidad del mismo que hacer, como podría verse en la publicación de varios trabajos que intentaren explicar una novedad legislativa, no sería síntoma de creación teórica.

Para cortar de entrada una posible conexión entre cultura y escuela procesal, conviene tener presente que así como en Iberoamérica se duda de la formación de una corriente doctrinaria propia, también se dice otro tanto de países como Holanda, Austria, Bélgica, Suiza y Portugal, lugares en los que la aparición de renombrados tratadistas no condujo a la escuela, ni local ni regional.

Hay zonas de obvia fecundidad como Argentina, Uruguay y Brasil, o Venezuela, Colombia y Ecuador, pero sus exponentes no han logrado esa unidad de tratamiento que finalmente sirve a la vivencia misma del derecho positivo, sea en su formación o en su interpretación.

Algo más, el apego al fenómeno circunstante tiende a reducir la visión hacia lo inmediato aunque sea contingente. La mayoría de los estudios está en revistas y en monografías que, siendo útiles resultan efímeras publicaciones.

La unidad doctrinaria ha de comenzar por el sistema, por la conexidad de conceptos que cubran el total temático, y seguirá por la confrontación empírica de los tratados generales. La razón de ello está en la interrelación de las nociones, de manera que la predicación de cualquier extremo trasciende al resto, al total de la rama.

La doctrina ha de ocuparse de la teoría y revisar la experiencia, pero en lo primero ha de haber un sentido universal *a priori*, pues con frecuencia la legislación positiva no pasa de responder a la técnica, a la invariación o combinación de soluciones, de reglas específicas que tendrán mejores resultados en la medida en que esa invariación se produzca.

Los estudiosos, los doctrinarios que ponen su atención en las leyes del momento y del espacio cercado por una *empresa* de gobierno, es decir de un Estado determinado, pueden tener la estima general de sus lectores porque les explican el juego de preceptos, la *técnica* conveniente para *operar* con la ley ante los tribunales y con éxito.

Pero esa función de la doctrina es de vista corta, y cuando los éxitos concretados tiempo espacialmente hacen presumir el alcance de una teoría, resulta una exposición discutible por insuficiencia.

65. Doctrina es un vocablo que significa la opinión de uno o varios autores sobre un campo del conocimiento humano, de manera que en esta reducida connotación abarca todas las expresiones del estudio.

Entre los sumerios, ya se ha comentado, fue tradicional que el gobernante y al mismo tiempo autor, así fuera por ser el titular de la voluntad política que ponía

en vigor las leyes, enumerara a manera de exposición de motivos su tendencia jurídica y su obra realizada.

El fundador de la III Dinastía de Ur, Urnammu que nació entre 2112 a 2019 a.c. considerado el primer legislador de la humanidad, expidió un código recuperado en las excavaciones norteamericanas realizadas en 1899-1900 y 1945 en Nipur, hoy Nifur. En este cuerpo legal, y dentro de lo legible en la tablilla de arcilla muy deteriorada, se han descifrado sus ocho columnas de cuarenta y cinco líneas cada una, con un prólogo que aunque incompleto muestra el intento estabilizador del gobernante desde supuestos teocráticos que pretenden justificar su acceso al poder¹⁵.

Sigue el texto legal sólo legible en veinticuatro leyes, ninguna de las cuales alude a la llamada Ley del Talió, y se supone concluía con un epílogo, puesto que esta fue la costumbre en las sucesivas leyes como se ve en la de Lipit-Ishtar (1934-1924 a.c.) también de Nipur, y en el código de Hammurabi (1972-1750 a.c.), leyes que vinieron a sancionar la jurisprudencia anterior.

Si la doctrina es la opinión autorizada por sabia o por lógica, esas explicaciones de los legisladores sumerios, como aquellas suscritas por el emperador César Flavio Justiniano y en realidad atribuidas a su cuestor Triboniano con quien colaboraron Teófilo, Doroteo, Teodoro, Isidoro, Anatolio, Taleleo, Cratino y Salaminio, o las que prologan del muy noble rey don Alfonso IX de este nombre sobre la compilación de las Siete Partidas;¹⁶ las explicaciones de Eduardo J. Couture y su Proyecto de Código de Procedimiento Civil presentadas como resumen de las líneas directivas del Proyecto porque la "Exposición de Motivos, por las razones que en ella se explican, tiene una extensión mucho mayor de la acostumbrada"; o la *relazione* ministerial firmada por Dino Grandi pero seguramente proveniente de Piero Calamandrei y que sirve de Exposición de Motivos al código italiano de procedimientos civiles promulgado el 28 de octubre de 1940 y en vigor desde el 21 de abril de 1942 que reemplazó al *Codice di procedura civile* de 1865 y al que se apegara la mayor parte de la doctrina clásica; o por último la Exposición de motivos del nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano del 24 de febrero de 1943 suscrita por el Procurador General de la República, José Aguilar y Maya, pero efectivamente preparada por Adolfo Maldonado, autor también del código del Estado de Guanajuato de primero de abril de 1934; todas estas exposiciones, explicaciones y presentaciones son doctrina.

La doctrina, como se ve en la mayor parte de los casos citados, puede llegar a ser la línea conductora del cuerpo normativo correspondiente, puede limitarse a ser un verdadero tratado de la materia sin alcanzar la influencia del anterior porque el proyecto jamás llegará a ser ley, y puede desprenderse del código y tener vida propia.

¹⁵. Urnammu se había independizado de su rey Urukengal convirtiéndose de gobernador militar en Ur en rey de la ciudad.

¹⁶. Ya se ha explicado que se trataba de Alfonso X llamado también como en este caso Alfonso IX en la edición de Gregorio López que según sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1860, tiene a su favor la sanción del largo tiempo que rige hoy la jurisprudencia establecida.

De otra parte la doctrina puede surgir en pluralidad de escritos, comentarios, ensayos, exégesis o tratamientos autónomos y objetivos, de manera que esa variedad puede presentar o tener la apariencia de una ocupación coordinada de los estudiosos.

Si la atención se centra en la naturaleza del proceso o en su diferencia frente al procedimiento, la multiplicidad de análisis lleva a la doctrina a un plano superior, de mayor autoridad, de multiplicidad de alternativas teóricas que dan más valor al quehacer académico.

Si a lo largo de la historia los doctrinarios se han ocupado de los plazos dentro del juicio, los han clasificado y concentrado, si han señalado preferencias y razones para ello, así tengan distinta nacionalidad los estudiosos y por más que no sean contemporáneos, el tema es ya una o algunas teorías de entre las cuales el aprendiz, el postulante y el legislador pueden elegir la adecuada a sus fines.

Se diría que hay un paso hacia adelante entre el simple doctrinario y la teoría, porque sin que ésta logre despersonalizarse por completo como puede acontecer en las ciencias físicas o naturales, hay un consenso transmisible a otras generaciones, por lo menos hasta que nuevos doctrinarios examinan y justifican el abandono del primer punto de vista o de las primeras conclusiones.

Si el tema de los plazos se complementa con el estudio del fenómeno de la comunicación en el proceso, y se avanza hacia el análisis del espacio para distinguir entre la sede del juzgado y el lugar del juicio, y a todo esto se agrega el tratamiento de las formas del procedimiento, para concluir con los capítulos de la validez y la nulidad de los actos, de los trámites, del proceso y aun del pronunciamiento, entonces la actividad primeramente doctrinaria, en seguida teórica, llega a los niveles de lo que se llama una escuela de derecho procesal.

66. Para las individualidades no hay demérito y por el contrario puede que haya mayor mérito en trabajar aisladas, sin ese cordón umbilical de la escuela que tiene por oriente al maestro o guía doctrinario.

La escuela tiene la ventaja de lo recíproco o de lo meramente sinalagmático del caminar en el mismo sentido, del explorar por zonas, de hacerlo con profundidad y madurez en cada sector; pero no debe ocultarse la posibilidad de una merma de la capacidad, así sea por espíritu de grupo, por respeto al pionero o al aglutinador o mantenedor de la idea.

De cualquiera manera, hay tres aspectos que deben distinguirse en lo tocante a la doctrina. Su influencia en la formación de leyes, en la jurisprudencia y en la práctica. Su carácter relativo en cada tópico. Y su contribución al conocimiento o formación de la ciencia jurídica.

En una primera y larga etapa caracterizada por el legislador doctrinario o el doctrinario legislador, las obras se confunden o traslapan. No sólo Urnammu, también Nezahucóyotl, considerado el rey poeta texcocano que gobernó entre 1431 a 1472 a.c. uno de los tres pueblos nahoas aliados, dejó en sus ochenta leyes conocidas, las directrices que en su Libro de Oro también aparecen como normas. Esta combinación llega a Grecia y Roma y culmina con Justiniano, si-

guiendo después el cauce abierto en el delta de la Edad Media con todos los prólogos del derecho feudal y muy singularmente con la obra jurídica, económica, religiosa y social de Mahoma, pues si el libro de preceptos y leyes dados a los árabes como jefe supremo de la religión y como soberano tiene una nota irrepetible, es cabalmente su doctrina expuesta inclusive en los últimos capítulos que constituyen aclaraciones o abrogaciones de los primeros.¹⁷

Las variantes histórico-territoriales explican la amplia gama de manifestaciones, de manera que la doctrina llega a ser la ley en los jurisconsultos de Roma. Desde las Doce Tablas aparecidas alrededor del año 450 a.c., al siglo V d.c., las relaciones jurídicas fueron rigiéndose por decretos, senadocunsultos, *sentencias* y fórmulas pretorianas y al lado de todo esto las respuestas de los prudentes que fueron doctrina y norma que, como expresa Justiniano en el párrafo 6 del Proemio, “a veces la opinión sola del de menos fama puede ser más acertada que la de muchos juntos aunque sean más célebres”. De ahí que en el Digesto se diera preferencia a las opiniones de Ulpiano y Paulo, a Marciano y Papiniano, sin descuidar otros como Gayo, Pomponio y cuantos encabezan cada párrafo, cuyas discusiones y decisiones fueron coleccionadas en estas Pandectas, siendo la segunda parte, dividida en siete libros, la destinada a los juicios.

Dado que según informe de Triboniano, se revisaron más de dos mil libros y tres millones de párrafos, es de concluir que los 164 párrafos o leyes que forman los tres títulos, muestran la doctrina romana sobre el derecho procesal, con los autores ya mencionados que inspiran otras leyes de la misma obra: Gayo, Ulpiano, Paulo, eventualmente Javoleno, Modestino, Papiniano, Hermogeniano, Juliano, Africano, Neracio y Scevola.

Esta fusión de doctrina-legislación propia del derecho romano, se aparta alternativamente de la manifestación historia-doctrina en la que a la manera de Aulo Gelio en *Las Noches Aticas* escrita entre 125 y 175 d.c. se da cuenta de opiniones sobre problemas difíciles y se cita a Teofrasto y Cicerón, Antonio Juliano y Demóstenes, de la enseñanza pitagórica, de Labeón y Varrón, de Papirio Prætextato, De Gabio Baso y de Solón, de Catón, de Mucio y de Hipócrates, de Servio Sulpicio, de Platón y de Africano, de Sabino y de Mucio Scevola, de los Graco y de Plinio Segundo, en fin, de Dracón y de la ley de las Doce Tablas.

Paralela fue la historia-doctrina en la Edad Media del siglo XIII cuando Philippe de Beaumanoir escribiera *Les Coutumes de Beauvaisis* para justificar y defender las fórmulas y principios legales de Felipe III. Beaumanoir fue uno de los muchos compiladores de las costumbres de los señorios feudales, procurando que no tuvieran solución de continuidad, que abarcaran varios feudos y en su ausencia la predominante en el *pays du droit coutumier*, el norte de Francia, sin adherirse totalmente a los textos romanos, cuyos ecos resuenan en los análisis de

¹⁷. El orden dado por Abudecar fue en cierta medida caprichosa pues no se respetó el criterio de la cronología y se hizo una curiosa ubicación por extensiones, de tal manera que el capítulo que Alí lee a la asamblea del pueblo después de la toma de la Meca y último que Mahoma publicara, figura con el número nueve y los versículos revelados con que debiera comenzar el Korán van al principio del capítulo noventa y seis.

los contratos, el daño civil y el poder real. Fue pues un grupo, una corriente de juristas dedicados a descubrir, estudiar y establecer el derecho regional, y de ahí su actitud relativista manifestada en un contexto explicativo y a veces justificativo de sus tesis.

Este tipo de doctrina varía lateralmente hacia el grupo de doctrina-propedéutica, destinada a aleccionar, a guiar y hasta a preparar a los estudiantes y muchas veces a los legos. El litigante instruido es una denominación amplia que cubre formularios como los edictos del pretor romano o los modernos expendidos a las puertas de los tribunales y oficinas públicas para llevar de la mano a quienes difícilmente saben redactar o que desconocen el formato de la práctica. En el asimétrico desarrollo histórico la propedéutica doctrinaria ha tenido todos los niveles: del meramente estilístico al jurisprudencial y al filosófico.

67. Por su asimétrica o asincrónica aparición y permanencia en el tiempo y en las culturas, las distintas clases de doctrina van correspondiendo, más que a una comunidad o a una época, a ciertos tipos de individualidades.

La doctrina-propedéutica se disemina en una multiplicidad de formas que pueden comenzar por aquella de Lisias considerado como el genuino exponente del estilo ático medio y ejemplo de oradores de la Atenas de los siglos V al IV a.c. Por ser un meteco estaba excluido de la actividad política y los Treinta Tiranos le privaron de su patrimonio, por lo que se dedicó a la profesión de logógrafo y llegó a ser el más famoso de su tiempo, al grado que se afirmó que si Sócrates no hubiera sido tan soberbio para defenderse, habría escapado de la condena a muerte encargando su defensa a Lisias. Su discurso de defensa *Sobre el asesinato de Eratóstenes*, incluido en el *corpus Lysiacum*, aparte su valor artístico y de muestra de la elocuencia llamada epopeya o de la creación de caracteres, por su equilibrada composición, el uso moderado y adecuado de los lugares comunes de la oratoria judicial griega y por su valor documental sobre el adulterio y los delitos de seducción y violación, así como de la vida privada de los atinentes, fue un formato, un ejemplo ejemplar a seguir.

Y como esos documentos, todos aquellos que tuvieron y tienen el destino de regla y medida, gula y pauta, criterio y recomendación, llamados formularios son doctrina-propedéutica.

Propedéuticos fueron los Paratitla, explicaciones a las Instituta, a las Novelas y al Digesto, aunque éste último las prohibiera al decir en el párrafo 21 de su aprobación que “ninguna persona de las existentes ni de las que en lo futuro vivan se atreva a escribir comentarios a estas leyes, permitiéndoles únicamente servirse de traducciones llamadas al pie de la letra, si quisieran verterlas a la lengua griega, o si se propusieran, como es conveniente, redactar alguna obra a manera de los llamados paratitlos, pero sin hacer absolutamente ninguna otra clase de trabajos sobre esta materia, ni dar de nuevo ocasión en las leyes a la disensión, a la controversia y a la confusión; lo cual aconteció con la legislación del Edicto, de tal manera que siendo él muy breve, llegó a adquirir por la diversidad de los muchos comentarios, una extensión prodigiosa...”.

A pesar de todo, estos Paratitla como el de Claudio José Ferrier a los *Títulos del Digesto* fueron francamente introductorios al derecho positivo que significaba la recopilación justinianeas, al grado que de hablar de la ley, los senados consultos y antiguas costumbres, ahondó en las explicaciones estableciendo: **Primero** que no se constituyen sobre casos raros, sino acerca de los frecuentes. **Segundo** que no se dirige a cada persona sino a todas en general. **Tercero** que admiten la interpretación de los juristas con tal que no se aparte de la propia y genuina significación de las palabras, salvo que alguna razón justa lo demande. Lo resuelto en favor de alguno no ha de interpretarse en su daño. **Cuarto** que son cuatro los oficios de la ley, mandar, prohibir, permitir y castigar. **Quinto** que el saber las leyes no consiste en tener en la memoria sus palabras, sino en calar su mente y su disposición. Así pues, tanto viola la ley el que abusa de su sentido, como el que la impugna. Aunque la inteligencia de una ley se puede tomar de su razón, debe tenerse presente que su valor no viene de ella, sino de la autoridad del legislador, y que no siempre se puede dar el fundamento de lo que establecieron los antiguos. **Sexto** que las posteriores derogan las anteriores. **Séptimo** que no obligan al soberano. Puede éste dispensar de su observancia, mudarlas, derogarlas, confirmar los actos mero legítimos o insolemnes y dejar de cumplirlas, aunque sea muy loable que se sujete a ellas, mayormente si son justas y equitativas.

Doctrina-propedéutica fueron los formularios que no dudaron en redactar famosos tratadistas y que siguen preparando profesores y estudiosos, y que son la mercancía de mayor venta en cualquier tiempo, la que más reditúan a sus autores aunque en definitiva de poco sirva al postulante con instrucción y con ingenio. Algunos de estos formularios fueron editados inclusive anónimos y manuscritos, no tanto por incuria o pobreza de sus autores cuanto por la conciencia que tuvieron que no producían obra teórica. Notable y valioso como documento bibliográfico, escrito con fina y elegante caligrafía de fines del siglo XVIII fue el formulario formado por un licenciado Alberto García que comienza con el escrito de demanda y en 260 fojas (frente y vuelta) recorre el juicio civil ordinario, el juicio en rebeldía, el juicio con diferimiento, por asentamiento y con cesión de bienes, con quitas y esperas, de pedimento del deudor cuando sus acreedores no le quieren esperar, procedimiento de arraigo, de la vía ejecutiva, de causación criminal; escrituras públicas en que se hallen obligaciones, poderes, ventas, donaciones, testamentos, obligaciones mancomunadas y codicilos, cláusulas de herederos, albaceas y donaciones, emancipaciones, recibimientos de monjas, inscripciones de feudos, entrega de castillo o fortaleza, orden y forma en que se arma caballero, de patronazgo real de legos, legitimación de hijos, representación de comerciantes, cuentas entre particulares y en fin todo lo relativo al parentesco y aun a los juicios contra alcaldes y corregidores.

68. La propedéutica-doctrinal abarca una variada gama de escritos y de libros, todos con el común denominador de instruir, de enseñar el cómo de la actividad jurídica, principalmente ante los tribunales, aunque no faltan sino que son

destacada muestra las obras notariales y así se denominó el muy famoso, comentado, adaptado y consultado *Librería de escribanos e instrucción jurídica teórico-práctica de Principiantes* de Josef Febrero, natural de la ciudad de Mondoñedo, Escribano Real y del Colegio de esta Corte y Agente de Negocios de los Reales Consejos, impreso en Madrid en 1789.

Su influencia fue tal que en 1834, ya realizada la independencia, se publicó el *Febrero Mexicano* o sea La Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, que refundida, ordenada bajo nuevo método, adicionada con varios Tratados y con el título de *Febrero Novísimo* dio a luz D. Eugenio de Tapia, nuevamente adicionada con otros diversos Tratados, y las disposiciones del Derecho de Indias y del Patrio, por el Lic. Anastasio de la Pascua.

Obras que perduraron en el tiempo, que fueron copiadas o seguidas y a veces continuadas y que no tenían más propósito que iniciar al estudiante en el conocimiento del derecho y que se utilizaron por los abogados para apoyar sus pretensiones, como la *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*.¹⁸

La doctrina-propedéutica tomó también el giro de los diccionarios, desde el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*.¹⁹

Este tratamiento doctrinario-propedéutico de elaboración de diccionarios proliferó en todo el mundo. En los países anglosajones el *Black's Law Dictionary with pronunciations*, cuya publicación más reciente²⁰ reconoce que además de las definiciones de términos jurídicos, puestas al día por los cambios sufridos a través de los años por las decisiones judiciales, ahora se presenta el fenómeno que muchas áreas están regidas por leyes uniformes o modelos como el *Uniform Commercial Code*, el *Restatement of the Law* y la *Federal Rules* (Civil, Criminal, Appellate and Evidence), tal obra es de consulta obligada o por lo menos recomendada por obvias razones para nacionales y extranjeros.

Pero también la obra individual a la manera del *Vocabulario Jurídico* de Henri Capitant,²¹ del *Diccionario Castellano de Palabras Jurídicas y Técnicas tomadas de la Legislación Indiana*,²² los de Eduardo J. Couture,²³ de Guillermo

¹⁸ Su autor D. Francisco Antonio de Elizondo, del Consejo de S.M. y su Fiscal Civil de la Real Cancillería de Granada. Académico Honorario de la Real de Buenas Letras de Sevilla, Socio numerario de la Real Academia de Ciencias Naturales y Artes de Barcelona, y noble de Mérito de la Económica y laboriosa de Lycena, Madrid. MDCCLXXXVI, por la viudedad Ibarra, hijos y compañía. Con Privilegio.

¹⁹ Por Don Joaquín Escriche, magistrado honorario de la Audiencia de Madrid, que fuera corregido notablemente y aumentado con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano por Don Juan B. Guzmán, doctor en ambos derechos y abogado del reino de España; un suplemento que contiene el Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento, las Ordenanzas de Minería, las Ordenanzas de Tierras y Aguas y la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, etc. Va añadido un cuadro sinóptico de los juicios civiles ordinarios y extraordinarios con arreglo a la legislación peruana por el Doctor Antonio Flores, abogado de los tribunales del Perú y miembro de la facultad de filosofía de la Universidad de Lima. París. Librería de Ch. Bouret, México. Librería de Ch. Bouret. 1884.

²⁰ Fifth Edition. St. Paul Minn. 1979.

²¹ Trad. de Aquiles Horacio Guaglianone, Depalma 1961.

²² Por Rafael Altamira y Crevea, México 1951.

²³ Vocabulario Jurídico, con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo, Montevideo 1960.

Cabanellas,²⁴ de Gonzalo Fernández de León,²⁵ de Rafael Bielsa,²⁶ de Santi Romano,²⁷ de A. Quintano Ripollés,²⁸ de Eduardo Pallares,²⁹ de Juan Palomar de Miguel.³⁰

Ya la obra de Ripollés viene con la colaboración de Heilpern, de manera que esta línea corresponde al *Diccionario de Derecho Privado* de Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro,³¹ y asciende al trabajo colectivo, por ejemplo en *Il Digesto Italiano, Enciclopedia Metódica e de Legislazione, doctrina e Giurisprudenza*³² o en la *Enciclopedia Jurídica OMEBA*,³³ y últimamente en el *Diccionario Jurídico Mexicano*.³⁴

Del grupo propedéutico-doctrinario, pero ya no simplemente presentando las nociones en cápsulas o síntesis sino en lecciones, son los estudios como aquel de Félix Colón de Larriátegui, *Juzgados militares de España y sus Indias*³⁵, o aquel más general o interesante de Juan Sala, *El litigante instruido o el derecho puesto al alcance de todos*.³⁶

Sin embargo en la tendencia propedéutica-doctrinal hay que anotar trabajos que señalaron efemérides en la historia de la literatura jurídica y que ahondaron hasta el plano filosófico, como las *Instituciones Oratorias del célebre español M. Fabio Quintiliano*.³⁷

Este verdadero tratado que comienza por analizar la disposición o división ordenada de las cosas y sigue con el estudio de la "elocución, de la claridad, del ornato, de la amplificación, de las sentencias, de los tropos, de las figuras, de las figuras de sentencias, de las figuras de palabras, de la composición" y llega hasta los capítulos "Que ninguno puede ser orador sin ser hombre de bien, Que debe el orador tener conocimiento de filosofía, que es necesario al orador la ciencia del derecho civil, que necesita el orador tener conocimiento de las historias, Quáles han de ser las prendas de un orador, Qué sea el tiempo de comenzar á defender

pleytos, De lo que debe observar el orador en el estudio de las causas, De lo que debe observar el orador en la defensa de los pleytos, Del estilo, y Quáles deben ser las ocupaciones del orador después de haber cesado de tratar causas. Exhortación a la eloquencia"; abre a la teoría del derecho y en particular a la del derecho procesal un nuevo camino.

La propedéutica-doctrinaria, enderezada a la explicación de las leyes dio lugar a una bifurcación en los estudiosos. De un lado se ubicaron los que siguieron las líneas del derecho romano y del otro aquellos que mostraron audacia o renuencia a quedar como apéndices de la ancestral legislación y buscaron un derecho autóctono. Pero debe expresarse que estos últimos salieron ya del grupo propedéutico y entraron al renglón que se estudia adelante.

Por lo pronto, es de señalar que a los Paratitla, a los diccionarios, a las lecciones de oratoria y retórica, siguieron las publicaciones de explicación que, si vinieran del extranjero como siempre, tendrían mayor peso. Así sucedió, por ejemplo, con las *Explicaciones del Jurisconsulto Ever Bronchorst al Título del Digesto, de diversas reglas del derecho antiguo*.³⁸

²⁴. Diccionario de Derecho Usual Bs. As. 1946.

²⁵. Diccionario de Derecho Romano, Bs. As. 1962.

²⁶. Los conceptos jurídicos y su terminología Depalma 1961.

²⁷. Fragmentos de un Diccionario Jurídico, Trad. S. Sentis Malendo y M. Ayerra Redin Bs. As. 1964.

²⁸. Fragmentos de un Diccionario Jurídico, Trad. S. Sentis Malendo y M. Ayerra Redin Bs. As. 1964.

²⁹. *Diccionario de Derecho Comparado* con la colaboración de Johanna Heilpern de Quintano, Alemán-Español, Madrid 1951.

³⁰. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México 1963.

³¹. *Diccionario para juristas*, México 1981.

³². Ed. Labor 1950.

³³. *Diritto Civile, Commerciale, Penale, Giudiziario, Costituzionale, Amministrativo, Internazionale Pubblico e Privato, Ecclesiastico, Militare, Marittimo, Storia del Diritto, Diritto Romano. Legislazione Comparata, Compilato da distinti giuriconsulti italiani*, Torino 1896.

³⁴. Depalma 1954.

³⁵. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México 1982.

³⁶. Madrid 1817.

³⁷. México 1846.

³⁸. Traducida al castellano y anotadas según la edición de Rollin, adoptada comúnmente por las Universidades y Seminarios de la Europa, en obsequio de los que exercitan la eloquencia forense y del púlpito, y de los que están dedicados a la instrucción de la juventud, por el P. de las Escuelas Pías, Madrid 1799.

³⁸. Traducidas al castellano y concordadas con las disposiciones de nuestro derecho por el Licenciado Pedro Ruano, México 1858.

XII

LA CORRIENTE CIENTIFICA

69. Como lo muestran los documentos y expedientes, señaló en fecha reciente Sir Max Williams expresidente de la *Law Society and Member of the Law Commission*, la historia de la revisión y reforma del procedimiento civil en los últimos cien años es deprimente.³⁹

Siglos de experiencia jurídica y específicamente del procedimiento judicial o privado, oficial o autónomo; millares de libros, estudios, tratados, manuales, monografías y ensayos; centenares de Universidades y más de cátedras y profesores; otro tanto de congresos, conferencias, coloquios y reuniones de juristas nacionales y extranjeros; esfuerzos constantes, reiterados, casi sin solución de continuidad de los legisladores para reformar, adecuar las leyes o aun para alcanzar las metas casi ideales del enjuiciamiento en todos sus órdenes; eso y más, efectuado no a nivel de un país sino de todos, no en un momento histórico sino en todos los tiempos; eso y los empeños sincrónicos o asincrónicos de los interesados han sido frustráneos.

A veces la legislación avanza impulsando a la doctrina, en otras ocasiones sucede al revés y, finalmente, el resultado es deprimente, y hasta se llega a pensar si el enjuiciamiento no será un mero arte y la doctrina no más de una técnica si no es que la guía de una táctica.

En el siglo XIX, con independencia de las corrientes de doctrina-historia o de la doctrina-propedéutica y desde luego la doctrina-legislación que no ha cesado de producir exposiciones de motivos más o menos amplias según la dimensión de las modificaciones y aún la pretensión reformadora del legislador, en ese siglo se produjeron estudios que dada la severidad de las investigaciones filosóficas y en particular de las lógicas, se orientaron por la implantación de categorías y géneros con carácter de enunciados demostrables.

Es extraño, meramente una curiosidad y hasta intrigante, que la doctrina, calificada después de científica, surja por los estudios del derecho romano, en particular de la *actio* y luego de las excepciones. Es verdad que el interés por ese derecho se acrecentó de tal manera que también se habló de los pandectistas; pero lo que ahora importa es que un sistema positivo histórico provocara la formación de una doctrina, una corriente que se elevó de la normatividad positiva a la especulación lógico-jurídica y específicamente procesal. Esa inclinación hacia la formación del sistema lógico, exitosa o no, ha sido, sin embargo impotente para

cambiar de raíz lo que ha sido práctica de los pueblos soportada con desesperación popular.

70. Son los estudiosos alemanes quienes pasado el medio siglo inician un tratamiento riguroso, con aspiraciones de sistematización lógica y pretensiones de cambio efectivo del enjuiciamiento en general.

Es probable que Bernhard Windscheid no tuviera el menor propósito de iniciar una polémica en torno a sus concepciones sobre la *actio* romana. Locierto es que ella se produjo cuando Theodor Muther comentó la monografía de aquél, *La actio* del derecho civil romano desde el punto de vista actual,⁴⁰ con su trabajo *Sobre la doctrina de la actio romana*, del derecho de accionar actual, de la *litis contestatio* y de la sucesión singular de las obligaciones.⁴¹ Trabajo que a su vez motivó *La actio*. Réplica al Dr. Theodor Muther,⁴² en que Windscheid contestó a quien estimó era *brusco, desdeñoso y revela franco menosprecio*.⁴³

La tesis de Windscheid, naturalmente limitada a una figura o concepto procesales como es la acción, pero conducente con posterioridad a indagaciones en otros sectores de la rama, se concretó en el criterio que por su lesión, el derecho adquiere la forma de otro derecho, el destinado a que la lesión se subsane, que es el derecho de accionar; pero es un derecho para el que puede solicitarse ahora y de inmediato la asistencia judicial a través de una demanda, que es un requerimiento del titular del derecho lesionado.

La lesión del derecho sustantivo como el de propiedad, no crea derecho de accionar sino de exigir que se subsane la lesión; si a este derecho se le niega satisfacción, se transformará en derecho de accionar. Los romanos hablaban de una *actio in rem* sólo porque se referían con el nombre de juicio a lo que actualmente es derecho, así como hablaban de *actio legis Aquilae* en lugar de derecho al resarcimiento por el daño hecho a una cosa.

Para Windscheid la teoría, obviamente sobre la acción, comenzaba con los supuestos de un derecho y su lesión. Es pertinente anotar que su observación se centraba en los conflictos civiles, pese a lo cual llegó a hablar de un contenido obligacional y de otro distinto como cuando lesionado el derecho real o sobre cosas adquiría una relación personal de derecho crediticio.

Si la *actio* no es el derecho de accionar, pensaba Windscheid, lo será la pretensión, término que vino a introducir dudas y confusiones no concluidas al presente. De cualquiera manera, la *exceptio* entonces vendría a ser, no la defensa contra el derecho, sino la manera de expresar el retiro del reconocimiento jurídico a la pretensión en un caso determinado. Ya Savigny consideraba que la *exceptio* era una invocación del demandado de un derecho autónomo frente al del demandante.

³⁹. Greifswald, junio de 1856.

⁴⁰. Erlangen, 1857.

⁴¹. Düsseldorf, 1857.

⁴². Polémica sobre la *actio*. Bs. As. p. 295.

³⁹. *Arbitratron. The Journal of the Chartered Institute of Arbitration*. Vol. 51 Núm. 2, May. 1985, p. 310.

Si la *actio* era el derecho en la forma que asumía por la lesión, la excepción sería el derecho en la forma que toma al ser usado como medio de defensa, pero Windscheid dudó con Bekker que fuera autónomo.

Con todo, la nomenclatura romana era postulada como conveniente siguiendo la idea de Savigny, que si se quieren individualizar las pretensiones recíprocas esa nomenclatura romana será absolutamente indispensable, porque viene a ser para el sistema del derecho práctico lo que la gramática para el idioma.

Si se reflexiona sobre estos puntos de vista coincidentes con los de Windscheid, se encontrará un íntimo deseo de dar al derecho, a través de la nomenclatura romana, una fijeza formularia que simplificaría los problemas y contrarrestaría el arbitrio antijurídico, la falta de principios y la seguridad en la aplicación del derecho.

Pese a todos los comentarios que se han hecho en torno a esta *polémica*, lo cierto es que ella se forma en otro plano y no en el procesal, se construye sobre la base de una discrepancia de Muther sobre lo que supone es la posición, no sólo de Windscheid, sino de todos los pandectistas que combatían la idea de quienes eran propensos a ver en el derecho romano la encarnación del pensamiento jurídico absoluto.

Muther, aparentemente, motejó a Windscheid y con él a quienes seguían la orientación más escéptica frente al derecho romano, por hacer valer frente al mismo una conciencia jurídica de la actualidad, porque antes habría que determinar qué es la conciencia. Y al mencionar algo concreto en qué ejemplificar el error de abandonar lo específico para pasar a lo abstracto, Muther textualmente expresó:

“Lo que el derecho alemán ganaría con semejante transformación, lo demuestra la suerte corrida por la desdichada *actio* la cual, sometida al criterio de la *conciencia jurídica actual* es destruida y transformada en un simple acto de accionar.”⁴⁴

Claro que Windscheid dio la respuesta o réplica, pero sobre todo al tono impertinente del novel autor que se atrevía a censurar al pandectista de renombre. Como Muther no era amigo de la codificación a la que llegó a calificar de asesina de la evolución jurídica sana y natural, Windscheid se declaró científico preocupado y ocupado por el material nacional que no pretendía demasiado a tomar una figura del derecho romano por la encarnación del pensamiento jurídico absoluto. La meta era la eliminación formal del derecho romano, aprovechando su pensamiento vivo para bien del derecho nacional.

Se observa que de derecho procesal sólo se tomó un dato, el de la *actio*, pero la teoría, si la hubo, no fue en el sentido de sistematizar los conceptos, sino apenas precisar que el accionar no era igual a la lesión que aquélla defendía, mencionándose a la pretensión sin más.

71. Otros autores, probablemente con más fundamento, ubican el que califican de nacimiento de la corriente científica del Derecho Procesal en la obra de Oskar Von Bülow intitulada *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.⁴⁵

La obra aparecida en Alemania en 1868 parece contener la definición de proceso, o por lo menos eso han querido ver los doctrinarios que adhirieron la tesis del proceso como relación pública. Pero aunque tal extremo fuera exacto, cierto es por otro lado, que Bülow no intentaba hacer una teoría del proceso, menos aún una teoría sobre el derecho procesal. Lo que dio lugar a la corriente, a las especulaciones y en general a la investigación fueron las palabras contenidas en el primer párrafo de su obra que, por lo demás, ya no se repitieron después.

“Nunca se ha dudado, expuso, que el derecho procesal civil determina las facultades y deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones, recíprocos, es decir, una relación jurídica”.

Y continuó diciendo en su segundo párrafo:

“Esta simple, pero para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso, desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”.

Tales expresiones, no del todo ajenas al dogmatismo y por ende no tan profundamente fundadas como hubiera querido el autor, que reprochaba otro tanto a Bethmann-Hollweg quien, reconocía, tuvo la virtud que el fenómeno no escapara a su profunda mirada, pero sin mayor examen y sin extraer todas las consecuencias habló del tema, tales reflexiones fueron el motor, el impulso inicial de una sucesiva cadena de comentarios que le siguieron y aprobaron, también sin más análisis.

Pero, en fin, Bülow sí comentó que el proceso era una relación jurídica pública, y tomó el término relación del derecho privado, de los pandectistas en particular, como antes Windscheid tomara el concepto pretensión. Bülow hizo algo más, ubicó al proceso en un plano, un solo plano que fue el derecho público y si bien dio autonomía a la rama, no dejó de oscurecer la noción de proceso en general.

⁴⁴. Op. Cit. p. 291

⁴⁵. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein, Bs. As. 1964.

XIII

LA SISTEMATIZACION

72. El tratamiento científico de cualquiera problemática no es lo mismo que la formación de una hipótesis sobre un problema. La solución de una cuestión, como cuando se expresa que para conocer el peso de un cuerpo es suficiente saber el del agua que desplaza, este enunciado no es la ciencia física pese a su valor científico.

Se advierte en lo último que lo científico es lógicamente *a priori*. Se da en abstracto, en términos de universalidad, una formulación porque hay un conjunto como unidad compleja en donde se ubica o es ubicable la fórmula particular.

Decir que el proceso es una relación jurídica no pasa de ser una proposición que aspira a la certeza. Pero de ahí no se sigue que sea científica, a menos que se trate de una fórmula en el sentido que esa predicación pertenece a un grupo de la misma índole cognoscitiva.

Ante todo hay que dejar establecido que desde la circunstancia empírica a la ciencia que trata de la misma, se pasa por una larga galería dividida en compartimentos, no estancos, en los cuales se van encontrando verdades o proposiciones válidas en su respectivo ámbito de conocimiento.

Nunca, en ninguna época de la humanidad organizada, sus componentes han sido ignorantes de la fenoménica procesal, por lo menos de su fenoménica especial, porque de otra manera ésta no hubiera existido siquiera.

Es que el panorama de las conductas que conforman lo que se ha llamado derecho procesal, va siendo entendido con el lenguaje empleado para formar la normatividad aplicable. Sepa o no el creador de la norma qué consistencia procesal tiene un juicio, una sentencia, una excepción o un recurso, lo cierto es que los establece.

Tal manera de convivir en todas las comunidades puede pasar del mero comportamiento reiterado que forma los usos y costumbres, al tejido más o menos compacto y completo de las leyes como entre los texcocanos de Nezahualcōyotl, o los códigos de los sumerios, de los romanos, o de los franceses de la era napoleónica. La elaboración del derecho, y en particular del derecho procesal, puede provenir del precedente o del *stare decisis* anglosajón, de la costumbre como el derecho consuetudinario africano o del minucioso y arduo recopilar del Digesto.

Este plano formulario, porque ya constituye una malla de soluciones atinentes a la problemática procesal, es un cierto nivel de lenguaje que se aparta del coloquial en lo que tiene de jurídico, y que se concentra en un punto de constante referencia lógica que es la imparcial solución de problemas jurídico-sociales.

73. Del nivel oral o escrito, pero susceptible el primero de transformarse en el segundo, manifestado en la cotidiana coexistencia familiar, patriarcal o tribal, ha de pasarse al formulario en el que se encuentran soluciones dadas de antemano para el tipo de casos conocidos.

En esa fenoménica el lenguaje tiene una nota distintiva: la generalidad de la fórmula, su posibilidad de aplicarse indefinidamente a todas las situaciones que puedan lógicamente subsumirse en su predicación, esto es lo que caracteriza a la legislación en primer lugar.

Una sentencia salomónica no se convierte en norma general, sino cuando su predicación se desprende de los individuos particularizados. La proposición que surgió para el caso específico amplía su denotación y pasa a ser ley si lo predicado es susceptible de generalización.

El legislador, ya se ha visto, puede ser un doctrinario incipiente que en la exposición de Motivos comente y componga una primera enseñanza o discurso jurídico, porque su literatura no es meramente descriptiva sino tendiente a normalizar la conducta ajena.

Y el historiador que recoge los conceptos de las normas, los contrastes y las coincidencias en las comparaciones internacionales, emplea también un lenguaje jurídico, pero ya se aparta de lo dogmático para entrar en lo descriptivo.

Otro tramo en el camino de la doctrina se cubre cuando los estudiosos bucean en las leyes, sentencias, usos, costumbres y prácticas, para desentrañar en lo oscuro, completar en lo inacabado, precisar en lo contradictorio y, en fin, concluir en los efectos y consecuencias no apuntados por el autor de la ley. "En verdad no es fácil comprender aquellos primeros fundamentos de nuestra Jurisprudencia con el penoso, y casi insuperable trabajo, que trae consigo la lectura dilatadísima de tantos, y tan variados cuerpos, como son los que componen las Leyes de estos Reynos", decían Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez al finalizar el siglo XVIII y con respecto a la legislación española.⁴⁶

Es verdad que antes del siglo XIX se propendía a limitar los conocimientos al derecho positivo, pero también lo es que la altura o la profundidad de las consideraciones, como quiera vérselos, propiciaron una doctrina de respetables conceptos. Para describir el objeto de la práctica forense, Lucas Gómez y Negro decía: "Su objeto no es otra cosa que enseñar a administrar rectamente la justicia en nuestros tribunales, a hacer valer en ellos los derechos de los ciudadanos; el prescribirnos el mejor método de proponer á los jueces con claridad y energía las acciones y excepciones en los recursos: decretar en favor del agraviado ó injuriado, el uso de la fuerza pública, y de hacer efectivo este decreto con la mayor ventaja de este, y el menor daño posible del que le agravió ó injurió; de modo que mediante los trámites y procedimientos que ella enseña, se consiga una reparación la más acertada, pronta y llevadera de los perjuicios ó daños, que por desgracia haya irrogado un ciudadano a otro en su persona, honor ó bienes, que

⁴⁶. *Instituciones del Derecho Civil de Castilla, Madrid, MDCCXCH.*

es la inapreciable ventaja que la sociedad principalmente nos preocupa".⁴⁷

Entre el lenguaje jurídico de Gómez y Negro y el Windscheid o Bülow, se ubica el surgir de la ciencia procesal. Aquel, sin menoscabo de su sabiduría, ni de su capacidad de postulación o de enseñanza, no dio el siguiente paso que era la búsqueda de un orden general en las concepciones atendidas en su *Práctica Forense*. Pero estos últimos, que mostraron una clara inclinación hacia la teoría, tampoco alcanzaron el nivel de la ciencia procesal, primero por su reducido campo de observación que era el proceso civil, y luego porque empeñados en desprenderse el derecho romano, al menos en la terminología o en el formulismo, no trabajaron en las nociones que hubieran tenido la universalidad que sus talentos podrían alcanzar.

La ciencia del derecho, y del procesal en particular, está pues ubicada en el tercero o cuarto nivel del lenguaje jurídico que es aquel en donde la terminología no es imperativa de por sí sino reflexiva sobre los dogmas imperativos de la juridicidad positiva.

Sobre todo, el discurso científico es la manera de llegar a la sistematización de un todo congruente, completo, interrelacionado y no contradictorio. No es la verdad aislada, no es la verdad sin correspondencia; es un conjunto de proposiciones verificables, interdependientes que se completan en un total no contradictorio.

La ciencia es el nivel en el que el trabajo del pensador encuentra la señal del valor de lo cierto *a priori* y susceptible constante, permanentemente de confirmación *a posteriori*. Si alguna vez se pensó que había dos mundos: el de la teoría y el de la práctica, debe concluirse de inmediato que esa supuesta teoría no pasó de hipótesis metafísica, de elucubraciones estériles porque la experiencia caminaba por su lado, indiferente. Si la ciencia no sirve más que para especular en abstracto, no es sino el pensamiento analítico infecundo. Es menester que la ciencia sea el ordenado y sistemático explicar de lo empírico y no podrá pasar al mandato porque no es legislación.

74. En el derecho procesal ha acontecido que el tratamiento científico se ha venido logrando progresivamente y por capítulos.

No debe confundirse el empírico fenómeno del tratamiento integrado con un conjunto más o menos comprensivo de la problemática procesal, con el contenido apriorístico de la ciencia procesal.

La ciencia física no surgió con todo sus capítulos, y no es sino hasta el presente siglo que se incluyó la electrónica o el cómputo con redes de computadoras por ejemplo. Pero tan pronto como apareció la cibernética resultó incorporada a la rama, porque la ciencia física tiene principios, que son las líneas fundamentales porque conservan el sentido teórico del sistema.

⁴⁷. *Elementos de Práctica Forense con un formulario arreglado a ellos, a los que precede un discurso preliminar y plan de la obra sobre el arte de litigar, y otro por apéndice sobre la autoridad que en su opinión tienen los códigos con los títulos del Fuero Real, las Sete Partidas, las Leyes del Estilo, Ordenamiento de Alcalá y las Ordenanzas Reales de Castilla*, París 1847.

Lo importante es advertir que ninguna ciencia es un producto individual, que todas se van integrando en el decurso del tiempo; pero si la labor de muchos es necesaria para el tratamiento, la ciencia como tal no depende del fenómeno social sino de sus propios principios.

Bülow había reconocido que su idea había sido expresada por Betham-Hollweg, más tarde se ha dicho que Búlgaro de Sassoferrato y Bernardo Dorna, juristas italianos de la Edad Media también concibieron tal noción y hasta se agrega que Hegel la vislumbró.

Existen, por tanto, tesis que tendrán la calidad de científicas cuando resulten adecuadas a los principios, teorías que serán científicas cuando su verificación acople experiencia y principios, doctrinas que comprenderán un complejo conceptual producto de teorías, y habrá una escuela cuando los estudiosos laboren sobre tesis, teorías y doctrinas conduciéndolas a una sistematización completa y congruente.

Se habla de la escuela alemana porque luego de las tesis de Windscheid y Bülow apareció un grupo mantenedor de doctrinas congruentes, pues sus tesis y teorías armaron un esquema de conceptos complementables. Pero también se menciona la escuela italiana que a partir de una prolusión de Chiovenda, leída en la Universidad de Bolonia el 3 de febrero de 1903⁴⁸, llevó a cabo una amplia tarea con intenciones de sistematización que en Francisco Carnelutti condujo, cabalmente a su *Sistema de Derecho Procesal Civil*⁴⁹.

No hay más escuelas sino conjuntos de doctrinarios que pese a su calidad individual, no han logrado fundir sus esfuerzos en esa sistematización parcialmente lograda por los alemanes y los italianos.

No faltan sino abundan estudiosos en Francia o Norteamérica, en Iberoamérica y en Mesoamérica incluyendo México, pero sus tratados o están en aquellas escuelas o son indagaciones aisladas.

75. Si la sistematización científica, términos que no producen redundancia cuando se les entiende en el sentido que la primera es la operación para llegar a la ciencia, si esa actitud doctrinaria no ha alcanzado los niveles de Alemania o Italia, ha sido porque no se ha ahondado lo suficiente en la teoría ni se ha producido esa corriente generalizada en los estudiosos; lo cual está lejos de significar que se carezca de esfuerzos valiosos como los de Eduardo J. Couture en Uruguay, Eduardo B. Carlos en Argentina o Luis Loreto en Venezuela.

Acontece, sin embargo, que sus trabajos son corolarios de los europeos y aunque ocasionalmente introduzcan conceptos o tesis trascendentales, por lo mismo que se trabaja sobre la línea europea que manifiestamente se preocupa por el derecho procesal civil, no se llega, quizás con la salvedad de Eduardo B. Carlos, a la teoría general.

⁴⁸. La acción en el sistema de los derechos, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Bs. As. 1949, Vol. I, pp. 3 y ss.

⁴⁹. Trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo, Bs. As. 1944.

Algo más sobre la doctrina que conviene retener. Sin duda las revisiones que han hecho, muy particularmente los italianos, sobre la experiencia universal del derecho procesal, y sin olvidar que varios autores elaboraron proyectos de nuevas leyes como Chiovenda o Carnelutti, proyectos que han tenido influencia en el derecho positivo, como las ideas de Chiovenda para el nuevo código civil de 1940 de Italia, o las de Carnelutti para el vigente código federal de procedimientos civiles mexicano de 1943, esas revisiones han sido a no dudarlo, las bases para tales proyectos, pero la experiencia mundial muestra que la administración de justicia sigue igual.

Es probable que en algún país como en Austria, las ideas se hayan convertido en leyes como el código de 1895 de Klein; pero en la práctica es un hecho que los juicios siguen alargando sus desarrollos y posponiendo las resoluciones más de tres años como término medio.

Esto fuerza a pensar que las doctrinas, las teorías y las tesis no han sido todo lo científicas que fuera de desear, o que la correlación entre ciencia, derecho positivo y práctica forense no ha sido explicada adecuadamente.

Lo último es en verdad lo que debe examinarse con mayor atención. A partir del dato evidente que la ciencia no es lo mismo que la regla jurídica, porque aquella no impera sino explica, no manda sino sistematiza conocimientos, se sigue que las más valiosas tesis, las más acabadas teorías, las mejor formadas doctrinas y todo el peso que podría alcanzar una escuela procesal, no son suficientes para sustituir ni la normatividad ni la realidad social, si falta la voluntad política del gobernante llamado a promulgar la reforma.

La ciencia no perderá por ello sus valores, seguirá sistematizando lógicamente conceptos, proposiciones y doctrinas, pero siempre se verá una separación entre el sistema científico y el positivo o real.

76. Ese tramo que a veces es un abismo entre la teoría y la práctica tiene varias explicaciones, esto es, hay un cúmulo de motivos por los que falta correspondencia entre ambas.

Desde luego cabe hablar de tesis inadecuadas o doctrinas insuficientes. Por ejemplo, si un doctrinario, considerado de una magnitud relevante como Carnelutti, sigue un discurso que a partir de la noción de interés, llega a la explicación del proceso civil, como la justa composición del conflicto de intereses llamado litigio al pasar a la realidad legislativa podrán encontrarse, no sólo discrepancias para lo civil, sino insuficiencias para otros conflictos: penales, administrativos, laborales, castrenses, constitucionales y demás.

Lo que el autor denomina premisas a la noción del proceso: interés, subjetividad, conflicto o litigio y composición de éste, pueden ser la explicación de la frustración de su doctrina, porque siendo esas las bases lógicas de su discurso total, en la hipótesis de contener errores le conducirán a conclusiones inaceptables y, además, ajenas a la realidad social y a legislación positiva.

Otros autores, Chiovenda, Bülow o Adolfo Wach, pueden partir de una premisa también discutible, como la afirmación que la jurisdicción es la función

pública y estatal relativa al proceso, equivocación o descuido en la observación de la experiencia, porque se ofrece una tesis que no explica el arbitraje, ni el público o internacional, ni el privado nacional, transnacional, a —nacional e internacional.

El divorcio no es, por lo mismo, entre la ciencia y la realidad, sino entre la doctrina, esa doctrina y la experiencia. Las tesis individuales o las sostenidas por cualquiera escuela pueden enmendarse, corregir sus equivocaciones y construir nueva o distinta doctrina hasta llegar a aquella cuyo valor radique, precisamente, en la verificación empírica.

Hay que reiterar que la doctrina puede presentar una o varias verdades sin valor científico, porque está precisado que las mismas deben ir en conceptos sintéticos, esto es, en conceptos que implican un sistema completo, congruente y verificable. Sería absurdo pensar o simplemente creer que han transcurrido más de cuarenta siglos sin que los hombres que han empleado el proceso tengan ideas válidas sobre él.

Pero el presupuesto de la ciencia es el sistema conceptual. No basta concebir una tesis, formular una teoría o elaborar una doctrina que trascienda hasta la aparición de una escuela procesal, si las aseveraciones no significan conceptos verificables y sistematizables.

Los millares o centenares de millares de obras escritas desde los prólogos o exposiciones de motivos de las leyes procesales, hasta el presente no han sido en vano, pero no todas hicieron ciencia.

77. Otro capítulo que debe registrarse en el paso de la ciencia a la práctica es el relativo a la técnica.

La ciencia es un todo congruente de proposiciones válidas, pero la conexión de unas con otras se efectúa mediante ajustes de conceptos. La operación es mentalmente preceptible por la combinación de términos. Una constante interreferencia depura nociones, por lo que realmente sucede una variación interna de enlaces: una in-variación.

La técnica de invariaciones trabaja ubicando y desubicando ideas, nociones y conceptos para verificar su adecuación y conexidad. Por ejemplo, si se dice que jurisdicción es la potestad del Estado para dirimir contiendas entre gobernados, cada concepto necesita ser llevado a otra proposición para revisar su justeza. Así, el término potestad aplicado a los árbitros privados resulta apropiado limitadamente, éstos tienen las facultades para acordar, dictar autos y laudos y notificarlos, pero carecen de posibilidades legales para ejecutar.

La potestad del Estado, encomendada a los jueces no es exclusiva de éstos y otros organismos públicos o privados pueden tenerla atribuida como la Administración o el Parlamento, Congreso o Legislatura.

Dirimir contiendas entre gobernados no es absolutamente cierto, dado que en la realidad pueden acudir los justiciables al juez sin tener contienda entre ellos, sea porque la simulen o porque verdaderamente no la haya, como cuando la ley

imponga el proceso, cual en la nulidad de matrimonio o en la legítima defensa penal.

Así pues, las **invariaciones** presentadas muestran la inadecuación de los conceptos en varias y sucesivas conexiones, de ahí que la tesis, la teoría o la doctrina que se apoye en semejantes premisas, forzosamente llegará a resultados discutibles o inadmisibles.

Es factible y hasta frecuente que el estudioso haga una proposición con aplicaciones relativamente válidas, dado que los conceptos usados tengan sentido y sean comprensibles sin dificultad, pero si bien la doctrina es propensa a discurrir sobre estas bases, las consecuencias conocidas de siempre serán la polémica, la censura y finalmente el rechazo del total, pese a que en su ámbito limitado las proposiciones pudieron tener adecuación y validez.

A veces la in-variación de conceptos se realiza en una extensa línea de problemas; pero no se consigue la conexidad sistemática tan sólo por las interreferencias más o menos numerosas, si al mismo tiempo no se toma en cuenta la **sistematización**. Las ramas del derecho no son compartimentos estancos, de manera que es insuficiente predicar cualidades o características y trabajar sobre combinaciones sin salir de una rama: En lo posible la in-variación debe tender a la conexión total, si bien por limitaciones humanas no se **alcanza** sinómera generalidad.

78. Si la teoría del derecho y, naturalmente la del derecho procesal, se apoya, o al menos debe apoyarse en la técnica de invariaciones, esta última queda sustentada en el método que es la manera en que el intelecto precisa el objeto de conocimiento.

La falta de base técnica deja a las tesis en calidad de meras hipótesis. Si posteriormente la hipótesis resulta acertada, su autor adquiere un exceso de confianza y sin mayor preocupación se desliza por el plano inclinado del discurso acritico. Ello explica el hecho que haya bellas páginas literarias no sólo inverificables, sino inservibles a la práctica, pues su despegue de la realidad proviene de su escasa confrontación técnica, de su limitada invariación.

No es sino en épocas recientes que se ha hablado de una teoría general del proceso, no de una sistematización del derecho procesal civil o penal, sino de una teoría completa y congruente. No importan por ahora las objeciones de los penalistas o de los laboristas y aún de los administrativistas, lo que interesa es advertir que por su mismo punto de partida o hipótesis de trabajo, la técnica empleada no pudo ser de invariaciones amplias.

Todavía más, un tratamiento de la materia procesal, o de cualquiera otra rama, limitado de antemano, arbitraria y subjetivamente, no puede conducir sino a la invariación relativa. En el laboratorio jurídico la actitud tiene que ser la misma que en el laboratorio químico o botánico. Si el investigador comienza por cercar el campo de observación postulando que más allá del mismo se tendrán otros fenómenos, pese a que la realidad muestra hechos y objetos con las mismas

características su consideración será omitida con perjuicio, no de los objetos, sino de la teoría.

Esto puede ejemplificarse con cualquier rubro, el de la prueba será adecuado. El tratadista de derecho procesal civil se enfrenta y hasta discute con el de derecho procesal penal si sus *pruebas* son formales o materiales. Ambos se encontrarán con invariaciones encerradas en su campo de observación y, por ende, serán las diferencias de cada sector lo que se esgrima como argumento de individualidad intransferible. Este tipo de doctrinarios no pensará siquiera en elevar la mira y contemplar el fenómeno llamado prueba en otras latitudes jurídicas: en el derecho civil o en el penal, en el administrativo o en el notarial, en el bancario o en el laboral, disciplinas sustantivas todas donde la prueba opera, y sin tomar en cuenta la problemática generalizada, las teorías relativizadas no pasarán de hipótesis más o menos afortunadas, como predicciones que el azar puede llegar a corroborar, pero también hipótesis que resultarán inservibles para la final regulación positiva del problema.

TITULO SEGUNDO
CATEGORIAS INSTITUCIONALES

I

TELEOLOGIA DEL DERECHO PROCESAL

79. Si del derecho como conjunto de reglas motivadoras de conducta, del derecho como un todo enlazado teleológicamente, idea propia del psicologismo y de la sociología jurídica, se pasa a la corriente positivista, en donde las personas jurídicas, todas: seres humanos y entidades eidéticas, se vinculan por la producción de las consecuencias normativas, entonces el derecho procesal vendría a ser la parte de la combinación: del comportamiento contra el derecho, como un todo, con la aplicación de la voluntad punitiva y ejecutiva del Estado.¹

Esta combinación es producto de la concepción del derecho como un juicio hipotético, que se desenvolvería así: en determinadas condiciones, un sujeto determinado debe observar determinada conducta, si no la observa, otro sujeto, órgano del Estado debe aplicar determinada sanción, y en esta parte final vendría el derecho procesal o judicial, puesto que es el juez, como órgano estatal el que sanciona.

Pero en este esquema, derecho procesal y derecho administrativo se confunden, con entera independencia que ambos aparecen como producciones estatales del derecho público y, además, como la parte coactiva de la normatividad. Podría llegar a decirse que si toda la actividad judicial, o más propiamente procesal, termina con la emisión de una sentencia, su ejecución sería motivo de otra normatividad hipotética, el pronunciamiento viene a ser esa sanción del derecho positivo, hipotéticamente prevista; y así lo había sostenido ya Ihering² quien concebía como una aplicación externa, mientras Kelsen afirma que es nada más que consecuencia interna de la hipótesis condicionada.³

Al parecer, la intención y la preocupación kelseniana fue eliminar la idea del derecho como norma imperativa: no se manda la conducta normada so pena de sanción, sino que la norma establece una sanción si no se cumple con la hipótesis.

La tesis del positivismo vienés tiene más de fórmula simplista que de profunda abstracción. Esa interiorización de la coacción en la norma, para formar parte de ella como la consecuencia, ni responde a la realidad, ni aporta una divergencia esencial con la proposición imperativa, ni se aparta del esquema teleológico.

Lo primero, y más importante, es que no se apega a la realidad, porque ni

¹. Hans Kelsen. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. Trad. Wenceslao Rucos, México. 1987, p. 196 y ss.

². Rudolf. von Ihering. *El fin en el derecho* Bibliografica Omeba, Bs. Ss., 1960, pp. 159-0.

³. Cfr. Ulises Schmill, Introducción a la obra citada. p. XVII.

histórica ni lógicamente el deber ser se construye como premisa para que entre en funciones la voluntad del Estado.⁴ Durante largas épocas de los pueblos, y no precisamente en la prehistoria, sino apenas en la Edad Media, y no entre las tribus nómadas sino en los agrupamientos góticos del Valledel Duero y en torno a Medina del Campo, se siguieron costumbres prerromanas, todavía en el siglo X.⁵

Y hoy en día, normas no estatales son las que constituyen el *jus mercatorum* que ha cristalizado en los *Usos y reglas uniformes de la Cámara Internacional de Comercio*⁶. Si se dice que también estas reglas, provenientes indisputablemente del sector privado, en caso de ser incumplidas llevan a la sanción estatal correspondiente, además de efectuar una falsa generalización, se estará sosteniendo, como lo hicieron Ihering, Jellinek y Max Weber, que la coacción es externa, lo que volvería a contradecir la tesis de Kelsen y regresaría la idea al imperativo. Y es una falsa generalización, porque la comunidad mercantil internacional no necesita de la coacción estatal de país alguno, pues le basta la exclusión del incumplido en futuras operaciones, y esto que también es sanción, refuerza la intención imperativa y la exclusión del Estado.

No cabría, ahora, hacer un análisis cuantitativo para precisar en qué medida contrastan las relaciones influidas por el orden público y las privadas. Dada la existencia de las últimas, en las que la coacción estatal está ausente, es forzoso concluir que la esencia del derecho no es la sanción, ni entendida como Ihering, ni según Kelsen.

El derecho procesal, como rama ha de mantener las notas identificadoras de lo jurídico, la imperatividad social, y después, añadirá la propia y característica: solución imparcial de conflictos.

80. La concepción kelseniana coincide con toda la corriente que ha denominado al derecho procesal como la rama instrumental, objetiva, formal o simplemente las reglas que sirven al cumplimiento de lo que, por otro lado, se denomina derecho sustantivo, de fondo o ramas materiales.

Pero no es enteramente apropiada la caracterización de los positivistas, primero al poner énfasis en la sección sancionadora; y luego al formar la proposición jurídica, regla de derecho o hipótesis central con lo que se ha llamado *interiorización o semantización* de la coacción como garantía *sine qua non* de la normatividad vigente.

Lo que esta teoría supone es trascendental. Desde luego, el derecho sustantivo, todo el derecho material no tendría ni sentido, ni existencia normativa al faltarle el sector procedimental, en el cual se encuentra la sanción.

Aunque se rechazan las concepciones psicologistas y sociológicas, desde el principio se sostiene que el derecho, que toda la normatividad es creación

⁴ Op. Cit., p. 196.

⁵ Enrique Gacto Fernández, *Temas de Historia del Derecho. Derecho Medieval*, Sevilla 1977, p. 37.

⁶ Cfr. *Operaciones documentarias*, Swiss Bank Corporation, Suiza 1980, pp. 89 y ss.

humana, es una *toma de posición*? "Si examinamos la alegría producida por algo, el entusiasmo o el amor que algo produce, descubriremos que todas estas vivencias tienen un carácter común. A pesar de sus diferencias cualitativas, implican todas ellas una toma de posición de mi yo frente al mundo objetivo⁷. Y aunque se distinga entre el acto y su objeto⁸, lo cierto es que sin la voluntad de querer tomar la posición respectiva no habrá derecho positivo."

Y efectúa una toma de posición el legislador que promulga la regla vigente, como también lo hace el simple particular, ya sea para *crear* una *relación* unilateral o una bilateral.

La cuestión que sigue es saber si ese particular puede o no *crear* una norma, si cabe que tome una posición entre las *relaciones* de deber ser posibles, frente a su semejante, o al hacerlo está dando concreción a la ley objetiva.

Sólo de espaldas a la realidad histórica y actual, cabe negar la posibilidad de la elección individual y privada. La negativa cancelaría la existencia (validez) de la costumbre, de los usos y de las prácticas nacidos todos, no de un legislador estatal, sino de individuos anónimos unas veces, y otras, como en el ámbito mercantil internacional, de una entidad como la Cámara Internacional de Comercio, sin olvidar la jurisprudencia que van formando los tribunales arbitrales (privados) inter o transnacionales.¹⁰

El supuesto tránsito de la imperatividad a la norma hipotética, donde la sanción¹¹ es la garantía del derecho, no pasa de ser una especulación apriorística, inverificada *a posteriori* que es donde la vigencia del derecho se presenta. Basta observar la vida social, el cúmulo incontable de conductas significativas de otras tantas tomas de posición que dan cumplimiento a lo pactado, para confirmar que la proposición jurídica puede nacer, tomar una posición, y cristalizar en actos, sin la interferencia de la coacción.

Y no se trata, como pensara Kelsen, de obedecer a otra normatividad, moral o religiosa, porque el cumplimiento de lo pactado que se lleva a cabo en las interminables operaciones del mercado cotidiano, sólo cuenta con su previsión lógica de deber contraído: compradores y vendedores, en un elevadísimo porcentaje de sus negocios dan realidad a las tomas de posición significadas por sus pactos, sin tomar en cuenta siquiera códigos y leyes estatales; más aún, inventando fórmulas —tarjeta de crédito, el *factoring*, el arrendamiento financiero, el crédito y el seguro a la exportación, el crédito documentado, los *inconterms* o reglas internacionales para la interpretación uniforme de términos de despacho corrientemente empleadas en el comercio internacional, etc, etc.—.

Conviene repetir que estas reglas, no surgidas del legislador estatal, en caso de

⁷ Fritz Schreier, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, Trad. Eduardo García Máynez, Bs. As. 1942, pp. 49 y ss.

⁸ Edmundo Husserl, *Investigaciones lógicas*, Trad. Manuel G. Morente y José Gaos, Madrid 1929, sexta investigación lógica.

⁹ Schreier, op. cit., p. 50.

¹⁰ Cfr. *Yearbook, Commercial arbitration*, The Hague, Netherlands, Vol. X, 1985, pp. 33 y ss.

¹¹ La intervención de la autoridad con carácter de necesidad, cfr. Kelsen, *Problemas*, op. cit, pp. 194 y ss.

ser protegidas por las autoridades públicas, contradirían la tesis de Kelsen, porque la sanción o coacción no sería producto de la *interiorización* o *semantización* como les llama la doctrina¹², no serían la consecuencia de una hipótesis condicional, si no se cumple se sancionará, sino que la coacción estaría fuera del contenido de la norma privada. Pero, sobre todo, en ese ámbito internacional mercantil, la invocación de los órganos estatales es secundaria y muchas veces está vedada, porque la legislación respectiva, por ejemplo, prohíbe someter a arbitraje de tribunales extranjeros la contienda respectiva, y sin embargo, el demandado es llevado aun en contumacia y el laudo tiene eficacia extrajudicial en los informes de crédito de las instituciones respectivas y más todavía, en la posición que conservan en el seno de estas organizaciones.¹³

81. Lo dicho no lleva a la conclusión que la sanción no forma parte de ciertas normas, inclusive privadas; por el contrario, la existencia del arbitraje, previsto como una cláusula compromisoria en el contrato principal, muestra la presencia de la vía de solución de conflictos.

Ello permite advertir que en la constelación total de la normatividad jurídica, una parte puede corresponder a lo que se ha denominado el derecho sustantivo o de fondo, y la otra al conjunto formal o dinámico¹⁴, pero en el sentido kelseniano, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez. México 1969, p. 131, que se refiere a la técnica de creación normativa a partir de la Constitución: "La Ley fundamental califica un determinado acontecimiento como el hecho inicial en la creación de las demás normas. Representa el punto de partida de un proceso normativo creador y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico" porque este último atiende a los procedimientos, dentro de lo que se ubica el proceso por antonomasia, esto es, el contenido por la serie de instancias proyectivas.

Es en este sentido que cabe hablar de finalidades dentro del conglomerado normativo. La toma de posición sustantiva se traduce en una regla individualizada, por la ley o por el pacto privado, y dado el incumplimiento que produce la contienda jurídica, la normatividad instrumental o dinámica del derecho procesal se convierte en medio al fin de la solución.

No es, por tanto, el carácter consecuencial de la sanción lo que explica el vínculo entre la regla sustantiva y la procedimental. Por el contrario, ésta aparece como un instrumento, un medio para alcanzar un fin: la resolución de la contienda; y el significado de esta última no es precisamente, o no siempre, el de un enfrentamiento de intereses económicos, sino el debate de pretensiones que son

la afirmación de un derecho y la exigencia, jurídica, de un criterio imperativo.

Inclusive, a través del instrumento procesal, en contra de lo que expone la escuela vienesa, es que el derecho sustantivo se ha creado muchas veces; fenómeno al que la doctrina ha denominado equidad como equivalente a la aparición, primero limitada y después cada vez más amplia de nuevas valoraciones invocadas, *supplendi vel corrigendi gratia* del derecho tradicional, hasta llegar a constituir el derecho general y común.¹⁵

Es al sector procesal y no al constitucional, al que hay que atribuir muchas transformaciones sustantivas. Por ejemplo, la influencia del derecho mercantil internacional, que desde el siglo XVI se formara en una práctica que sólo hasta el siglo XVIII fuera recogida doctrinariamente, fue tanta que se le ha comparado con creces al desarrollo del derecho romano-canónico-común.¹⁶

¹². Ulises Schmill, "El concepto del derecho en las teorías de Weber y Kelsen", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 52, pp. 114 y ss.

¹³. cfr. P. Kirby Johnson, "The Grain and Feed Trade Association quality arbitrations on raw materials", en *International Council for Commercial Arbitration Congress series No. 1*, The Hague 1982, pp. 101 y ss.

¹⁴. Pero no en el sentido kelseniano: *Teoría general del derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, México 1969, p. 131.

¹⁵. Tullio Ascarelli, *Introducción al estudio del derecho mercantil*, Barcelona 1962, Trad. Evelio Verdura y Tuells, p. 30: "*Jus civile* y *jus honorarium*, en el derecho romano nos muestran precisamente esta contraposición; *common law* y *equity* reproducen una dicotomía análoga en el derecho anglosajón, mostrándonos así la importancia de un fenómeno propio de los dos sistemas, en los que después se informan todos los derechos de la cristiandad".

¹⁶. Ascarelli, op. cit., p. 36: "Este derecho nacional común *common law*, ya en la segunda mitad del siglo XV se manifiesta como un sistema completo contrapuesto con el de la Europa continental... Precisamente así encontramos en el derecho mercantil un sistema, fundamentalmente romano, que es recibido en Inglaterra, conservando una autonomía en conexión con la especialidad de la "jurisdicción" correspondiente y la especialidad del ordenamiento procesal y que sólo en la segunda mitad del siglo XVIII pasará a encuadrarse en el cuerpo del *common law*, consustancial unificación del derecho privado".

II RAZON DE SER DEL PROCESO

82. Algo trasciende de la teoría kelseniana, y es el lugar que lógicamente ocupa la llamada consecuencia en la proposición normativa, que es el de una prioridad valorativa, porque su existencia y validez, es, lógicamente, anterior al acontecimiento que impone.

Y en efecto, la sentencia, y el laudo, es en el mundo jurídico, el punto de partida del comportamiento de, por lo menos, otros dos sujetos. La toma de posición del juzgador determina, exige una cierta conducta de los justiciables, ya que establece una responsabilidad a partir de su enunciación. Ahora sí se observa una norma, sentencia-laudo, que determina el contenido de una relación sustantiva —de prestación: dar, hacer o no hacer; de definición: declaración de nulidad; o de constitución: creación, modificación o extinción de posiciones jurídicas—.

La sentencia (laudo) está condicionada, no se emite sin conocimiento, y en la actualidad casi siempre se impone una tramitación, la que puede excluirse en el arbitraje privado de verificación: *fact finding*.¹⁷ cfr. Hoarndt Glossner, *Expertise-quality arbitration in international trade*. "International Counsel for Commercial Arbitration" Congress series No. 1 the Netherlands 1982, p. 103, quien sin embargo niega que el parecer del tercero tenga carácter de laudo, no obstante que las partes acuerdan expresa sumisión al *juicio* o dictamen, por lo general sobre: si la calidad de las mercancías corresponde a las normas o cuál es la disminución de valor comparado con el contractual, que Glossner califica de arbitraje propiamente dicho, de acuerdo con las normas existentes en un momento dado, y sobre qué acontecimientos causaron daños a una parte,¹⁸ por lo que desde luego, cabe hablar de diversos órdenes jurídicos: procesales frente a materiales o sustantivos, y después es forzoso analizar los vínculos o formas de intercomunicación.

Esta presumible anfibiaología normativa conlleva problemas de crecientes grados de dificultad, que han multiplicado las opiniones doctrinarias, pues frente a la separación está la conexión o vinculación de estructuras normativas que siguen modos de creación diferentes. Así es, porque en el ámbito sustantivo no suele preguntarse por una causa o razón de ser de las consiguientes tomas de posición y, todo lo más, se alude a motivos o a las voluntades, pero no a los antecedentes jurídicos, por ejemplo del pacto o de la relación laboral, de la autorización administrativa o de la conducta transgresora.

En cambio, en el ámbito procesal, es inevitable buscar esa razón de ser de carácter jurídico, porque si una compra venta no necesita un por qué de derecho y es suficiente el motivo de hecho: el acuerdo de voluntades, la demanda o la acusación exigen o muestran como condición ineliminable un antecedente jurídico y no meramente fáctico.

Aquí es que se insertaría la tesis kelseniana, aunque sólo en la descripción de la estructura lógica de la proposición jurídica, donde la consecuencia procesal se impone a un imprescindible antecedente sustantivo, y cuando un proceso es objeto de otro, el primero se convierte en materia, en sustancia u objeto de conocimiento y decisión.

Dentro de la llamada corriente científica del derecho procesal, y muy especialmente por influencia de Carnelutti,¹⁹ esa razón de ser del proceso se ha concebido como un conflicto jurídico, de manera que si bien anteceden relaciones materiales o sustantivas, éstas se ven en problema y, según Carnelutti, ello obedece a la circunstancia que el conflicto se halla calificado por la intransigencia de las partes.

Este conflicto calificado, que Carnelutti denominó litigio y que inicialmente extendió como razón de ser de cualquier tipo de proceso, fue moderado más tarde para limitarlo a lo civil, dejando que para el penal operara la controversia. Si el primero era un conflicto de intereses, calificado por la exigencia de una parte y la resistencia de la otra, en la controversia no pudo apreciar sino discrepancia de opiniones.²⁰

La litis, como antecedente, razón jurídica de ser, del proceso, dejó pronto su papel protagónico, aún en la misma doctrina de Carnelutti; pero además no fue ampliamente admitida en la corriente italiana, en la que la crítica de Calamandrei, se encargó de rechazarla, inclusive como base del proyecto de nuevo código de procedimientos civiles.²¹

Lo que finalmente resulta aceptado por la doctrina, es que el proceso, jurídicamente, no nace en sí y por sí. No cabe hablar, desde el ángulo del derecho que el proceso se da intempestivamente, como si se presenta en esta forma cualquiera figura sustantiva: el fideicomiso o el matrimonio, la adopción o el mandato, el mutuo o el transporte. Que detrás de cada una de las conductas tipificadas haya un motivo psicológico es enteramente indiferente al ser (validez) de la figura, sin olvidar que a la luz de criterios valorativos, esos motivos pueden ser analizados y

¹⁹ Francisco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, Trad. Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1944, t. I, pp. 44 y ss.

²⁰ "Aquí basta recordar que el elemento sustancia de la litis es un conflicto de actividades, la litis es precisamente un conflicto de intereses actual, esto es, calificado por la pretensión de uno de los sujetos y por la resistencia del otro; por eso, entre las dos partes del delito hay litis cuando la una pretende la restitución o el resarcimiento y la otra lo discute... la controversia, a diferencia de la litis, no implica un contraste de intereses, sino solamente de opiniones." Francisco Carnelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1946, Vol. I, p. 156.

²¹ Cfr. Pietro Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1961, "El concepto de litis en el pensamiento de Francisco Carnelutti": *Litis y jurisdicción. Litis y proceso*, pp. 265 a 296.

¹⁷ Cfr. Ottoarndt Glossner, *Expertise-quality arbitration in international trade*, *International Council for Commercial Arbitration*, Congress series No. 1, The Netherlands 1982, p. 103.

¹⁸ Op. cit., p. 104.

ponderados, considerándolos siempre, no como el antecedente jurídico sino volitivo.

83. Una de las últimas teorías sobre el tema, elaborada con gran rigor y profundidad es el estudio de James Goldschmidt.²²

La idea de Goldschmidt es resolver el complicado problema de las relaciones entre los dos órdenes jurídicos ya mencionados: el sustantivo o material, y el instrumental, formal o procesal.

Queda observado que aun en la concepción kelseniana, la sanción o coacción, teniendo primacía lógica, no deja de ser la premisa secundaria de la proposición jurídica. Lo que reclama la atención de Goldschmidt es el hecho que en la premisa secundaria haya normas dirigidas al juez, que no son estrictamente procesales.

Goldschmidt parte de las clasificaciones doctrinarias que desde Jellinek dividían el derecho político en derecho judicial, derecho administrativo y derecho político en sentido estricto o como residuo de lo que quedara después de separar al derecho judicial y al administrativo.²³

Ese derecho judicial abarcaría, tanto al procesal penal como al civil —y tal vez en éste se implicarán los restantes o futuros: mercantil, administrativo, laboral, agrario y, especiales como la revisión judicial norteamericana y el amparo de varios países iberoamericanos, en particular de México; pero todavía quedarían dudas respecto a otros como el canónico y el internacional, sin olvidar que el arbitraje es privado y transnacional y aun nacional—; pero también, y extrañamente, al propio derecho penal, considerando que el Estado ha adjudicado a la administración de justicia el *ius puniendi*.

En este ángulo surge la teoría que se desenvolverá con Merkel, para quien la clasificación es, por un lado el derecho político en sentido estricto, el derecho administrativo y la legislación judicial, a la que pertenecen los dos derechos procesales más el derecho privado y el derecho penal materiales, disciplinas que vienen a determinar el contenido de la actividad de la administración de justicia.

De ahí concluye Goldschmidt que el derecho justicial es el que tiene por objeto la relación jurídica existente entre la justicia estatal y el individuo miembro del Estado.²⁴

Tal afirmación es cierta, dice el autor (p. 17), desde luego, en cuanto a los dos

derechos procesales: las relaciones son entre el tribunal y las partes; y lo mismo se refiere al derecho penal —sin que importe que se vea al juez como representante o como mero órgano del Estado—.

Si el derecho privado no es derecho justicial en sentido estricto, porque no entraña relación entre el individuo y la justicia estatal, y aquí se observa una aparente concepción abstracta del derecho de accionar, en cambio los derechos o disciplinas procesales regulan el aspecto formal, el ejercicio de las relaciones jurídicas que pertenecen a la justicia y corresponden a la vinculación entre el Estado y sus miembros individuales; lo cual se hace con criterio abstracto, libre de los supuestos.

En estas apreciaciones, que no son exclusivas de estos autores, se observa la búsqueda de una solución al problema de la separación y necesaria vinculación entre los órdenes jurídicos sustantivo y procesal.

Es manifiesto, como arguye Goldschmidt,²⁵ que el derecho penal reglamenta las condiciones materiales, el contenido material y las causas de extinción materiales de una relación jurídica que pertenece a la administración de justicia; y de ahí infiere que si los derechos procesales son de justicia formal, el derecho penal lo es de derecho justicial material.

Se diría que ha aparecido una como tercera sección, un círculo más en la esfera de las ramas jurídicas. Y no es que se trate de un tercer grupo de leyes, que haya, al lado de las procesales y de las sustantivas, otros cuerpos legales que constituyan ese *tertius genus*. Lo que acontece es que, desde luego, el mismo derecho penal es ya, de origen, derecho justicial material y, en verdad, sólo se destina a la aplicación del juez, pero no durante el proceso, sino al sentenciar.

Y en cuanto al derecho civil, o al mercantil y al laboral, al agrario o al marítimo, al bursátil o al derecho del seguro y al de fianzas, y demás, el dato lo encuentra Goldschmidt en esa parte de la relación de la administración de justicia con el justiciable, que atiende a la pretensión de tutela que hacen valer los miembros individuales del Estado.

84. La muy importante tesis de Goldschmidt, por tantas razones, tiene aplicación ahora, como la tendrá más tarde al revisar la naturaleza del proceso o la índole de la sentencia, para establecer el lazo de unión entre el derecho material y el procesal.

Como el mismo autor lo advierte,²⁶ su tesis coordina con la moderna teoría sobre la acción, que la considera un derecho concreto a la tutela jurídica, porque lo que se pretende es la aplicación de un derecho material a través de un derecho justicial.

Queda por un momento en suspenso la crítica de esta posición, porque el interés se centra en la aplicación del vínculo entre los dos órdenes. Se ha visto que para Carnelutti ese paso de lo sustantivo a lo procesal era el conflicto, convertido

²². Derecho justicial material, Trad. Catalina Grossmann, incluyendo la monografía de Roberto Goldschmidt, *Derecho justicial material civil*, Bs. As. 1959.

²³. George Jellinek, *Teoría general del Estado*, Trad. Fernando de los Ríos Urruti, Bs. As. 1943, pp. 317 y ss. "Toda exposición del Derecho de un Estado ha de explicar la doctrina de la organización administrativa, de los funcionarios de la administración, las relaciones de ésta con la ley, con los decretos y, por último, la naturaleza jurídica del acto administrativo. El Derecho Administrativo es, pues, la investigación y exposición de sentido amplio. La doctrina que hace referencia a la organización y administración de la justicia, habrá de tratarse en el Derecho Judicial. Lo que permanece extraño al Derecho Judicial y Administrativo es el Derecho Político, en sentido estricto; es lo que según los franceses queda opuesto al *Droit Administratif*, y es designado por ellos *Droit Constitutionnel*, es decir, Derecho Constitucional". Goldschmidt, op. cit. p. 16.

²⁴. Op. cit., p. 17.

²⁵. Op. cit., p. 19.

²⁶. Op. cit., p. 21.

en litigio para lo civil y en controversia para lo penal; y que Calamandrei, al rechazar la idea, volvió al concepto de causa, que generalmente se emplea en lo penal y que él llevó a lo civil.

Pues bien la explicación de Goldschmidt tiene la ventaja de abarcar el conflicto penal, que originalmente no se da entre el ministerio acusador y el reo. Si se acepta la concepción del derecho justicial material, se caminará fácilmente hacia el conflicto penal como algo autónomo respecto de la conducta del acusador.

En efecto, ese derecho justicial material viene a ser, tanto en lo civil, como en lo penal, el conjunto de normas o preceptos que condicionan, que dan la razón de ser, que dotan de validez o legalidad a la decisión judicial. Se trata de disposiciones que no están en los códigos procesales sino en los sustantivos, pero no por ello corresponden al ámbito del derecho privado, del derecho subjetivo o facultativo, sino que constituyen un sector material publicístico.

Lo que Goldschmidt introduce como novedad es ese campo normativo, porque así enlaza lo procesal con lo sustantivo y, luego, lleva a cabo una extensa especulación sobre la naturaleza de este derecho judicial material frente al derecho subjetivo y frente al derecho procesal mismo. Es indudable, para Goldschmidt, que el derecho justicial material se constituya o tiene eficiencia en el proceso, específicamente en la sentencia, pero no corresponde a lo que se ha llamado supuestos de la acción, que son otro tipo de condiciones.

La delimitación del derecho privado, hecha en serio, dice el autor,²⁷ muestra como contenido las relaciones entre los individuos y deja fuera la pretensión contra el Estado, pretensión, por supuesto, de tutela jurídica.

Inicialmente, recuerda Goldschmidt, esa pretensión se refugió en el derecho procesal, pero difícilmente cabe en él. Es, sin duda, piensa, de carácter jurídico-material, pero ha perdido el jurídico-privado. En consecuencia, hay un derecho justicial civil material público. La dificultad proviene de la afirmación que el derecho procesal civil material comprende las normas sobre los presupuestos para la protección del derecho iusprivatista, porque entonces, en lugar de tres esferas jurídicas, se va ampliando el abanico y ahora son cuatro. Pero la misma se salva, advirtiendo que tales presupuestos no son sino las condiciones para dar eficacia a la primera instancia del juicio, como tener habilidad jurídica, estar legitimado, utilizar la vía adecuada o ir ante el juez competente. Esto dice Goldschmidt son los presupuestos para que se proteja el derecho privado, pero frente a ellos, están los que atañen al derecho de tutela de la sentencia.

En resumen, derecho justicial material no es sino el conjunto de preceptos que el juez ha de tomar en cuenta para tutelar al justiciable, en ese dirigirse al juez, está lo publicístico para el autor, que olvida que otro sujeto, el árbitro, también está llamado a aplicarlos y no es órgano estatal, sobre todo en el arbitraje privado internacional.

Sin embargo, quedó dicho que la tesis de Goldschmidt tiene la virtud de abarcar la razón de ser del proceso civil y la del proceso penal. Aquí, es factible se

vea con mayor justificación o razonabilidad su tesis, puesto que la doctrina criminalística concibe al derecho penal como justicial, en el sentido que el delito existe apenas cuando el juez lo determina, y en esto radica su distinción del iusprivatismo.

Derecho penal o punitivo, derecho persecutorio o función persecutoria y, naturalmente, derecho al pronunciamiento penal, se entiende sólo desde la perspectiva del juez. Las normas correspondientes se dirigen a éste, de manera que si se requiere un proceso, es porque el derecho positivo ha querido que consten el fundamento y la cuantificación respectiva.

85. La finalidad de Goldschmidt no era, ni remotamente, encontrar solución al problema de la razón de ser del proceso, pero al dar relevancia a la pretensión, como vínculo entre el proceso, o mejor aún, entre la sentencia y lo que llamó derecho justicial material, presentó una clave más idónea que las ofrecidas por la corriente italiana.

Se debe, ciertamente, a Carnelutti el haber hecho la pregunta; pero las contestaciones encontradas, y además ampliamente difundidas por los escritores actuales de todos los niveles, dejan mucho que desear, según lo han explicado los mismos y más reconocidos representantes de esa escuela.

Frente a la tesis de la controversia como razón de ser del proceso penal, la del derecho de castigar, unido al derecho de perseguir y en medio de ellos el derecho a resolver, todos conformando el derecho justicial material del proceso penal, la convicción se inclina hacia esta última teoría.

Porque es más que difícil, casi imposible, admitir una mera discrepancia de opiniones como causa de la sentencia penal, y mucho más lo es respecto al proceso. Antes del proceso hay un crimen, pero sólo el juez puede establecerlo.

‘Crimen... de cerner, esto es, cribar y separar, es la voz que sirve para designar el objeto que hay que cribar, lo mismo que semen designa lo que hay que sembrar. La criba, lo que sirve para cribar, es *cribrum*. La injusticia, prescindiendo del acto de su persecución ante los tribunales, no se llama crimen, como tampoco se llamaba así al acto de hacer valer ante los tribunales una pretensión que no incluyese una injusticia. La aplicación inmediata de tal significación a la administración de justicia es común a la lengua latina con sus hermanos. Crimen representa aquí la inculpación; es, pues, una voz procesal; es el asunto que se presenta ante el juez para que lo resuelva. En vista de esta procedencia, léxicamente comprobada, y en vista del uso, tanto de expresiones griegas afines a estas, como también de las demás expresiones latinas pertenecientes a la misma cepa, apenas cabe duda de que privativamente, crimen, lo mismo que *iudiciu*, y *legis actio*, y en general todas las voces referentes a las contiendas jurídicas, abrazaban todo el campo del derecho en general, y servían para designar la acción o demanda, cualquiera que fuese la especie de ésta. Pero con el uso adquirió la palabra de que tratamos un colorido ético, significando, no ya la inculpación de una injusticia, sino la inculpación de un delito. Nunca se aplicó la palabra crimen a la acción o demanda de carácter puramente patrimonial. Sino que se

²⁷. Goldschmidt, op. cit., p. 46.

concretó a la esfera de los delitos; pero aquí se hizo uso de ella, tanto con respecto a los delitos privados, como también, y con mayor frecuencia, con relación a los delitos públicos".²⁸

Y si bien se piensa, en el campo civil aparece una situación paralela al perseguir la reparación del daño moral, el que portener como objeto la dignidad humana, está fuera del derecho subjetivo, y cuando así se le parangona, fuera también del derecho real, al que se hace referencia porque en ninguno de los dos supuestos, daño moral o lesión de la dignidad y delito personal o daño al individuo, hay derechos intersubjetivos sino responsabilidad.

Pues bien, proceso penal y proceso civil —laboral, administrativo, mercantil, internacional, etc.— tienen ambos una razón de ser, e inclusive cuando no se acepte el derecho justicial material civil, siempre tendrá que aceptarse que ninguno de estos procesos nacen porque sí, por nada, no nacen porque haya el simple deseo de sustanciarlos. No, ambos procesos son resultados de un conflicto jurídico anterior.

Lo que sucede, luego de la enseñanza de Goldschmidt, es que no se trata de conflictos de intereses o de opiniones, sino de situaciones críticas.

Hay crisis al aparecer el delito, la injuria social, pública o privada de que hablaban los romanos; y hay crisis cuando el derecho privado se discute.

Lo válido en Goldschmidt es que esa crisis es de un grupo de normas que son el supuesto de la decisión del juez, y del árbitro. Crisis "1/3. Situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese..."²⁹ porque esas normas entran en una situación de cambio en que la continuación es discutida y su terminación se busca en el pronunciamiento.

Que el delito no enfrenta, hoy en día, a la víctima con el delincuente, pero sí da lugar al derecho persecutorio, sea a través del juez instructor, del ministerio público o de la policía judicial, es un hecho que lleva a la acusación.

III EL DERECHO PROCESAL POSITIVO

86. La utilización de las voces derecho procesal no es de siempre, y su empleo es síntoma de un énfasis en cierto aspecto de la rama precisamente en el procesal.

Esto ha conducido a la indagación del dato determinante en la rama. Varias notas sirven para constituir, no sólo al proceso sino su teoría, tales son, mencionadas al azar, las correspondientes a la acción, a la jurisdicción, a la competencia, a las resoluciones, a las impugnaciones, a las ejecuciones, a los incidentes, a las medidas preliminares; y al poner atención en los sujetos: a las partes, a los terceros, al juzgador, a los auxiliares y colaboradores; en cuanto a la organización: la composición de los tribunales, su coordinación y jerarquía, sus funciones y otras actividades anexas y conexas.

La pregunta que sigue es por qué la denominación de derecho procesal, si hay otros datos de tantas o mayor importancia en la rama, como el mismo de procedimiento, que desborda la labor de los tribunales, para abarcar la actividad parlamentaria y la administrativa.

Y cabe recordar al respecto, que durante mucho tiempo y en particular en el siglo XIX y parte del XX, las obras doctrinarias se intitulaban estudios, cursos, elementos y tratados de procedimientos judiciales.

Se dijo después, que a partir del viraje doctrinario dado por la corriente alemana, al nombre distintivo debería ser el de derecho procesal. Sedescartaron, por ende, voces como derecho judicial, procedimientos judiciales o práctica forense y, para alinearse al nuevo enfoque, no sólo los libros, sino también las leyes se llamaron derecho procesal.

Es verdad que no siempre el cambio de nombre implica una transformación técnica ni teórica, que si alquimia se contrasta con química, no necesariamente procedimiento ha de ser una etapa cultural obsoleta, anterior a la procesal.

Ante todo, se requiere que el contenido de los estudios y el de los cuerpos legales, responda a la afirmación de tratamiento científico; pero el mero cambio de rubro nada enseña, y a veces, frente a algunas obras de teoría general o de tratados y sistemas, se echa de menos el viejo talento de los prácticos y procedimentalistas.

87. Una primera observación, de aceptar el título de derecho procesal, o cualquier otro, consiste en la necesaria separación entre teoría y legislación.

Así, el mismo derecho justicial material, civil o penal, está aludiendo a esa dicotomía.

Si a primera vista ello es de importancia muy relativa, acontece que no faltan

²⁸. Teodoro Mommsen. *Derecho penal romano*, Trad. P. Dorado, Bogotá 1976. p. 7.

²⁹. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Edición, Madrid 1984. T. I, p. 397.

polémicas o discrepancias entre los autores, esgrimiendo argumentos que atañen, unas veces a la doctrina y otras a la legislación, y que indebidamente se confunden.

Que el derecho procesal deba abarcar la teoría y la legislación no parece tener oposición válida; pero no puede olvidarse que la normatividad toma partido, esto es, opta por una de las diversas alternativas que el teórico ha de considerar sistemáticamente.

De una toma de posición, por ejemplo, de elegir el procedimiento escrito o el inquisitivo, se siguen consecuencias de derecho positivo, que no han de influir en la teoría de una manera decisiva.

En otro sentido, las grandes diferencias que van de lo penal a lo civil, conspiran contra otra sistematización unitaria, y por lo general, los autores elaboran tratados, manuales y meros derechos procesales de un cierto sector.

Algo más, la gran influencia que tienen aspectos tales como la organización interna o del cuerpo judicial y general o de las entidades públicas, se advierte en el título mismo de las obras: tratado del contencioso-administrativo, curso de derecho procesal del trabajo, derecho justicial familiar, *judicial review*, procedimientos federales y demás.

Parece, entonces, que los vocablos derecho procesal, no han de limitarse a ciertos aspectos, por muy importantes que sean y puestos a elegir entre las denominaciones precedentes y la tendencia actual, y dada la vaguedad que significarían términos como derecho procedimental, han de conservarse los de derecho procesal, advirtiendo que no es el proceso ni el punto de partida aconsejable doctrinariamente, ni el dato más importante, como se confirma con el nombre dado, no sólo por Goldschmidt, sino por autores como Enrique Aguilera de Páez y Francisco de P. Rives y Martí, que intitularon su obra como *El Derecho judicial español*.³⁰ Pero hay algo más y trascendental: el proceso es un complejo, un resultado de la conjunción de otros elementos.

88. La verdadera dificultad en este plano del estudio, es que cualquiera sea la denominación escogida, su significado semántico no agota y ni siquiera induce a revisar el elenco de figuras que la rama comprende.

La diversidad de rubros va de lo estrictamente procedimental a lo ampliamente orgánico, y de lo manifestamente funcional a lo calificadamente axiológico y ontológico de la prueba. Hay entre los temas que comprende la rama, extremos como el de la competencia que también estudia el derecho constitucional y el

Y si se sigue la línea de Goldschmidt, seguida al menos por su hijo Roberto³¹ se tendrá una inquietante pregunta sobre la prueba, al indicar que no es un tema estrictamente procesal y, claro está, tampoco meramente material sino justicial material.³² tamente procesal y, claro está, tampoco meramente material sino justicial material.³²

³⁰ El derecho judicial español, Madrid 1920.

³¹ *Derecho justicial material civil* en la obra citada de su padre, Bs. As. 1946.

³² "Esto vale, en primer lugar acerca de la carga de la prueba, es decir, acerca de las normas que determinan en contra de cuál parte el juez debe decidir cuando falta la prueba de un hecho", p. 218.

Y es importante la clarificación, porque capítulos como el de las presunciones, se llevan al fondo de la sentencia: "Igualmente, pertenecen al derecho justicial material las presunciones *iuris tantum*, es decir, las reglas jurídicas que vinculan al juez a deducir de un hecho otro hecho o un derecho, mientras no se demuestre lo contrario. Lo mismo rige para las normas de los derechos latinos, por ejemplo, el art. 1193 del código civil argentino y las normas correspondientes derecho francés (art. 1341) e italiano (2721), que limitan la prueba testifical para los contratos cuyo objeto pase de un valor determinado. Esta manera de ver encuentra ratificación en el derecho de que la doctrina y la jurisprudencia prevalecientes en el derecho internacional admiten, en general que los medios de prueba de una relación jurídica no se determinen por la *lex fori*, sino por la ley a que esa relación está sujeta".³³ Y nada se diga de las ejecuciones que competen por igual a la judicatura y a la administración fiscal, facultad económico-coactiva: o bien de la organización que no es un rubro exclusivo del derecho judicial, porque se encuentra en los demás y en el sector privado (la empresa).

Como sea, la consecuencia valiosa es que el simple rótulo: derecho procesal es inadecuado por demasía y también por falta de cohesión, pero es el encabezamiento generalizado y común.

89. El derecho procesales el encabezado de una rama, que si legislativamente se dispersa por varios sectores de la normatividad vigente, teóricamente ha de dar noticia de todo el conjunto o renunciar de inicio a ser significativo y quedar en lo simple y limitado del etiquetado.

Solía efectuarse una tarea de limitación y vinculaciones con las otras ramas y disciplinas. Se decía, por ejemplo, que el procesal era un derecho instrumental o formal mientras los demás eran sustantivos o materiales. Pero ya se ha destacado por autores de las más diversas tendencias, que hay normas procesales, desde luego en las leyes penales y también en las civiles, en las mercantiles, en las laborales y desde ahí, puede seguirse percibiéndolas en el resto.

De otra parte, las relaciones entre el derecho procesal y cada una de las normatividades restantes, sólo tendría importancia, cuando los límites hubieran sido susceptibles de precisión. Ante la inseguridad de las líneas divisorias, desde luego, las relativas a los cuerpos legales, la tarea del deslinde carece de sentido.

Lo indeterminado o borroso, además de en las leyes penales y obviamente en las penitenciarias, el fenómeno se observa en el campo internacional. Basta revisar las Convenciones de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado, para confirmar lo dicho. Además de la Convención relativa al procedimiento (no proceso) civil, de marzo de 1954, que se diría es la que viene a deslindar lo procesal, se encuentra la Convención sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos corporales inmobiliarios del 15 de junio de 1955, cuyo artículo 3 establece la ley aplicable al fondo, de manera que, siguiendo la idea del derecho justicial material civil de Goldschmidt, se trata de una norma que no es

³³ Roberto Goldschmidt, op. cit., pp. 223-224.

puramente material ni enteramente procesal, y que se destina al juez competente al momento de sentenciar.

Y como esta Convención, las restantes no parecen ser, sino el *presupuesto* según la terminología de Goldschmidt. Hay una controversia que se resuelve directamente con el reconocimiento de un derecho justicial material civil público; a saber, la de si los presupuestos típicos de la tutela jurídica pertenecen al derecho privado o al derecho procesal: a ninguno de los dos, sino al derecho justicial civil material público.³⁴ Quizá la mejor explicación que se ha dado a este concepto, sea la de Kipp, quien sobre los preceptos del derecho judicial material civil dice que "ellos siguen el contenido del derecho privado paso a paso. Por dondequiera que el derecho privado imputa al particular un deber jurídico, está silenciosamente el precepto dirigido al juez de resolver cuando se le pida de conformidad con la obligación de derecho privado",³⁵ y este sentido *presupuestal*, viene a establecer el lazo que une al pronunciamiento con la pretensión, cabalmente, de sentencia favorable.

Separar el derecho procesal de los llamados derechos sustantivos, es tan difícil como inútil, pues a cada paso se entrelazan.

Puede ser que la tesis del derecho justicial material, civil y penal, no responda a la realidad, que no haya ese *tercius genus* de Goldschmidt, pero es indudable que las normas sustantivas son objeto de la sentencia, y muchas los son de la actividad dentro del proceso, como las probatorias.

No es creíble, ni se ve en la práctica, que los contratantes apliquen la Convención sobre la ley aplicable sobre la transferencia de la propiedad en caso de venta de carácter internacional de objetos muebles corporales, de 15 de abril de 1958; pero está fuera de toda duda que el juzgador competente, sea tribunal público o árbitro privado, la aplican.

Más claramente se advierte esta situación ante la Convención sobre la competencia del foro contractual en caso de venta de carácter internacional de objetos muebles corporales, de 15 de abril de 1958, porque la competencia es término de gran uso en el derecho procesal, pero también lo es en materia legislativa, en derecho constitucional, y en materia administrativa. La Convención está prevista para los juzgadores y su índole procesal proviene del hecho que éstos la tienen en cuenta para constituir el proceso. Aquí no se trata de condiciones para sentenciar, sino de condiciones para procesar.

Y una Convención que puede atañer, tanto al fondo como a la forma del procedimiento, es la destinada a regir los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio, de 15 de junio de 1955, lo mismo que sucede con la Convención concerniente al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, de junio de 1955, pues la personalidad ha de ser reconocida o admitida al principio del proceso, y debe mantenerse al dictarse el pronunciamiento, sea favorable o desfavorable a la persona jurídica.

³⁴. J. Goldschmidt, op. cit., p. 48-9.

³⁵. R. Goldschmidt, op. cit., p. 183-184.

90. El informe sector de lo que Goldschmidt llamara derecho justicial puede ser explicado en términos de interacción de normas públicas y privadas, lo que ya establece una constante o permanente coexistencia de legislaciones sustantivas y procesales, que borran muchas veces los límites entre ellas.

Pero algo más, si el derecho procesal (doctrina) intenta hacerse sinónimo de las codificaciones procesales, o mejor aún, procedimentales, se tendrá una nueva discrepancia de contenido, porque lo estrictamente procesal de la teoría es apenas una parte de la normatividad positiva, por muy reducida que sea.

En los códigos se incluyen cuestiones como el procedimiento ejecutivo, las medidas cautelares, las disciplinarias, la mal llamada *jurisdicción voluntaria*, los medios de apremio, los problemas de organización, las pesquisas policíacas, las investigaciones del ministerio público o fiscal o del juez instructor, las quejas de toda clase contra las autoridades y otros rubros más.

Así como la doctrina ha destacado los preceptos sustantivos que tienen influencia en el proceso y después de él en la sentencia, de la misma manera cabe advertir que hay regulaciones en el derecho positivo que son atinentes a sectores que ya deberían tener su propia teoría, porque las ejecuciones, por ejemplo, no siguen las reglas del proceso por antonomasia, y cuando las leyes desvirtúan las figuras y elaboran, verbi gracia, un juicio ejecutivo, en realidad mezclan el proceso o con medidas coactivas previas o intermedias; que esto sea conveniente es algo diverso, porque no puede ocultarse que el proceso, en determinadas circunstancias, llega a ser un inconveniente, precisamente ahí donde el justiciable quisiera tener una sentencia favorable antes que se iniciara la demanda, lo que "importaría una de las más graves violaciones del deber de que puede hacerse culpable un tribunal"³⁶.

Para establecer los límites que en el plano teórico tiene el proceso, puede acudir se en la práctica al arbitraje privado. Su tramitación, que comienza con la celebración del acuerdo (lo que falta en el proceso público actual) y sigue con las pretensiones discutidas de las partes, los medios para confirmarlas y las alegaciones hechas para fundamentarlas, con lo que la serie de actividades de las partes termina y queda sólo la perteneciente al árbitro que es dictar el laudo.

Esto, llevado al proceso público, civil o penal, no puede cambiar, pero si complicarse con eventualidades tales como las medidas preliminares —embargo precautorio, arraigo personal, pesquisa policíaca en lo penal, detención para interrogatorio, levantamiento de actas de las averiguaciones, consignaciones, de expedientes para pedir una orden de aprehensión, o de personas para pedir su formal prisión, medidas suspensivas, de no innovar, de separación de personas, de guarda y custodia de menores, inhábiles, reclusión de enfermos, atención médica de víctimas y de indiciados lesionados, autopsia de cadáveres, análisis de huellas y tantas más como el nombramiento de interventores, tutores, albaceas, depositarios, órdenes a las oficinas de correos para intervención de la correspondencia del presunto insolvente, etc.—, y también con incidentes de toda índole,

³⁶. Oskar von Bülow, citado por Goldschmidt, op. cit., p. 28.

desde los que suspenden la sustanciación principal, a los que se deciden de plano y aquellos que se reservan para la resolución definitiva; los accidentes que caminan paralelamente al proceso, como los relativos a la libertad bajo caución, los secuestros de bienes, las suspensiones de actos, en especial en materia fiscal y en la administrativa en general, y desde luego los que miran a la actividad coactiva, lo mismo en las medidas de apremio para hacer cumplir las sentencias, que las de ejecución formal en que el embargo vuelve a ser determinante, sin olvidar toda la complicada malla del derecho penitenciario.

De este elenco de contingencias, si se toma como paradigma al arbitraje, trata el derecho positivo y, naturalmente, la doctrina se ve conducida a considerarlo como parte ineliminable del derecho procesal; pero acontece que en otros ámbitos, como el administrativo, también en su más amplia acepción, esas eventualidades se presentan y, entonces, o se reconoce que no son propias ni exclusivas del derecho procesal, o se piensa que en cada situación van cambiando por variar los órganos, lo que sería insostenible.

Intitular una obra Derecho Procesal, puede ser síntoma de un criterio de una posición doctrinaria de su autor, pero no será un límite al estudio, no significará que se va a analizar solamente el proceso ni que se omitirá lo anexo y conexo.

Cuando Ernest Beling³⁷ explica que el derecho procesal penal es la rama jurídica que regula la actividad tutelar del derecho penal, lo que recuerda al derecho judicial material penal, no hace sino contemplar la rama procesal desde un ángulo material, distinto, por ejemplo, al que toma Luigi de Litala³⁸ al señalar que el derecho procesal del trabajo puede definirse como aquella rama de las ciencias jurídicas que dicta las normas instrumentales para la actuación del derecho del trabajo, y que regula la actividad del juez y de las partes en todos los procedimientos concernientes a la materia del trabajo. Y diverso es el punto de vista de Jesús González Pérez³⁹ sosteniendo que del derecho procesal administrativo puede afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso administrativo; y otro tanto acontece con Miguel Moreno Hernández⁴⁰ afirmando, en general, que el derecho procesal canónico es el conjunto de normas dadas por la Iglesia para la regulación del proceso canónico; así como Ricardo Calderón⁴¹ indicando que el derecho procesal castrense es el conjunto de principios y normas legales que regulan las actuaciones judiciales que se tramitan por los órganos jurisdiccionales de guerra, donde la inclusión de los principios complementa la descripción.

En esta revisión se observa un énfasis en el contenido sustantivo. No es parte de la unidad procesal, y aún parece que se tiende a la diversificación disciplinaria, llegando a hablarse de rama como lo hace de Litala. Con esta actitud doctrinal, las relaciones entre el derecho procesal y otras disciplinas se complican y se

borran; lo primero porque una síntesis a partir de cada particularidad, hablará más de lo sustantivo que de lo procesal, y lo segundo porque este último se irá perdiendo en las eventualidades y en los incidentes y accidentes, sin alcanzar la esencia misma de lo procesal, genérico, unitario y permanente en sus distintas aplicaciones. Y desde otro punto de vista, sería teóricamente contraproducente negar o intentar expulsar todos los preceptos sustantivos de las leyes procesales. Si algunas atinentes a problemas civiles hablan de acciones (*rectius*: pretensiones) paulianas o reivindicatorias, su connotación sustantiva no perjudica lo principal: la índole dinámica y de serie de instancias del proceso.

³⁷ *Derecho procesal penal*. Trad. Miguel Fenech, Barcelona 1943, p. 1.

³⁸ *Derecho procesal del trabajo*. Trad. S. Sentis Melendo, Bs. As. 1949, Vol. I, p. 25.

³⁹ *Derecho procesal administrativo*, Madrid 1955, T. I, p. 125.

⁴⁰ *Derecho procesal canónico*, Madrid 1956, p. 24.

⁴¹ *Derecho procesal militar*, México 1947, p. 17.

IV DE LAS FUENTES JURIDICAS

91. Una presentación y una explicación de los orígenes del derecho es, normalmente, la materia propia de la historia, que en este, como en otros casos se vale de medios directos: documentos, incluidos monumentos, y transmisión oral.

La última suele limitarse al cercano presente y, todo lo más, se convierte en objeto de conocimiento y análisis, cuando se concreta en el *folklore*.⁴²

Pero hablar del origen del derecho no es necesariamente hacer historia. Por lo pronto, esta última ha sido depurada de sus primitivas explicaciones y ya no es la indicación que algo ha acaecido y que hoy se considera apenas un suceso; se piensa ahora que es la *ciencia que se esfuerza en relatar lo acaecido...*, pues "*...el pasado sin determinación alguna no es más que el caos...*", de manera que *Historia es la forma espiritual en que una cultura se rinde cuentas de su pasado*.⁴³ De ahí se sigue que, antes de hacer relato hay que determinar la consistencia de ese objeto cultural llamado derecho.

Y no que para ser historiador del derecho se necesite antes ser un jurista, y menos un jurisperito, pero sí es constante el sentimiento de lo debido.⁴⁴ Ya se ponga él mismo en la palabra dada, en la conducta de los demás, en las mismas señales aparentes o figuradas de las cosas, y naturalmente en los símbolos, sobre todo en la escritura.

⁴² "A diferencia de las fuentes de conocimiento escritas y arqueológicas, que tienen de común el haber sido elaboradas en el pasado y pertenecer a él, el historiador puede acudir también a la costumbre actual, que es una fuente presente y viva, que puede examinar y estudiar directamente. Las costumbres actuales son a veces la creación reciente, pero remontan otras a tiempos muy anteriores. Y lo mismo puede decirse de las tradiciones populares, refranes, dichos y canciones que el pueblo repite... La técnica de obtención de estos informes es objeto de la ciencia del *folklore* *Folkskunde* en alemán, rama de la Etnología..." Alfonso García-Gallo, *Antología de fuentes del antiguo derecho*, Madrid 1982, T. II, p. LXL.

⁴³ Johan Huizinga, *El concepto de historia*, Trad. Wenceslao Roces, Méx. 1980, pp. 89-95.

⁴⁴ "En Israel este respeto por las escrituras alcanzó la dignidad de una superstición separada, que estaba llamada a proyectar su influencia sobre toda la historia posterior del pensamiento judío y cristiano. Los primitivos escribas se habían semido libres para anotar y arreglar la Ley, siendo esto una parte de su trabajo. De hecho, según hemos visto, la misma ley era un producto de rescisiones y rectificaciones repetidas. Pero desde medidas del siglo se fijó rigidamente, se convirtió en objeto de reverencia religiosa, protegida por el empleo ampliado de los antiguos tabús. Los libros de los *Profetas* —incluyendo, como se recordará, las historias anteriores— fueron estereotipados en su canon dos siglos más tarde, hacia 250 a. J.C. Las dos lecciones que se leían en la sinagoga estaban tomadas una de la Ley y otra de los *Profetas*, de modo que la última acompañó inevitablemente la suerte de la primera. Las *escrituras* o *hagiographa* no fueron tan fácilmente puestas en su sitio. Los rabinos disputaron largamente acerca de cuáles habían de aceptarse, y fueron incapaces de llegar a conclusiones definitivas hasta después de que los cristianos habían comenzado a saquear el arsenal sagrado para su rebelión" J. T. Shotwell, *Historia de la historia en el mundo antiguo*, Trad. Ramón Iglesias, Méx. 1982, p. 151.

Lo que llama la atención es que la misma historia haya llegado a tener autoridad jurídica, y que al pensar en el derecho de los antiguos, se le rinda un homenaje, no ya de reconocimiento a su cultura, sino de dominio. Se comenta hoy en día que los conocimientos aristotélicos fueron erróneos en cuanto a la botánica, a la zoología y a la biología en general; se sabe que la geometría euclidiana es una entre tantas posibles; y finalmente, el problema de las interpolaciones, que consiste en haber agregado a los originales anotaciones, glosemas o glosas o intercalaciones de los copistas, la cuestión principal es que esos agregados tuvieron una razón de ser, respondieron al porqué de las leyes, que es regular algo que existe en la sociedad.⁴⁵

Uno es, por tanto, el registro de los acontecimientos: el derecho en forma de costumbre o de escritura convertida en canon eclesiástico: hebreo, cristiano o nahoa⁴⁶ y otro su origen, su aparición como proposición normativa.

A principios del siglo XIX, Federico Carlos de Savigny, escribió su *Sistema de Derecho romano actual*,⁴⁷ y en el expuso que "El derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado o atacado, viene la autoridad judicial a reconocer su existencia y extensión", aunque "... un examen más atento nos manifiesta que la forma lógica de un juicio satisface sólo una necesidad accidental, y que, lejos de agotar la esencia de la cosa, supone dicha forma una realidad más profunda, esto es, la **relación de derecho**, de la cual cada derecho no es más que una faz diversa abstractamente considerada; así, un juicio sobre un derecho especial no es racional y verdadero, sino cuando se deriva del entero concepto de la relación de derecho".⁴⁸

Savigny presentó nociones trascendentales en el estudio del derecho, no sólo la idea de la relación jurídica, también la explicación de la inferencia desde el caso a la regla general⁴⁹, o a la necesidad que la teoría y la práctica del derecho sean una misma cosa, sino la idea de las fuentes del derecho: "Se denominan fuentes del derecho las bases del derecho general y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción".

Savigny niega que el azar, las circunstancias o la sabiduría puedan crear el derecho de una manera diferente, "según la influencia que a su creación presida, y por ello da énfasis y primacía a la "existencia de un derecho (que) se revela a la inteligencia humana, aparece sometido a una regla preexistente". Esto haría, como el propio autor lo sostiene, inútil y hasta imposible la invención de la regla.

Tal criterio estaba, estuvo y está contradicho por la realidad, pues como señala

⁴⁵ "El texto interpolado ofrece un doble interés. De una parte, sin la interpolación, sirve de fuente de conocimiento de la época en que se redactó, de otra, interpolado, de la época en que lo fue", A. García-Gallo, *Antología...* op. cit., II, p. 1.

⁴⁶ Obras históricas de don Fernando Alva Ixtlilxóchitl, publicadas y anotadas por Alfredo Chavero, México 1892, T. II *Historia Chulmeca*, p. 187, Capítulo XXXIII. Que trata de las ochenta leyes que estableció Nezahualcoyotzin y cómo las mandó guardar.

⁴⁷ Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, s.f.

⁴⁸ Ob. cit., I, p. 65.

⁴⁹ Idem, p. 66.

García-Gayo, la misma interpolación obedece, en no pocos casos, a la necesidad de adaptar las viejas normas a las circunstancias presentes. Y para no caminar lejos, puede tenerse como ejemplo actual, esos INCOTERMS o reglas sobre los usos y prácticas del comercio internacional, que han sido producto de dos factores: la diversidad de significados que las instituciones de varios países, daban a los términos FOB, CIF, LAB, y demás, y la elaboración de unas reglas de carácter privado y de sentido uniforme, provenientes de la Cámara Internacional de Comercio, con sede en París.

92. Hay una dicotomía en el derecho positivo desde hace mucho tiempo, desde que el hombre conoció la labor de otras comunidades. De una parte, no ya las generaciones, sino los pueblos y las civilizaciones asentados en el mismo territorio o en sus vecindades, y aun en aquellos lugares de donde los actuales vinieron, toman o conservan lo que se ha calificado de tradición.

Pero de otro lado, exigencias de la situación actual, nuevas en su contraste con las disposiciones anteriores, conducen a un régimen diverso, que surge, contra lo sostenido por Savigny, del criterio personal, sabio o no, de los nuevos pueblos, de sus sociedades y de sus gobernantes. Y así puede verse:

“A mediados del siglo XI el Conde barcelonés Ramón Berenguer *El Viejo*, procede a la aprobación de una serie de disposiciones, unas 130, con las que se propone regular aspectos de la vida social no contemplados por el *Liber Iudiciorum* o insatisfactoriamente resueltos por éste. El texto —*Usatici, Usaticos, Usatges*— recogía *Constituciones* de Paz y Tregua, normas dictadas por el propio Ramón Berenguer, prácticas consuetudinarias y sentencias emanadas de la Curia. El mismo Conde confirma la vigencia coetánea, aunque en declive, de la *Lex Gothica*, en cuanto justifica su obra poniendo de relieve lo inadecuado de algunas soluciones del *Liber Iudiciorum*, lógicas si tenemos en cuenta las profundas transformaciones sociales, económicas y políticas que había experimentado la comunidad, así como la aparición de problemas desconocidos en el siglo VII y que ahora reclamaban un adecuado tratamiento; esta realidad, más acusada a medida que avanza la Edad Media, se advierte en todo el territorio catalán y va a propiciar la aparición y progresivo arraigo de un Derecho basado en la costumbre cuya creciente importancia se traduce en una correlativa disminución de la vigencia del derecho visigodo. Ramón Berenguer se enfrenta en Barcelona a esta situación y se reconoce legitimado para superarla precisamente por la vieja disposición gótica, a cuya autoridad apela, que facultaba al rey para legislar en supuestos de laguna legal: ...”⁵⁰

Bastan esos hechos históricos, para confirmar que el derecho proviene del pasado, lo mismo que del presente; y si bien a través de la figura de la laguna jurídica, pudo Berenguer expedir nuevas disposiciones, también cabe hacerlo, y se hace, en virtud de nuevos requerimientos de la vida social.

El problema del origen de la normatividad regresa siempre a la pregunta inicial

de ¿Quién hace el derecho? Y la respuesta es también la misma: el hombre. ¿Cómo lo hace? Cualquiera sea el camino, el procedimiento seguido, se está imperecederamente ante una *toma de posición*. ¿Quién lo hace? Aquí la solución se bifurca: por un lado son los particulares, cada individuo en cada supuesto en que pacta; por el otro son los órganos legitimados públicamente para dar vigencia a la norma, los que reciben el nombre de legisladores.

Así considerado el tema, cuando se habla de fuentes, y se mencionan: a) la ley, en realidad el legislador, b) la jurisprudencia o conjunto de disposiciones del juzgador oficial, generalmente el tribunal supremo, pero no faltan criterios de esta índole de los tribunales superiores o audiencias, y no pueden olvidarse los sustentados por los tribunales privados en el arbitraje, especialmente el mercantil internacional⁵¹ c) la costumbre. d) la doctrina y e) los principios generales; se está haciendo referencia a las distintas maneras utilizadas para propiciar la *toma de posición*.

La ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina son resultados, en diversos campos, de esa *toma de posición*. Si en la primera hay un órgano conocido y legitimado, en la costumbre hay un comportamiento social que repite una toma de posición surgida o expresada anónimamente.⁵²

La jurisprudencia tiene frente a la legislación, la diferencia del órgano, de la función, del objeto y del motivo. El juzgador que con su interpretación *crea* una norma, está legislando también; pero no es el órgano llamado a dar vigencia a las disposiciones, ni debe crear un catálogo o cuerpo sistemático, ni puede tomar posición sin ser excitado (justicia rogada); pero crea, ya sea con el pretexto de la *interpretación* última e inatacable, ya llenando lagunas, supuestas o verdaderas, pero crea normas.

93. En conexión con el capítulo de la o las fuentes del derecho, otras cuestiones se suscitan: como la diferencia que pueda haber entre *crearlo* y establecer su certeza. Si el derecho no dependiera por entero del criterio humano, o más especialmente, de su voluntad, y si el hombre no fuera libre, podría imaginarse una legalidad objetiva, fuera de esa voluntad humana, y cognoscible en su precisa significación; sin embargo, de la toma de posición a la inteligencia que otros den a la *relación* contraída o imputada, hay constante diferencia.

Cabría inquirir, ¿Por qué otros, los demás, han de interpretar la relación o la norma, como si ellos la hubieran creado? La respuesta no está en las coordenadas de la toma de posición original, sino en las circunstancias sociales, que en principio no permiten las crisis jurídicas que atentan contra la convivencia, y de ahí que vuelvan a tomar una posición para llegar a una resolución.⁵³

⁵¹ Cf. *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. X, 1985, The Netherlands, pp. 33-130 c.

⁵² El medio de confirmación llamado fama pública, debe servir como la vía adecuada y a veces la única susceptible de empleo, para dejar establecida la conducta reiterada sin precisión de autor original *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*.

⁵³ “A las autoridades se les llama también *justicias* (jeces), precisamente a causa de su función: velar por la armonía”, Eugenio Maurer, *Los Tzeltales*, México 1984, p. 80.

⁵⁰ Enrique Gacto Fernández, *Temas de Historia del derecho. Derecho medieval*, Sevilla 1977, p. 22-3.

Que las funciones públicas se desvían de su sentido primario, es algo ya conocido y explicado por la doctrina “La regulación es interpretada, y por tanto desarrollada, en la jurisdicción mercantil y ello por los mismos comerciantes.- Esta disciplina recibía impulso del derecho marítimo, que venía elaborando instituciones que adquirirían después valor general, del mismo modo que en las ciudades marítimas se afirma primeramente el renacimiento comunal.⁵⁴ No parece remediable la extralimitación, de manera que en todos los países y épocas, se han conocido las actividades desbordantes, que inclusive han originado polémicas entre las corrientes doctrinarias.⁵⁵

La discusión acerca de las facultades del juez para hacer surgir nuevas normas parece sobrar, porque siempre se encontrarán explicaciones, y siempre se pretenderá que la novedad no es tal sino una interpretación distinta del mismo precepto. Y esto sucede inclusive en regímenes tradicionalistas y cerrados, como el derecho musulmán:

“Hasta aquí se han visto criterios para resolver cuestiones con un apoyo más o menos remoto en la ley. ¿Qué hacer cuando falta, o está oscuro que no se puede utilizar? Aquí la esfera de acción del *ichtihad* = esfuerzo, el trabajo científico encaminado a la interpretación de las fuentes y a la sistematización de la ciencia jurídica, de aquí que se llame *mechtahid* al sabio que se dedica a este trabajo; insistiendo en la función del *ichtihad*, de llenar lagunas de ley, hay que hacer constar que no le considera el Islam como una especulación personal, una libre exposición del sentido individual de lo justo y lo equitativo; debe buscar un apoyo en el espíritu de la ley, con lo que viene a entroncarse otra vez con el *quiyas*, sin que sea nunca fácil separar debidamente estos conceptos. La escuela de Malic busca este entronque en el *istislah*, o sea la utilidad pública, fin general de toda ley, concediendo al principio tal virtualidad, que se apoya en él para obtener un resultado de rectificación del Derecho estudiado, que caracteriza Goldziher, asimilándole al *corrige ius propter utilitatem publicam*. La escuela de Abuhanifa se mostró más libre; el sentido personal triunfó en ella; el *istihsan* = tener por bueno, es el procedimiento de llenar los vacíos de la ley, y como el *istislah* de los malequíes, de introducir soluciones de epiqueya (equidad) contra la letra de la misma; por ello mereció no pocos reproches de los partidarios de otras escuelas; pero hay que hacer constar que estos procedimientos de interpretación, como otros que se asignan como propios de determinadas escuelas, no lo son en un sentido exclusivista; así la escuela malequí sin perjuicio de combatir el *istihsan*,

⁵⁴ Fulvio Ascarelli, *Introducción al Estudio del derecho mercantil*, Trad. Evelio Berdera y Tuells, Barcelona 1962, p. 35; y el propio traductor agrega en la Introducción: “La impronta de su método (de Ascarelli) orgánico o naturalista, basado en la distinción, en el campo de las instituciones jurídicas, entre su estructura (esto es, sus órganos, su anatomía) y sus funciones (esto es, sus finalidades), y la posibilidad de que se desvíe de su función, sin que por ello se altere su estructura fundamental, está presente en muchas de sus páginas más brillantes.” Idem., p. 16.

⁵⁵ Cfr. *Interpretando la Constitución: dos puntos de vista. La propuesta de los padres de la patria*, por Robert H. Bork, y *Los límites del propósito original* por Laurence H. Tribe, en *Facetas*, U.S. Information Agency, Washington, D.C., No. 75, 1/1987, pp. 28-32.

le aplica también en algunos casos, si bien con menos frecuencia que la de Abuhanifa”.⁵⁶

Y en otra cultura tan alejada del resto, como la japonesa, también se da la función legisladora a través de la jurisprudencia: “El aparato judicial shogunal produjo una creciente cantidad de normas jurisprudenciales, de *case law*, con una técnica especial de establecer *distinciones* dentro de los precedentes, técnica con la que cualquier estudioso del derecho anglosajón está familiarizado...”⁵⁷

Y ya que se alude al derecho anglosajón, conviene establecer que, pese a la idea generalizada en el sentido que el Parlamento lo puede todo en la Gran Bretaña,⁵⁸ es la judicatura la que, al menos en las relaciones de los justiciables con la autoridad tiene la última palabra:

“La tradición del *common law* constituye una importante limitación, al poder del Parlamento. Aunque es verdad que “los críticos han aceptado como un axioma la doctrina de la supremacía del Parlamento”, dice Wade, también lo es “que han considerado a los jueces como constituyendo el baluarte contra la intromisión a la libertad personal y a la propiedad”. Porque si bien jurídicamente no existe derecho que no pueda ser negado o quitado por el Parlamento, se admite que hay ciertos principios fundamentales reconocidos por los tribunales del *common law* que no pueden ser vulnerados mediante una ley y sin los cuales no se concibe el normal funcionamiento del sistema constitucional inglés”.

94. La diferencia, entonces, se encuentra entre *tomas de posición* y zona de la evidencia donde se encuentra el dato o hecho que confirma la disposición o la relación buscadas.

En la ley, es el legislador, el órgano público legitimado el que toma la posición, en la costumbre es el grupo quien lo hace y en la jurisprudencia, toca al juzgador establecer la resolución. Queda la historia y la doctrina. Quiérase o no, la historia es un registro no un agente: que su conocimiento puede inducir a formar la tradición, es algo distinto y todo lo más, cabe rendir homenaje al pasado, sin que ello impida ni obstaculice en forma alguna, la posibilidad, no sólo de nuevas normas, sino de la desaparición de las antiguas. En la historia no está la toma de posición: cuando mucho se encontrará el dato registrado que evidencia la pasada existencia de una toma de posición que puede repetirse o abandonarse, al tenor de las necesidades sociales.

Y la doctrina es, con toda su importancia intelectual, un especular, un reflexionar sobre el derecho en cualquiera de los niveles de lenguaje que le aluda, inclusive el atinente al orden positivo; pero la doctrina no impera: ése es el nivel de lenguaje jurídico que no alcanza,

Se ha comentado muchas veces que hubo tratadistas que llegaron a tener tanta

⁵⁶ José López Ortiz, *Derecho musulmán*, Barcelona 1932, p. 28-9.

⁵⁷ Guillermo F. Margadant, *Evolución del Derecho Japonés*, México 1984, p. 132.

⁵⁸ En 1707, el Parlamento inglés se extinguió por sí y transfirió su autoridad al Parlamento de la Gran Bretaña por la unión con Escocia.

⁵⁹ Rodolfo Bledel, *Introducción al estudio del Derecho Público anglosajón*, Bs. As. 1947, p. 15.

fama, como los glosadores Bártolo y Baldo, que se les consideraba verdaderas autoridades; pero lo cierto es que, dadas las circunstancias de información documental, como en las épocas en que los libros y toda clase de impresos, alcanzan difusión suficiente, la glosa, con toda la cauda de implicaciones: el comentario, la explicación, la aclaración, la revelación, la apostilla, la crítica y la exégesis desaparecen:

“Prohibida la glosa y cualquier comentario a la Recopilación de Indias por Real decreto de 9 de mayo de 1776, y no habiendo recibido como su suegro (José Perfecto de Salas, nacido en Buenos Aires en 1714) el encargo de continuar los *Comentarios* de Corral (Juan del Corral y Calvo de la Torre, autor de unos *Comentarios* iniciados en 1719 y truncados en 1737 por éste que fuera oidor de la Real Audiencia de Santiago), el interés de Martínez de Rozas en anotar la Recopilación debe entenderse como un interés puramente personal que responde a la necesidad de conocer la legislación vigente. Es la misma necesidad que siente Matraya y que éste trata de resolver en lo canónico y secular con su *Moralista Filalético*⁶⁰.

En nada se minimiza la influencia determinante de la doctrina, lo que se hace es distinguirla de los otros elementos de conocimiento de la normatividad positiva. Bastaría en todo caso, tener presente lo dicho por Luis Jiménez de Asúa⁶¹, para enderezar cualquier malentendido: “Quienes habían sido maestros de Europa, quienes contaban con nombres como Francisco de Vittoria, que creó el Derecho Internacional; Juan Luis Vives, el mejor humanista de su época, ausente siempre de su patria y profesor de Brujas; Francisco Suárez, que enseñó al mundo lo que debía ser la comunidad de naciones y a interpretar las leyes, Diego Covarrubias, el más respetado canonista del orbe, que fue seguido por Carpzovio en materia de culpabilidad, se vieron en el trance de buscar maestros fuera de su patria y de asumir conducta de discípulos⁶².

Con todo, el tema denominado fuentes del derecho, sigue siendo objeto de la ciencia y de la filosofía o de la sociología del derecho, y las críticas no han logrado, ni la unidad de sentido, ni menos superar la ya tradicional clasificación en fuentes formales y materiales; siendo casi unánime el criterio que entiende por fuentes materiales a los datos o hechos sociales que determinan el contenido de las normas. De esta manera podría decirse que los movimientos de la opinión pública han llevado a la reforma de los códigos, que los criterios axiológicos han establecido ciertas soluciones como la del respeto de la voluntad privada en materia de propiedad o su contraria, la prevalencia de la utilidad o función social; que las declaraciones de partido han determinado la implantación del derecho irrestricto de huelga, frente a la tesis del arbitraje forzoso o del sistema mixto en materia laboral.

⁶⁰. Concepción García-Gallo, en la Introducción del libro *Las notas a la Recopilación de Leyes de Indias, de Salas, Martínez de Rozas y Boix*, Madrid 1979, p. 18.

⁶¹. *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Bs. As. 1958.

⁶². p. 95.

Las fuentes formales vendrían a ser los actos creadores de una positividad, de una especial norma jurídica. Se tendría así como fuente formal a la ley, porque en ella adquiere obligatoriedad la valoración del juicio oral o del procedimiento escrito; o bien, a la jurisprudencia, porque las decisiones de los tribunales encargados de formarla han conducido a establecer que la falta de presentación de ciertos documentos tiene consecuencias no previstas en la ley, y así por el estilo.

En resumen, lo que se indaga es qué invocan los jueces como derecho para decidir un caso, sin olvidar que puede darse la hipótesis del juez creador de la misma norma que aplica: “...En las recientes codificaciones alemana y suiza se ha hecho, desde luego, un uso más amplio de varias ideas de técnica legislativa que, por lo demás, no eran desconocidas del Código de Napoleón, la finalidad común de las cuales es la de permitir en algunos casos al juez enfrentarse directamente con la conciencia social contemporánea, para reclamar de ella, sin pasar por la ley, las llamadas cada día más frecuentes que el legislador hace en sus artículos al derecho consuetudinario, la cada vez mayor amplitud que en la medida de ciertas sanciones jurídicas se deja a la apreciación discrecional del juez, el recurso cada vez más extendido a las normas legislativas que para indicar el hecho específico a que son aplicables usan deliberadamente vocablos de significado elástico y variable, y que han sido llamadas acertadamente las válvulas o los órganos respiratorios del ordenamiento jurídico, porque precisamente a través de ellas puede el juez hacer penetrar un poco de oxígeno en su prisión legislativa, precisando, de acuerdo con las concepciones predominantes en cada momento en la sociedad, el contenido de aquellas fórmulas vagas... La especial función de las jurisdicciones de equidad, que es la de formular directamente el derecho a aplicar al caso concreto, y no la de aplicar un derecho ya formulado por el legislador, influye de un modo evidentísimo en la constitución personal de estos colegios especiales, cuyos componentes se eligen a base de principios absolutamente opuestos a los que están en vigor para el reclutamiento de los jueces ordinarios”, con referencia a los tribunales especiales de guerra⁶³.

Así pues, si al intérprete se le impone desde fuera el sentido que él se limita a actualizar, ya sea porque exista ley anterior o porque se le suponga capaz de informarse en el sentido jurídico especial de su comunidad en un momento dado, lo cierto es que la pregunta sigue en pie ¿De dónde viene la norma? Y es entonces que vuelve a ser significativa la consideración que, lo realmente inquirido es ¿quién toma la posición cuya versión en la proposición jurídica aplicable es la elegida por el juez?

Y contemplada de esta manera la problemática en cuestión, se llega a las siguientes conclusiones.

a) La norma puede estar formulada por la toma de posición de un legislador público y entonces se habla de la ley.

⁶³. Piero Calamandrei, *El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad*, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., pp. 75 y 87-88.

b) El origen puede ubicarse en la toma de posición de los particulares y, en tal hipótesis se hablaría de la costumbre.

c) Cabe también el juicio *en equidad*, que según la doctrina es la toma de posición del juez: inclusive la jurisprudencia.

d) La doctrina podrá informar pero no formar la norma positiva.

e) Historia, lógica, el llamado derecho natural o sentido de la justicia, podrán ser medios para llegar a la toma de posición, pero ésta tendrá que hacerse por las subjetividades indicadas en a), b) y c).

f) Usos, prácticos y las mismas reglas de cortesía o protocolo, son otras tantas manifestaciones de la costumbre jurídica, aunque la ley no las respeta⁶⁴

95. Al descender al derecho procesal, la situación no cambia, aunque aquí, todas las esferas jurídicas se dirigen al juez; la normatividad dinámica que regula el comportamiento de los distintos sujetos a partir de la demanda o de la acusación; la normatividad que Goldschmidt llamara derecho justicial material —de lo procesal civil o de lo procesal penal— y que va a influir desde las condiciones de la probanza y luego de la sentencia; y la normatividad pública de la ejecución en lo civil y el castigo en lo penal, pues la doctrina insiste en que toca al órgano judicial vigilar, supervisar o juzgar de las eventualidades posteriores al fallo.

Las fuentes en lo procesal siguen siendo la toma de posición de quien o quienes ponen en vigor la regla, y el dato social o cultural en que puede consultarse la norma. Y los autores de la toma de posición siguen siendo el legislador público en los procesos estatales, y los legisladores *ad hoc* en los demás casos, ya sean procesos internacionales públicos o arbitrajes privados. Serán legisladores, serán quienes hayan tomado la posición elegida, los autores de las convenciones o tratados, así como los particulares o instituciones —Cámara Internacional del Comercio o Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial— que suscribieron el acuerdo.

Y aquí también, como en las demás ramas y disciplinas, se suscita la discusión sobre quien da electividad a la norma, también se debate entre publicistas y privatistas el tema de la determinación de las disposiciones.

⁶⁴. Cfr. Juan Arias Gómez, El "consensus communitatis" en la eficacia normativa de la costumbre, Pamplona, 1966.

V

TEORIA DE LAS UNIDADES PROCESALES

96. El empleo indiscriminado de los términos elemental, básico y fundamental no es síntoma, en el derecho procesal, de riqueza lingüística, sino de equivocidades y confusiones.

No hay, desde luego, una autoridad política o académica que imponga determinado criterio, lo que se impone es la lógica y hasta el llamado sentido común. De conformidad con el método de cuantificación evidencial, si se parte del objeto de conocimiento que se quiere denominar, la palabra es escogida arbitrariamente, pero una vez realizado esto, es preciso conservar el significado, para que la voz empleada tenga el valor que dan los convencionalismos sociales.

Elemental ha de utilizarse para lo indivisible, fenómeno procesal de noción monolítica, como lo son la instancia, la acción, la reacción y la jurisdicción.

Básico es todo aquello que soporta ideas subsecuentes, y no se está necesariamente ante datos elementales, de manera que hay manifestaciones tan complejas como el procedimiento y el proceso mismo.

En cuanto a lo fundamental, llevado al campo del derecho procesal, atañe a los principios que unifican la institución, los que no pasan de ser: la resolución de los conflictos jurídicos por obra de un tercero imparcial.

Por lo dicho, se observa que de la misma manera como las ciencias naturales inventan, eligen o imponen un nombre para los objetos de su conocimiento, sin que valga decir que carecen de autoridad para darles tal denominación, porque los botánicos o los zólogos no afirman haber encontrado en las cosas esa palabra, sino que se limitan a emplearla para la economía de su trabajo, en ese mismo camino los juristas han otorgado la titulación lingüística, y también como los demás científicos, han efectuado *invariaciones* con las palabras y sus significados, lo que ha producido aplicaciones sucesivas y derivadas que, entonces sí, tienen un apoyo de inferencia.

97. No es el procesal el único ámbito del derecho en que se aprecian las diferencias eidéticas señaladas. En lo penal, por ejemplo, la caracterización del delito, que en su tipicidad resulta ya unitario, aunque complejo, la elementalidad se ubica en las conductas llamadas *comisión* y *omisión*.

En la reunión de distintos datos, como son esas conductas, su antijuricidad, la culpabilidad, la punición legal e inclusive la imputabilidad, se da el tipo, lo básico de la rama penal.

Y esa conexión de apoyo a consecuencia, se mira también en lo civil al partir

del convenio para llegar al contrato, o de la pretensión y la prestación para establecer el acuerdo.

En general, ya sea en lo constitucional al hablar de los derechos del hombre, o en lo administrativo al referirse a las autorizaciones, es constante la circulación de los conceptos de una manera transitiva que lleva al sistema.

Podrá discutirse si las palabras elegidas son las más apropiadas, considerando su uso, la tradición, el lenguaje legal, el jurisprudencial y demás, pero lo que no cabe rechazar es el fenómeno ideatorio. El sujeto se encuentra frente a situaciones delineadas a base de noticias tomadas de la experiencia, que no quedan al arbitrio o capricho de nadie.

Se llama comisión a una conducta positiva, y omisión a una ausencia de actuación. El nombre es susceptible de cambiar, pero el fenómeno queda ahí permanentemente.

Y las características de cada noción están también fuera de la voluntad del observador, de manera que la instancia, la acción, la reacción o la jurisdicción, son acontecimientos caracterizados por su naturaleza de conductas humanas, jurídicamente calificadas.

Una acción, procesal, para eliminar por ahora confusiones, es simplemente una conducta de alguien, expresada en circunstancias y condiciones determinadas.

Su unidad indivisible, contrasta con la material divisibilidad de un procedimiento, compuesto por una multiplicidad de conexiones de conductas de distintos sujetos. La instancia, como la acción o la reacción y también la jurisdicción, se aíslan fácilmente, se separan en un bloque compacto, que ya no es susceptible, física ni intelectivamente, de fraccionarse.

Que en un procedimiento las instancias se reiteran, es otra demostración de su unidad, porque ver, o percibir sucesivas instancias, es distinguir una a una las conductas respectivas. En cambio, el trámite, el rito seguido conforme a normas especiales, es un recorrido cuya unidad artificialmente formada, proviene de su adhesión a una idea fundamental.

La idea fundamental viene así a ser significada por esa intención de ir hacia una meta, lo que aglutina a los demás actos, y también a los datos circunstanciales como el lugar en que se efectúan, o el tiempo con que se miden; eso que los mantiene sometidos a una fórmula institucional, es la idea fundamental.

Llevar a cabo una serie de acciones, de reacciones y de actos jurisdiccionales, para llegar al momento de la emisión de una sentencia, de una resolución imparcial de un tercero, eso es lo fundamental, es el principio que da consistencia de procesal al conjunto.

Para comprender el alcance de cada unidad, de su invariación interna y del cometido técnico, basta observar la influencia de la idea fundamental en el concepto de acción, o la de éste en el de jurisdicción.

Los conflictos jurídicos pueden ser resueltos por muy distintos medios y caminos, entre ellos el procesal. Inclusive cabe, como la muestra a diario la experiencia, que los problemas se diluyan sin llegar a la resolución, o mejor

dicho, dejándola de lado, pasando adelante y sin ella; lo cual se ve en todos los casos de prescripción y usucapión.

Existen las hipótesis de imposibilidad de resolución por haber desaparecido el objeto de la discusión o el sujeto de la conducta lesiva. De manera que en el seno de la sociedad, ni todo va a la resolución del tercero imparcial, y ni siquiera cabe pensar en que todo va a cualquier tipo de resolución.

Ello no obsta para considerar que la resolución imparcial es la preferente. No sólo porque es resolución, lo que entraña un paso adelante de la indecisión conducente a la inseguridad, sino porque es una decisión de cierto tipo, de aquél que llega al mayor valor lógico: el de la imparcialidad.

La imparcialidad deja supuestas las parcialidades. Solamente frente a posiciones contrapuestas es que cabe hablar de imparcialidad. Ahí donde no han contienda, como en la mal llamada "jurisdicción" voluntaria, la imparcialidad está de más.

Y la parcialidad se da también en una cierta hipótesis, pues no hay, jurídicamente, posibilidad de pretender sin razones y sin hechos o, expresado de otra manera, sin hechos razonados en derecho.

Que esos hechos razonados tienen una presentación parcial, es indudable, porque no tendría explicación plausible la acusación del ministerio público que coincidiera con otra acusación del indiciado. Se sabe que hay, tanto las confesiones extrajudiciales, como los casos patológicos de quien se atribuye el delito; pero la decisión judicial no se apoya tan sencillamente en estas circunstancias, porque además de los eximentes y los agravantes, es menester analizar la imputabilidad y la responsabilidad, de manera que el reo no puede, jurídicamente, ofrecer al juez, la misma visión que en derecho hace el acusador.

Es claro que tanto la confesión, como el reconocimiento del derecho ajeno, o el allanamiento liso y llano a la pretensión son factibles dentro del proceso, pero es distinto ir al juicio contenciosamente, que renunciar en él a lo pretendido, por razones que sólo atañen a las partes. El demandado puede creer que le conviene más conservar los vínculos económicos y comerciales con su contraria, que pleitear, o el reo penal advertir que le es benéfico confesar un delito menor que le sirve de coartada ante el mayor; pero todo ello es indiferente al esquema de las pretensiones contenciosas, surgidas al inicio del proceso.

La conexión, lógicamente indestructible, entre la idea fundamental y las unidades elementales, se explica y justifica en la bilateralidad de posiciones. Dado que no hay imparcialidad si antes no hay parcialidades, es forzoso que haya un vehículo para permitir la presentación programada y concordante de las pretensiones conflictivas, porque no se está en el campo de los acuerdos pacíficos en que, jurídicamente, no hay contradicciones: uno pretende la cosa y el otro pretende el precio. En las convenciones, es obvio, hay ese pretender que, además, no necesita de un tercero, y cuando lo llama, es para auxiliar y no para superponerse. El pretender de los pactos podrá llevar en su seno económico un choque: el regateo por el precio y las demás condiciones, pero no hay conflicto jurídico. Esto es necesario tenerlo en cuenta, porque hay doctrinarios que ponen la atención en

las discrepancias materiales: casa frente a dinero, el servicio frente al precio y demás. Pero todo ello no es jurídico, donde hay discrepancia jurídica hay conflicto y hay pretensiones parciales en busca de una resolución imparcial.

98. Entre lo fundamental, que además es el principio de la rama procesal, y las restantes unidades, hay esa correspondencia lógica de lo que une y consolida.

La organización judicial, la fijación de la litis, la confirmación de las pretensiones, la ejecución, los actos de dación de fe o de certificación, los impedimentos del árbitro, el auxilio judicial internacional, la toma de la prueba en el extranjero, la competencia o la tercería, etc., son datos que se inscriben en el derecho procesal, en la rama, por una razón suficiente, que es su adhesión a la idea fundamental de la resolución imparcial.

La llamada *prueba*, por ejemplo, tomada aisladamente, fuera de las coordinadas procesales, es una figura indiferente para la pretensión contenciosa, y sólo cuando ésta se presenta, es que aquélla importa para el juzgamiento.

La competencia o las impugnaciones, son metas del derecho administrativo, o del constitucional, y apenas cuando se ligan a la resolución imparcial es que entran en la rama del derecho procesal.

La dación de fe o la autenticación pueden ser materias propias y relevantes para el derecho notarial o el registral, y no es sino cuando tienden sus efectos hacia la idea fundamental de la resolución imparcial, que ha de estudiarse en la rama procesal.

Así pues, el entrelazar de las unidades sólo encuentra orden en el sentido teleológico de la resolución imparcial. Pero hay unidades que no se explican, siquiera, a menos de partir de una base sistemática.

Tal es el caso de la acción, la reacción y la jurisdicción. Su existencia fuera del proceso es inconcebible, y no exclusivamente porque sean, efectivamente, sus unidades, no nada más porque sirvan para constituirlo, sino porque son las conductas, jurídicamente dinámicas, que permiten llevar al tercero imparcial la conflictiva expuesta en las pretensiones de dos partes, las pretensiones parciales. Esas unidades materialmente arrojan en la institución procesal la visión del conflicto, a través de la suma o ajuste de las pretensiones contrapuestas.

Sin el proceso no habría manera de llegar al momento de la decisión final, porque otras figuras que también emplean el procedimiento, del que luego se hablará, son susceptibles de conducir una pretensión a una resolución, pero no será la discutible y propia de un conflicto entre partes. Esto corrobora que la idea fundamental permite definir y delimitar la institución, en este caso a la institución procesal.

Casos hay, como el del *Ombudsman* surgido en Suecia, que ha sido tomado como figura capaz de mantener el orden; la cual está dentro de la línea procesal, porque tiene competencia para:

a) *Procesar* o pedir el *procesamiento* de un funcionario, tanto por faltas cometidas en el servicio como por otros delitos de acuerdo con el código penal;

b) Incoar un procedimiento disciplinario contra un funcionario cuya falta o error sea grave, pero no tanto como para que motive un *procesamiento*;

c) Criticar, en diferentes grados de severidad, a autoridades y —en su caso— proponer/recomendar modificaciones a la organización y rutinas, exigiéndoles le informen sobre lo actuado o dejado de proceder con motivo de la recomendación;

Además puedo

d) Proponer/recomendar al Parlamento/gobierno que adopten una normativa legal en cierto ámbito o, según venga al caso, derogar o modificar una vigente.

“El derecho de *procesar* o abrir expediente disciplinario lo tienen únicamente los *ombudsmen* escandinavos. Para la mayoría de los restantes *ombudsmen* consiste su arma más potente en recomendar unas medidas unidas a la posibilidad de elevar la cuestión a alguna comisión parlamentaria.”⁶⁵

Pero el *Ombudsman* no es juez y su competencia va cambiando a medida que, desde 1809 en que se creó en Suecia, se le ha trasplantado, primero a Finlandia en 1919, después de treinta años a Dinamarca, a Nueva Zelanda en 1962 y otros países más de América como el Canadá o Venezuela.⁶⁶ “El *Directory of Ombudsmen* más reciente (octubre de 1985) del International Ombudsman Institute relaciona los nombres de más de 300 instituciones/personas de todo el mundo que se llaman a sí mismas *ombudsman*, mencionándose además unas 150 personas/instituciones y pico bajo la designación de *complaint handlers*, pero las cuales, las más veces se llaman a sí mismas *ombudsman*. Creo poder afirmar que son como máximo cincuenta las que entre tales instituciones/personas tienen *derecho* a utilizar la denominación por cumplir los requisitos —de por sí no especialmente rigurosos— estipulados en la definición”⁶⁷. La International Bar Association es la autora de la definición, que dice: “Is an office provided for by the constitution or by action of the Legislature or Parliament and headed by an independent, high level public official who is responsible to the legislature or Parliament, who receives complaints from aggrieved persons against government agencies, and who has the power to investigate, recommend corrective action, and issue reports”⁶⁸.

99. La combinación, la invariación de las unidades procesales, sigue dos caminos: el primero es directo, entre unidades de la misma clase, como la acción con la

⁶⁵ Per-Erik Nilsson, “Ombudsmen” —jefe del Parlamento sueco. “El Ombudsman” defensor del pueblo ¿O qué?, en *La defensoría de los derechos universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, México, 1986, p. 18.

⁶⁶ La palabra *ombudsman* tiene una connotación positiva —tanto para el público como para la burocracia—. En vista de ello no es de extrañar que el concepto sea utilizado por personas y en contextos que muy poco o nada tienen que ver con la idea en sí, y que no responden a los criterios establecidos en la susodicha definición.” Op. cit. p. 18.

⁶⁷ Nilsson, op. cit., pp. 15-16.

⁶⁸ Ídem, p. 15.

reacción y la jurisdicción, o el proceso con el procedimiento, con incidentes, accidentes, trámites y ritos, y la misma idea fundamental de la imparcialidad con otros principios como el de transitividad o el de alternatividad, que explican los criterios normativos de las distintas épocas y los diversos pueblos.

La segunda invariación es entre las clases, de manera que las unidades complejas del segundo grupo: proceso, procedimiento, incidentes, accidentes, ritos, trámites o etapas del juicio, sirven de base, son la infraestructura en que se ejerce la acción, la reacción y la jurisdicción por un lado, mientras que por otro, el teleológico, estos encadenamientos de conductas se unifican en la meta: resolución imparcial de tercero —conforme a la norma elegida alternativamente, en términos del criterio imperante en el tiempo y en esa civilización—.

La consistencia de las unidades institucionales es, por consiguiente diversa, y así se tiene que la acción, la reacción o la jurisdicción son conceptos que ya no admiten división de notas dentro de la rama procesal —sin embargo, si la acción se le analiza desde la rama procedimental es apenas un cierto tipo de instancia—.

El proceso ofrece, en cambio, una complejidad susceptible de separación, por lo que estando compuesto por acciones, reacciones y actos jurisdiccionales, lo que sigue es ubicar cada concepto elemental o indivisible en su sector lógico-jurídico: acciones y reacciones tienen frente a la jurisdicción la manifiesta discrepancia de su procedencia, las primeras vienen de las partes, la última del tercero y, asimismo, las primeras provocan o determinan a la jurisdicción, por ello se habla de la justicia rogada.

No son, por supuesto, ésos los únicos conceptos elementales, a su lado y de una manera relevante, aparece la pretensión, que no es exclusiva del proceso, y ni siquiera del procedimiento, puesto que se le ve en el campo administrativo y en el ámbito de los contratos.

Pero la pretensión procesal tiene la característica irrepetible de su índole conflictual. Es necesariamente una manifestación, un resultado del dilema que se forma al buscar cada parte una resolución determinada.

Así como la pretensión contractual es simple, en cuanto no persigue sino la prestación convenida, y la pretensión en la relación administrativa es ya de doble sentido, porque se funda en un derecho o facultad concedidos por la norma objetiva y persiguen la autorización, el permiso, la licencia o el título previsto en la ley o el reglamento; la pretensión procesal es, igualmente de doble sentido, pero uno de ellos, el que alude al origen es conflictivo *causa petendi* y de ahí que el otro sea apenas uno de los términos del dilema *petitum*.

Todo lo comentado conduce a la sistematización, porque las ideas —la fundamental o principio de resolución imparcial—, los conceptos elementales —acción, jurisdicción, pretensión y reacción—, las nociones básicas —proceso y procedimiento—, sirven para llevar a cabo una conexión, que es sistemática, en cuanto hay congruencia en el total, hay correspondencia de unidades lógico-jurídicas y hay un producto que es la ciencia procesal.

La sistematización, para serlo efectivamente, para corresponder al tratamiento científico, ha de utilizar conceptos sintéticos, este tipo de elementos lógicos del

juicio, que son congruentes con todos los demás componentes del sistema. Si hubiere contradicción entre ellos, la sistematización sería inalcanzable.

Al pensar en el derecho como disciplina humana, se tiene en mente un sistema, y lo mismo sucede con una rama como la procesal, cuya idea fundamental es el fijador que sirve para unir nociones y conceptos de los más distintos extremos.

En esta descripción es que se asienta el criterio en el sentido que el derecho es también una ciencia. Sus contenidos no son juicios de causalidad sino proposiciones del deber ser, pero la verificación de ellas está en la objetivación de las normas, y su conexión conduce al sistema.

Lo que se necesita es metodizar los elementos, dar univocidad a los vocablos, porque si la palabra jurisdicción va a significar competencia, extensión territorial, distribución de poderes, separación de Estados y hasta simples encomiendas como la vigilancia policiaca o la facultad de inspección de giros comerciales, diciendo que cierto agente administrativo o municipal no tiene *jurisdicción* para revisar tarifas o precios de las mercancías, ni horarios de trabajo, entonces, la jurisdicción por antonomasia, que se ha venido vinculando con la acción y la reacción constitutivas del proceso, pierde significado, se vuelve equívoca.

Ciertamente es difícil, o al menos exige cuidado, constancia y autodisciplina, la vigilancia del empleo de los vocablos, pero debe reconocerse que sin esa insistencia, la conexión sistemática es imposible. Se sabe que el afán literario, la búsqueda del estilo y el horror por la monotonía del lenguaje, suelen inclinar al autor a la pluralidad de voces para uno y el mismo fenómeno, al tiempo que la indolencia y la mal entendida tradición o la semántica conducen a la falsa economía lingüística que hace de las palabras signos multívocos.

Desde luego, no se busca eliminar al estilo elegante ni a la refinada expresión literaria, pero hay un límite lógico que impone respeto al método. Una vez convenida la significación teórica de cierta palabra, el tratadista, el legislador y el juez, están constreñidos por la seguridad de la expresión: “Desde este punto de vista el estudio de una lengua lleva por fin darla a conocer, de manera que quien se sirva de ella establezca, al pensar y al hablar, series no interrumpidas de ecuaciones entre la cosa significada y su signo, entre la idea y la palabra”.⁶⁹

Debe, también, tenerse en cuenta que en realidad hay dos lenguajes, el coloquial que se emplea comúnmente, y el científico o técnico del que se encargan los lexicones de cada disciplina.⁷⁰

El derecho también cuenta con sus diccionarios, tradicionales, especiales y

⁶⁹. Rafael Angel de la Peña, *Gramática teórica y práctica de la lengua castellana*, UNAM, 1985, p. 29.

⁷⁰. Cfr. *Diccionario bíblico arqueológico*, de Charles F. Pfeiffer, E.U., 1982; *Diccionario médico Teide*, México 1984; P. Mateu Sancho, *Diccionario de astronomía y astronáutica*, Barcelona, 1962; Patrice Pavis, *Diccionario del teatro*, Barcelona 1983; Carlos Gaytán, *Diccionario mitológico*, México, 1974; Juan-Eduardo Ciriote, *Diccionario de símbolos*, Barcelona, 1982; Jack C. Plano y Roy Olton, *Diccionario de relaciones internacionales*, México 1983; D.G.A. Whitten y J. R. Brooks, *Diccionario de Geología*, Madrid, 1972; Helena Beristáin, *Diccionario de retórica y poética*, México, 1985; Jean Dubois y otros, *Diccionario de lingüística*, Madrid, 1982, *Glosario de términos técnico-administrativos de uso frecuente del Instituto Mexicano del Seguro Social*, México, 1982; etc.

generales;⁷¹ pero aquí sucede que el fenómeno de la relatividad, de la visión o consideración subjetivas, impide la uniformidad. En estos casos interviene y prepondera el criterio doctrinal del autor, al grado que en las obras colectivas, un término o un concepto en que se utilizan varias palabras, llegan a tener significaciones muy personales.

Es que una obra de este tipo —técnico-científico—, requiere primero un punto de vista convencional: el autor ha de limitarse a dar acepciones generalmente usadas, y abstenerse de una posición personal, porque de otra manera, en lugar de diccionario se hará un tratado en forma de vocabulario especial.

100. Tal vez el campo más adecuado para efectuar una unificación metódica, sea la rama procesal. La línea significativa que va de la ideación, a la palabra y de ésta al objeto: a la circunstancia física, ha sido analizada con una mayor sutileza y mayor exigencia que en otros sectores.

No se aparta el derecho procesal de los esquemas primarios de la normatividad. También aquí se aprecian reglas determinativas, que son todas aquellas que definen o caracterizan —con la arbitrariedad y convencionalidad permanentemente empleadas en el léxico jurídico— las relaciones, las situaciones, las personas, las cosas y aun los acontecimientos naturales.

A partir de los sujetos, el derecho procesal tiene que tipificar cada una de las especies de la variada gama de individualidades, para luego sistematizarlas. Pero lo primero es la definición: partes, terceros titulares de la jurisdicción, auxiliares, colaboradores y demás.

También se definen las relaciones y las situaciones, y ahora es menester hacer la separación entre la doctrina y el derecho positivo, legislación y jurisprudencia. Esto es forzoso, porque los puntos de vista difieren, en la doctrina hay una inclinación preferente hacia la teoría, claro está, buscando más adelante su aplicación práctica, de manera que, si es necesario, el investigador da una importancia secundaria a la casuística de los regímenes histórico-geográficos.

Por ejemplo, la relación de litispendencia, o la situación de indiciado, son otras tantas hipótesis que, por un lado, la doctrina describe sin limitantes de la relatividad fáctica, y por otro las legislaciones imponen una caracterización específica que puede cambiar de país a país.

El espacio y el tiempo son delimitados por el derecho procesal y la arbitrariedad de la rama permite observar que, por ejemplo, el espacio, constitucionalmente considerado, puede no coincidir con el lugar de los actos procesales, con la

sede del tribunal, sobre todo si es internacional o simplemente transnacional como en el arbitraje privado. Hay un tiempo definido procesalmente para imponer términos y plazos, que no coincide inexorablemente con las mediciones del derecho civil o del penal.

Esto se contempla, tal vez empleando la sutileza del más alto grado, en la diferencia entre la prescripción de la *acción* (*rectius*: pretensión) penal y la prescripción del *derecho* (*rectius*: deber) punitivo.

En ello ha consistido, se ha visto, el argumento de James Goldschmidt,⁷² para remitir al derecho justicial material, reglas que en el derecho positivo están diferenciadas. Según el autor, todo obedece a que el Estado es el titular del derecho punitivo, y éste engloba el derecho a acusar el de condenar y el de ejecutar, y congruentemente el de abolir la pena y de indultar. Entonces, la prescripción, el transcurso del tiempo sin el ejercicio de esos derechos, que conduce al impedimento para castigar, se refiere al derecho punitivo. Pero la realidad es otra, en las legislaciones nacionales se separan: la prescripción para pretender la condena, y la prescripción para condenar.

101. El derecho procesal emplea las estructuras normativas de las relaciones de prestación, y así se explica que al demandar o acusar ante el juzgador, se establezcan vínculos entre los demandantes y el tercero imparcial, y entre los demandantes y los reos, civiles o penales.

Hay, ciertamente, la tesis del propio Goldschmidt,⁷³ en el sentido que las normas jurídicas procesales constituyen para las partes “las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente *relaciones jurídicas*, consideración *estática* del Derecho, esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino *situaciones jurídicas*, consideración *dinámica* del derecho, es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse, y en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas...”.

La tesis de la carga como estructura lógico-jurídica que se aparta de la idea elemental y al mismo tiempo básica de la relación jurídica, no tiene una consistencia suficiente. El autor la ha destacado como una expresión de lo que denominó las nuevas categorías procesales⁷⁴.

Lo cierto es que lógico-jurídicamente, el concepto de relación, en el ámbito procesal, no sólo no quedase descartado, sino que se multiplica: hay un vínculo de

⁷¹ Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París-México, 1884; *Black's Law Dictionary*, U.S.A., 1982; Eduardo J. Couture, *Vocabulario jurídico*, Montevideo, 1960; Rafael Altamira y Crevea, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, 1951; *Enciclopedia Jurídica OMEGA*, Bs. As. 1954; Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro, *Diccionario de Derecho Privado*, Ed. Labor, S.A., 1950; Gonzalo Fernández de León, *Diccionario de Derecho Romano*, Bs. As. 1962; A. Quintano y J. Heilpern, *Diccionario de Derecho Comparado*, Madrid, 1951; Raúl Goldstein, *Diccionario de Derecho Penal*, Bs. As. 1962; o Santi Romano, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Bs. As. 1964 entre otros más.

⁷² *Derecho justicial material* trad. Catalina Grosmann, Bs. As. 1959, p. 98 y *passim*.

⁷³ *Derecho procesal civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, Barcelona 1936, p. 8.

⁷⁴ James Goldschmidt, *Teoría General del Proceso*, Barcelona, 1936, pp. 55 y ss: “Como ya resulta de las explicaciones anteriores, las categorías procesales que acabamos de establecer no caben bajo el concepto de la relación jurídica en el sentido tradicional, es decir, no son ni sometimientos bajo imperativos ni poderes sobre tales...” Y en la p. 82-83, textualmente dice: “Pero para el enfoque procesal la carga, el imperativo del propio interés, es la única forma en que se manifiesta un imperativo bajo amenaza de un perjuicio...”

pretensión a prestación entre el demandante y el titular de la reacción, de manera que no es la idea psicológica de un imperativo del propio interés, lo que en verdad no tiene significación jurídica, sino el dato de las sucesivas conexiones entre el accionar y el reaccionar y también el jurisdicir, lo que explica la base del proceso, la cual soporta las pretensiones, las peticiones, los requerimientos, las objeciones y demás.

102. Y el derecho procesal utiliza normas consecuenciales, las que se caracterizan por ser las premisas de un resultado previsible y previsto.

Norma consecucional es aquella que concreta la idea de que la sentencia atiende a lo pedido y confirmado. En efecto, al inicio de cualquier proceso, hay una pretensión de sentencia favorable, pretensión que se refuerza con medios de confirmación —convicciones como la confesión y los testimonios, mostraciones como los reconocimientos, acreditamientos como los documentos, monumentos e instrumentos, y pruebas como los registros, los dictámenes y opiniones científicos y técnicos—.

En la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, ha quedado establecido que si alguien impetra una decisión de un tercero imparcial, se está ante una pretensión, que sólo ha de favorecerse, si se ofrecen y desahogan los medios que confirmen eficientemente lo afirmado en la demanda o en la acusación. Y a la confirmación suele agregarse, parangonarse o complementarse otro dato procesal: las alegaciones, sobre todo cuando los medios de confirmación son innecesarios por discutirse apenas problemas estrictamente jurídicos. De ello depende que se dé la consecuencia prevista: el fallo favorable.

VI

CLASIFICACION DEL DERECHO DINAMICO: LAS INSTANCIAS, LA ACCION

103. Del derecho procesal se ha dicho que es una rama jurídica dinámica, pero también se ha dado este calificativo al mercantil, al aeronáutico, al económico, y a tantos más, ya sean ramas o meras disciplinas, seculares o modernas.

Tal vez en todos los casos se tenga en cuenta el constante cambio que sufren sus contenidos y no la estructura misma de sus normas: determinativas, de prestación y consecuenciales. Llamar dinámica a una disciplina porque la toma de posición en cada caso, va cambiando con demasiada frecuencia, ni es dotarla de dinamismo, ni es ponderarla satisfactoriamente.

Para comprender mejor lo último, debe tenerse en mente que la regla de deber ser, es una elección y una selección del hombre. Elección porque su voluntad preponderó en un momento determinado; pero selección —y esto es de la mayor importancia—, porque se hizo escogiendo una posición entre varias.

Cualquier ejemplo es bueno. En lo constitucional se tiene, de lo comúnmente considerado como algo irrefutable hoy, la prohibición de la esclavitud. Pueden hacerse las especulaciones que se quieran y acudir a los autores que por miles confirmen el dogma, pero no hay duda que el hombre pudo y puede elegir la norma contraria, la intermedia del siervo, la del colono, la del enfiteuta, la del voto eclesiástico de por vida, la de la servidumbre rústica o urbana o la del contrato de trabajo que luego se ha llamado relación laboral y nada más.

Si en cierto supuesto, constitucional o civil, administrativo o internacional, inicialmente se toma una posición, y después de experimentar su aplicación, por las razones sociales, económicas, culturales o técnicas que se quieran, los resultados no son satisfactorios, o bien si por alterarse las circunstancias la primera regla no es suficiente, el propio ser humano la modifica, y lo hará tantas veces como ocurran estos fenómenos, los cuales serán los que varíen, no el derecho que no pasa de ser la disposición puesta en blanco y negro.

Ese no es el dinamismo que se observa en el derecho (ley) procesal. Aquí el significado de la norma, su conversión en conducta tempo-espacial, es lo que le distingue de las demás ramas y disciplinas jurídicas.

Sólo para reforzar lo anterior, puede hacerse un paréntesis. Con la atención puesta en el hecho que el derecho es un vocablo que alude a diversos niveles de significaciones, se ha de separar la conducta, jurídica, de la proposición, jurídica, y de la concepción, jurídica.

No puede dudarse que cada nivel tiene sus reglas. Las proposiciones responden a la gramática, los juicios a la lógica, y la conducta a la psicología. En el ámbito de las concepciones, ahí donde el legislador piensa y quiere expedir un

mandato, lo primero que le limita es la lógica, y cuando la proposición se elabora, otra regulación vuelve a limitarlo: la gramática; de manera que si lo querido no ha sido sometido a las leyes del juicio y a las de la inferencia,⁷⁵ las proposiciones carecerán de consistencia y consiguientemente de técnica.

La gramática, ya se ha dicho, sirve para el entendimiento entre los hombres. Las expresiones han de respetar la analogía, la ortografía, la sintaxis ya un (otál vez en primer lugar) la ortografía.

Pero todo ello sirve a un fin: se proyecta hacia la conducta humana. Es necesaria, ineludiblemente el dar, el hacer y el no hacer del hombre lo que se busca. Las tomas de posición, las proposiciones emitidas con sentido de deber, todo ello tiene la meta del hombre, de los hombres que forman esa sociedad.

Los hombres, esa colectividad a la que se destinan las normas, tiene sus necesidades y sus propios criterios sobre la manera de satisfacerlas. El ingenio humano, los encuentros con las nuevas tecnologías, las multiplicaciones de los medios de comunicación, todo, en fin, motiva que el sujeto altere sus hábitos, sus costumbres civiles o mercantiles, administrativas o laborales, las proposiciones del legislador tendrán que adaptarse o serán ignoradas. Es a esto que se refieren los autores cuando hablan del dinamismo de las disciplinas y ramas.

Pero el dinamismo del derecho procesal es lógico, gramaticalmente se refiere a la sintaxis, porque las proposiciones mismas, no la conducta empíricamente observada, son las que contienen el movimiento conceptual.

Un código, lo mismo que un convenio sobre el proceso, es un conjunto de disposiciones con sentido dinámico. No se busca establecer relaciones jurídicas meramente definitorias, no simplemente de prestación dispuestas en parejas aisladas, sino principalmente conducir consecuencialmente el enlace.

Un código de procedimientos, sobre todo o especialmente de procedimientos procesales, y también un acuerdo sobre arbitraje privado que convienen los compromitentes con o sin el árbitro, es un conjunto de reglas consecuenciales, en las que se enlazan los significados en cadena.

Es fácil comprender que lo enlazado, lo significado unitariamente son conductas, y ya está sabido que las conductas son por antonomasia algo dinámico; pero ahora se está ante el movimiento conceptual mismo. Lo que pasa de un punto al siguiente y a los posteriores es el sentido consecuencial de la norma: si se presenta la promoción, el sujeto requerido se conducirá de una manera determinada y provocará que el siguiente haga lo que le corresponde, para que sucesivamente se continúe con el enlace y se formen secuencias de conexiones.

Este es el dinamismo jurídico, lo demás es un dinamismo físico y social. Si las comunidades alteran frecuentemente o con cierto espaciamento sus costumbres, es un fenómeno que toca explicar a la sociología. Si las necesidades van surgiendo a medida que el mercado de bienes y servicios se transforma, es algo que corresponde a la economía, al comercio, a la industria; pero que una rama o una

disciplina jurídica, tenga que modificar sus disposiciones por esa razón, no les hace dinámica sino variables, cambiantes, en transformación.

Y todo esto es ajeno a la axiología. No es más o menos valiosa la disciplina jurídica que altera repetidamente sus fórmulas, y hasta se han dado, tal vez con mucha frecuencia, los casos en que la alteración proviene de una mala técnica empleada inicialmente o en las posteriores reformas, y de ahí que la sociedad no obedezca los designios del legislador. Como también ha sucedido que las variaciones se hayan debido a las presiones de grupos afectados, de sectores que no soportan la disposición original o sus alteraciones, y esto se ve en abundancia de casos y países en lo administrativo, en lo fiscal y en las reglas de policía en general. Y a su lado, todo un campo como el penal o el mercantil, atañen a fenómenos sociales que mueven al legislador, nacional o internacional o simplemente transnacional, como sucede con los INCOTERMS de la Cámara Internacional de Comercio, con sede en París.

104. Para que exista el dinamismo jurídico, para que la norma sea consecuencial, y para que la norma consecuencial cumpla con su objetivo teleológico, es menester estructurar las unidades en un encadenamiento especial.

Desde luego, normas consecuenciales existen o, si se quiere, proliferan en las ramas y disciplinas estáticas —por contraposición con las procedimentales y en particular con la rama procesal—; pero la sola unidad no basta para llegar al dinamismo.

Este último pertenece a esa concepción, en virtud de la cual, se forma una secuencia de conexiones de conductas. Queda aceptado que las conductas están significadas en reglas consecuenciales: si se da el supuesto previsto, tendrá que efectuarse la conducta determinada; pero ahora se aprecia que esas conductas son el significado de unidades conceptuales que se conectan en sucesión: tal es el procedimiento.

Podría, inclusive, definirse el procedimiento, como la sucesión de conexiones de conductas de diferentes sujetos. Lo que predomina, lo que resalta es la conexión, porque lo que hay que atender es, no a las conductas aisladas, sino a su contacto ya previsto en la regla dinámica.

Dado que la conexión va reiterándose, cada contacto es un grado y al mismo tiempo deja supuesta la conducta individual. El hecho que esa conducta, por supuesto también su concepto y la proposición en que éste se expresa, tenga un sentido singular: el de pertenecer a la secuencia, permite caracterizarla, o por mejor decir, caracterizar a su concepto como el derecho de instancia.

Puede, entonces, decirse que el derecho de instancia es la unidad, la conducta dinámicamente significada como unidad de un procedimiento. Ya ha quedado definido éste, de manera que bastará estipular la unidad, para establecer su naturaleza dinámica de derecho de instancia.

No hay derecho de instancia, no hay instancias en las demás expresiones consecuenciales. La sanción penal, norma consecuencial, no es dinámica, aunque en los regímenes modernos se aplica luego de un procedimiento. Pero

⁷⁵. Cfr. Francisco Larrogyo y Miguel A. Cevallos. *La lógica de la ciencia*. 1948, p. 61 y ss., 119 y ss., 153 y ss. y 175 y ss.

castigar no es concepto de una regla dinámica, por ejemplo en los grupos en que el castigo ha significado la venganza privada, del clan o de la familia.

105. La instancia, obvio es decirlo, el derecho de instancia, es una conducta idéntica en todos los procedimientos, salvo el procesal en el que se convierte, lógicamente, en la acción.

La instancia es igual si se le emplea en un procedimiento de averiguación; de certificación, de autorización, de concesión, en uno disciplinario o de control, en fin, la instancia, una vez engarzada en la secuencia de conexiones, no tiene más elemento de distinción que el peticionar a ella unido.

Cabe discutir definiciones y teorías, pero no la realidad perceptible directa e inmediatamente. Ahora bien, hay un hecho, un fenómeno empírico: la conducta visible, la conducta cuatificable es la evidencia, que consiste en que un sujeto —por lo general un particular, pero no se descarta a la misma autoridad—, acude ante otro —también comúnmente la autoridad, aunque en el arbitraje privado será otro particular— y excita, estimula su respuesta.

A tal conducta puede dársele el nombre que se desee, aquí se le ha llamado instancia. Ahora bien, la instancia es una conducta jurídica, no es adiafora ni pertenece simplemente a otro campo como podría ser el biológico, el sociológico y demás.

Pertenecer al campo del derecho entraña que conducirse incitando está previsto, está incluido en una regla de derecho. No es llamado a los pájaros que pasan volando, no es un dirigirse a las personas preguntando la ubicación de un domicilio; es un acto que está previamente metido en una cadena más o menos larga de otras conductas.

Si conceptúa, se le da un signo, que equivale a exigir que este provocar la reacción de otro, este instigar a la realización de una actividad dada, debe cumplir una condición precisa: pedir o pretender algo jurídico.

Entonces, llamar la atención del prójimo, para que éste lleve a cabo una conducta, de antemano establecida en la norma, esto es instar y si su manifestación está conectada a una secuencia reglada, entonces el impetrar respuesta es eficaz.

Y ser eficaz cierra el círculo conceptual, porque significa estar conectada a una secuencia ya construida por la ley, o por el acuerdo en el arbitraje privado, interno o internacional.

106. Si la instancia no cambia, salvo en la acción, la única manera de distinguir su sentido es identificar lo que se pide o pretende.

Toda petición, toda pretensión relativa a un instar, tiene un por qué y un para qué jurídico. No meramente económicos como pretender un bien —sea como donación, como permuta, como compra y demás—, porque esta peticionación no necesita explicar ni la causa ni el fin, y si lo hace es indiferente al derecho, a menos que se les convierta en estipulación que forma parte de la oferta. Verbi

gracia, si se solicita la venta de un vehículo para carga y no para pasajeros, habrá lugar a reclamación si no llena las especificaciones del fin establecido.

Pero al llegar al plano del procedimiento, no cabe silenciar el por qué ni el para qué, ya que de ello depende el tipo de procedimiento que se sustanciará y la clase de resolución o acto autoritario que se emitirá.

Las pretensiones de los derechos estáticos tienen su apoyo en algo extrajurídico. Las pretensiones del derecho dinámico invocan datos jurídicos como antecedentes y como consecuentes.

Lo que el requerido en un derecho estático, haga con el requerimiento es del todo indiferente al sistema positivo: como si el público arroja a la basura el anuncio de una barata. En cambio, la abstención frente a una instancia es ilegal, porque o se niega o se concede lo pretendido, pero el dato de eficacia exige una respuesta; y las leyes llegan a establecer consecuencias (eficacia) a las mismas abstenciones, porque o se les considera negativa implícita o autorización similar.

Resultado de ello, es que las pretensiones relativas al instar, son el dato que permite la clasificación, y ésta mira tanto al hecho psicológico como al teleológico. Porque pretender es un signo que va de un menos en el participar lo que se sabe, a un más en el exigir sentencia.

La clasificación, ahora ubicada en la pretensión, la que debería tomarse como centro de análisis y sistematización, forma, inicialmente, un cuadro de cinco tipos, a saber:

- a) La denuncia, en cuanto simple participación de conocimiento, tal y como se ve en lo penal y también en lo fiscal, sin perjuicio que se de en otros ámbitos y en el mismo procesal.
- b) La petición como declaración de voluntad, generalmente para obtener una autorización: permiso, licencia o patente.
- c) Querrela en cuanto declaración de voluntad para que se aplique una sanción penal o administrativa a un tercero por transgresiones cometidas por particulares.
- d) Queja, instancia en lo judicial y en lo administrativo, pero contra sujetos que realizan actos de autoridad, y también con el propósito que se les sancione por las violaciones cometidas en este orden.
- e) Reacertamiento con propósitos revocatorios, contra actos administrativos o judiciales, provenientes de la autoridad. La denominación es ciertamente un neologismo, pero cabe su justificación porque, como dicen los gramáticos se trata de un término (una voz) cuyo significado preciso no puede expresarse en español. Se diría que para éste existe la palabra revocación, pero aparte que la misma suele hacerse sinónima de otras dos: reformas y reposición, cabalmente porque no se le considera lo suficientemente significativa, en el presente caso no tiene el sentido que se busca: la tarea de la autoridad, consistente en repetir la labor de quien *acertó*, también neologismo o italianismo ya introducido al castellano al traducirse las obras de Francisco Cernelutti y Mario Pugliesse. La idea del *acertamiento* es paralela a la de otro neologismo utilizado por Luis

Jiménez de Asúa: tipicidad, mas con éste se va de la realidad hacia el concepto: la transgresión se tipifica, mientras que en el accertamiento se va del concepto a la realidad, por ejemplo, se busca identificar los hechos que menciona la norma fiscal o administrativa —y ahora la procesal—. Determinadas las características generales de las contribuciones, dice la doctrina,⁷⁶ se revisan los hechos para, a su vez, determinar sus efectos fiscales.

107. Quedaría el caso de la acción, procesal para insistir en su pertenencia lógica, también una instancia, pero por su estructura lógico-jurídica, inconfundible y por ende distinta a las otras cinco.

Este derecho, porque no se está ante un simple hecho, además de su pretensión, típicamente conflictiva, muestra materialmente una estructura irrepetible, que partiendo de su titular, va hacia el de la jurisdicción, para terminar en el ámbito jurídico de quien debe (aunque no lo haga) reaccionar.

Si no fuera por la pretensión (conflictiva) y la estructura (proyectiva), la acción continuaría apareciendo como una instancia, esto es, como la unidad de un procedimiento.

Pero el enlace relevantemente eidético, entre tres sujetos, permite advertir ese proyectarse, ese pasar los límites del sujeto que jurisdice, para encaminarse al contendiente en el ámbito procesal.

Como es frecuente en el campo del derecho, este título jurídico está expuesto, en cuanto a su estructura lógica, a diversas contingencias, de manera que puede no presentarse la reacción y, entonces, en la experiencia se verá un accionar que aparece truncado.

Igualmente, es factible que desde la misma presentación de la instancia, en lugar de un conjunto de pretensiones en contra de un solo sujeto, se multipliquen los reos, civiles o penales.

En ambas hipótesis fácticas, es decir, supuestos que pueden presentarse en la práctica y que, además, lo hacen con frecuencia, la estructura lógico-jurídica no cambia. Dejará de presentarse la reacción en el primer caso, y se presentarán varias en el segundo, pero la estructura en sí no se alterará. Cabe decir, desde ahora, que la acción vincula al demandante y al reo a través del juzgador y, por ende hay dos partes y no más ni menos. Cuando se forma la pluralidad, o se establece el litisconsorcio que significa la unificación o se multiplican los procesos en la intervención del tercero.

No hay, por tanto, lugar alguno a la confusión de la acción, primero con los derechos estáticos, porque siendo un título individual no es, como suele concebirse al llamado derecho subjetivo, una relación invariable en su esquema lógico; y al ser un derecho dinámico, tampoco sufre confusión con los otros derechos: denuncia, petición, querrela, queja y reaccertimiento, pues a diferencia de ellos, es, estructuralmente, una instancia proyectiva, y su pretensión es, además, conflictiva, por ser dos las partes que discuten su concesión.

⁷⁶ Lucien Mehl, *Elementos de ciencia fiscal*, Trad. J. Ros y J.M. Bricall, Barcelona 1964, p. 28.

VII TEORIAS SOBRE LA ACCION PROCESAL

108. La batalla del nombre, los niveles de lenguaje o la indiscriminación de nociones, ha conducido a una interminable y pluralista discusión sobre la acción.

De un lado, la polémica inicial, si polémica puede llamarse a las objeciones hechas por Muther a la tesis de Windscheid y a la réplica de éste, sin más comentarios,⁷⁷ fue un acontecimiento al que se le ha atribuido el surgimiento de la corriente científica del derecho procesal, y obviamente a la concepción moderna de la acción.

Por otra parte el ensayo de Alejandro Pekelis, sobre la voz *azione*, en el *Nuovo Digesto Italiano*,⁷⁸ respecto a la idea del carácter científico de la rama con múltiples acepciones del vocablo.

Cabía sostener que cada autor tiene su propia opinión sobre la acción, pero lo que asombra es la inacabable descripción del mismo objeto de conocimiento, según doctrinarios que se han calificado como los maestros y los científicos.

Secularmente la acción estuvo inmersa en la idea del derecho sustantivo base de la pretensión de sentencia, y por ello mismo, sobre todo en el campo civil, la acción recibió, y conserva tantos nombres como derechos se discuten. Después, las perspectivas para analizar esta idea, se multiplicaron y ofrecieron toda clase de cualidades y propiedades, sin faltar la observación histórica y de derecho comparado.

En el uso corriente, dice Pekelis, tanto legislativo como forense, la acción ha sido sinónima de *petitum*, de la *res in iudicium deducta*, de la efectiva proposición de la demanda; y también se le contrapone al procedimiento judicial, como el contenido de la defensa, como la facultad de presentar la demanda, aun la infundada y la inadmisibile.

Se aplica para significar el poder de proponer la demanda, obteniendo un pronunciamiento de mérito o de fondo, o como el sentido de un derecho subjetivo procesal, como el derecho contra el obligado, el derecho respecto de la persona del juez o del órgano judicial; como simple legitimación activa, y con el significado de una legitimación procesal pasiva.

109. Seguir con la revista de Pekelis sería, más que inútil, contraproducente,

⁷⁷ Cfr. Bernhard Windscheid y Theodor Muther, *Polémica sobre la acción*, Trad. Tomás A. Banzhaf, Bs. A. 1974.

⁷⁸ Cfr. *Revista Procesal*. Año VI, primera parte, pp. 115 y ss., Bs. As. 1978.

porque confundiría la inteligencia del vocablo. Baste anotar, por último, que unas veces habla de un derecho privado y otras de uno público.

En realidad, las tesis sobre la acción parecen seguir de la noción de Celso, reproducida en las *Institutas* de Justiniano, quien la entendiera como el *jus persequendi quod sibi debetur*, derecho individual que luego se confunde con el llamado subjetivo o derecho privado amenazado que los civilistas destacan en su concepción de la acción como derecho accesorio, de segundo grado o en potencia, el que emerge del derecho subjetivo, o bien la tesis que encuentra dos aspectos en el derecho: el material o civil y el formal o procesal.

Desde luego, si en esa tesis se mira una unidad, así fuera compleja, la falla evidente se observaría de una manera física, al pasar del derecho civil al penal, pues en el proceso de este tipo, hay un accionar sin que pueda hablarse de un derecho sustantivo, no ya de la víctima, sino del ministerio público fiscal.

Haya habido o no, un criterio de sustantivación en el sistema romano, es manifiesto que no basta dar el nombre a una gestión ante los tribunales, para que lógico-jurídicamente aparezca el elenco de *acciones* y menos como *números clausus*.

Hay que reconocer a los publicistas el dar autonomía al concepto, separándolo del mentado derecho subjetivo al afirmar que aquélla puede darse sin que exista el último y viceversa, a lo que los privatistas respondieron afirmando que se estaba ante situaciones de hecho, porque todo derecho subjetivo cuenta con una garantía para su cumplimiento, la que se hace valer al demandar.

A la respuesta de los privatistas sigue siendo aplicable el argumento penalista, porque ya se observa que no hay un derecho garantizado, a menos que, recordando a Goldschmidt, se aluda al derecho del Estado de punir, lo que no es sino un circunloquio, porque no es la entidad política la que está en el proceso, ni como accionante ni como juez, no debiendo olvidarse que hay regímenes como el español, en que la acusación puede ser instada por el particular, por el abogado del Estado y por el ministerio fiscal indistintamente.

Así pues, es en la doctrina alemana que se elabora la tesis moderna de la acción, pero para José Chiovenda⁷⁹ "El derecho procesal de gran parte de las naciones modernas se debe sustancialmente a Bolonia, lo mismo que el derecho civil a Roma; ya que una exposición sistemática del instituto del proceso, aunque con materiales en gran parte romanos, fue, si no intentada por primera vez, ciertamente consolidada en los estudios de los antiguos juristas que aquí se refiere. Obra no leve, que puede razonablemente compararse a la elaboración que el derecho recibió de la doctrina en Roma, sobre la mitad del siglo séptimo".

Es claro, entonces, que Chiovenda se referiría al grupo bolonés con Búlgaro a la cabeza, seguido por Otón de Pavía, Pillio, Piacentino, Tancredi y Guiglielmo Duranti. De ahí que el profesor italiano comenzara por describir la actividad ante

los tribunales, para captar a la acción, "como derecho de obrar correspondiente al particular para la defensa de aquel derecho no satisfecho", y que conste que su visión fue civilista y poco adecuada al proceso penal.

Pero en su sentir la acción no era simplemente la condición para concretar la voluntad colectiva plasmada en la ley, de manera que viene caracterizada como el "poder jurídico de convertir en incondicionada la voluntad de la ley respecto de su actuación", o dicho de otra manera, el poder de realizar la condición para que la voluntad de la ley actuara. La acción no presupondría un derecho subjetivo, siendo bastante la voluntad del particular, acorde con la voluntad colectiva.

Para llegar a esta que ha sido llamada la teoría de la acción como un derecho potestativo, Chiovenda tuvo que resumir el estado que guardaba la doctrina en general, desde la ya citada tesis de Windscheid para diferenciar la *actio* romana de la *klage* alemana, trabajo publicado en 1856.

Lo que aconteció, y Chiovenda resalta, es que, a diferencia de otros países, en Alemania la doctrina se enfrentaba a una doble terminología, "la *actio* romana, acerca de cuyo sentido preciso se discutía desde hacía mucho tiempo, particularmente desde que el descubrimiento de las instituciones de Gayo había puesto en claro el ordenamiento del proceso romano clásico; y la *Klage*, entendida como *Klagerecht* o derecho de querella, término que había sobrevivido al proceso medieval alemán".

Una sutil diferencia, como la califica Chiovenda, existía entre ambas figuras, en cuanto la *actio* se refiere propiamente a una actividad dirigida contra el obligado, y la *Klage* o querella no se entiende sino dirigida al Estado.

Windscheid llegó a negar la *actio* romana, afirmando no ser sino el mismo derecho, "metafóricamente denominado por los actos que acompañan su modo normal de nacer a la vida, esto es, el juicio prometido por el pretor", no es, pues, "el nuevo derecho que surge con la violación, no es el derecho de accionar, el *Klagerecht*; éste es un concepto creado por los juristas, sin realidad ni en derecho romano, ni en el moderno".

Si se considera superficialmente la tesis de Windscheid, se apreciará que en las coordenadas de su propia hipótesis, tiene una plausible base hasta psicológica. Porque el propietario, que es tomado como ejemplo, al ver violado su derecho, tiene, inmediatamente, la intención que se le restituya la cosa, y esto lo siente como una obligación de la contraria, obligación que viene a configurar el derecho de accionar si no es satisfecha.

Es claro que, una vez enunciada la teoría, surgen las objeciones sin mayor dificultad. De cualquiera manera, Windscheid produjo una novedad: la sustitución del término *acción* por *Anspruch* que en italiano fue denominado *pretesa* y en castellano ha sido llamada la pretensión. Al violarse el derecho, aparece la obligación de restituirlo y ella es la base, el apoyo para la *Anspruch*, vocablo que ha sido entendido de distintas maneras por los autores: "La cosa llega al extremo, dice Chiovenda, de que cada autor que menciona el *Anspruch* debe apresurarse a significar en qué sentido quiere hablar de él".

Hay *Anspruch* en el código civil, cuando se pretende de otros un hacer o un no

⁷⁹. "La acción en el sistema de los derechos, prolección leída en la Universidad de Bolonia", el 3 de febrero de 1903, y publicada en el Tomo I, de los *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Trad. Santiago Sentis Melendo, Bs. As. 1949, p. 4 y ss.

hacer, y lo hay en la ordenanza procesal como "el derecho no satisfecho, o el derecho a una sentencia favorable, y algunos encuentran en él varios significados, quien tres, quien cuatro".

Muther, al reflexionar sobre esa tesis, concibió a la acción como un derecho frente al Estado en la persona de sus órganos, como un derecho a la tutela jurídica; un derecho subjetivo público que supone un derecho privado y su violación, y corresponde al Estado impartir esa tutela y otro derecho subjetivo público de realizar contra el particular la coacción para obtener el cumplimiento de sus obligaciones.

110. Tal derecho subjetivo público del Estado, que ha perdurado hasta las más recientes exposiciones, sobre todo en Alemania, como se ha visto en Goldschmidt, tuvo dos vertientes, la ya contemplada del derecho concreto a la tutela jurídica, y su consiguiente reacción del derecho abstracto de obrar.

La explicación fue relativamente sencilla. En el derecho concreto, concreto porque se acciona para obtener tutela y sólo porque se tenía derecho a esa tutela, la situación de quien carece de fundamento y acciona quedaba inexplicada. Y ello sin contar con el problema de la carencia de derecho privado, como sucede en materia penal.

Ya Oskar von Bülow⁸⁰ había entendido que la posición dentro del proceso era de una relación tripartita de derecho público y dinámico, apoyada en la demanda que tiende a la sentencia, pero no a una sentencia determinada.

"De otro lado, algunos, y más ampliamente Degenkolb y Plósz, considerando que también aquel que por último pierde la litis, sin embargo, es admitido a promoverla y a conducirla, y buscando fuera de la litis un fundamento jurídico a este poder, lo determinaron en el derecho de accionar en juicio, derecho subjetivo público, independiente de la correspondencia efectiva de un derecho privado, también por alguno de estos escritores llamado *abstracto*".⁸¹

La abstracción, por ende, implica nada más que el hecho de no supeditar el instar procesal a la existencia efectiva de un derecho privado, y menos aún, de un derecho a la obtención de una sentencia determinada.

Y con este paso se abrió, inconscientemente para los privatistas, el camino hacia la concepción de la acción en otros procesos, específicamente en el penal, pero también en el castrense, en el laboral, en el administrativo, en el constitucional, en el internacional y, sobre todo, en el arbitraje, que por llevarse a un juez privado, indiscutiblemente se desliga de esa idea del derecho subjetivo público del Estado, o de sus órganos, para sentenciar. En el arbitraje es inútil y resulta inocho hablar de un derecho público o de una relación también pública, dada la índole indiferenciada de sujetos privados o entidades públicas, de los accionantes.

⁸⁰. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Trad. Miguel Ángel Rosas Lichstein. Bs. As. 1964.

⁸¹. Chiovenda, op. cit., p. 12.

Pero la tesis no fue admitida pacíficamente. Ante todo se sostuvo que es ininteligible un derecho abstracto que podía pertenecer a todos y no exclusivamente al actor, esto es, al verdadero titular del derecho violado.

Chiovenda mismo sostuvo que la teoría ha sido rechazada por la mayoría, y consideró que "no existe un derecho de accionar independiente de un efectivo derecho privado, o de un interés que pueda conducir a una sentencia favorable; la mera posibilidad, capacidad, libertad de accionar que corresponde a todos los ciudadanos, no es por sí un derecho, al menos en el sentido riguroso de la palabra, sino más bien una condición del derecho de accionar, un medio, el uso del cual se convierte en derecho sólo en determinadas circunstancias; la simple oposición de dos voluntades acerca de la existencia de un derecho privado, no engendra el derecho de accionar, sino la necesidad de obrar por existir la imposibilidad de resolver la oposición de otra manera, pero el derecho al juicio en general, el derecho al derecho no corresponde al individuo; ni el hecho de que, por el carácter inevitablemente defectuoso de los institutos humanos, la sentencia pueda declarar existente un derecho que no existía y viceversa, autoriza a considerar la autonomía así entendida del derecho de accionar: junto con el derecho que la injusta sentencia afirma o niega, la misma afirma o niega precisamente también el derecho de accionar".⁸²

Tal vez las preocupaciones de los procesalistas que se opusieron a la tesis del derecho abstracto de oír, procedieron de consecuencias obtenidas mediante reducciones al absurdo; porque la autonomía de la acción como tal, o si se quiere una mayor precisión, del accionar, de ese estar en un proceso instando, promoviendo, gestionando, haciendo que se desenvuelva, todo ello es ajeno a la efectiva existencia de ese derecho privado —y conste que no se habla del otro derecho, el público del ministerio acusado— discutido.

Lo pertinente, lo aconsejable es atender, observar la experiencia. En los tribunales, para no hablar por ahora del arbitraje, se mira que acuden sujetos a expresar conductas que, luego de leer sus escritos, o de escuchar sus exposiciones, consisten en petitionar para que el juzgador responda desde luego, en término de lo ordenado por la ley.

Ese conducirse ahí, de manera sucesiva y continuada, es lo que amerita un nombre. Si los doctrinarios han venido poniendo atención en otros fenómenos, es nada más que natural la falta de concordancia en el tema.

Además del accionar, que tiene reglas inexcusablemente, que no es ese choque físico, por perceptible, de voluntades acerca de la existencia, ya no de un derecho, sino de un mero hecho que tiene consecuencias jurídicas; además de ese instar, puede hablarse y es necesario hacerlo, del por qué del acudir al tribunal y continuar promoviendo; y también, fuerza es tenerlo en cuenta, del para qué se acciona.

Pero averiguar la razón de ser jurídica del accionar, y casi siempre se pone énfasis o simplemente cuidado en su primera manifestación: la demanda o la

⁸². Op. cit., p. 13.

acusación, indagar por qué se insta en el proceso, es una cuestión distinta a responder en qué consiste el dicho accionar.

Y diversa es la pregunta de por qué existe el deber de soportar la sentencia del órgano estatal, distinto al de soportar el laudo privado. La respuesta, sea cualquiera la concepción que se tenga del Estado, tendrá que ser el poder. El súbdito obedece porque la autoridad cuenta con los medios de coacción suficientes. Pero esto ya cae fuera del derecho procesal y se inserta en el constitucional o el político.

Tendrá que reconocerse que, sea que ese poder estatal se exprese como fuerza física, o que el poder de los órganos internacionales se concrete en medidas económicas —arbitrajes de entidades como la Cámara Internacional de Comercio con sede en París, o de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, establecida en las distintas capitales de continente—, la respuesta a la pregunta del sometimiento a la sentencia o al laudo, es ajena a la relativa al derecho de accionar.

Que el proceso sea una condición para sentenciar o laudar, no explica el sometimiento al proceso. Hay, queda asentado, una potestad pública o transnacional para decidir un conflicto jurídico, y hay una condicionalidad para estar en juicio.

Pero, ante todo, la condición en sí, no es una sustancia jurídica como lo son los derechos, y las obligaciones, las facultades y los deberes, las relaciones y las situaciones.

La condición en el derecho, en toda la ciencia del derecho y no sólo en una de sus ramas y, naturalmente, no nada más en lo procesal, la condición es una de las categorías de la relación lógica. Los juicios, lógicamente estudiados, se clasifican, desde el ángulo de la relación, en categóricos, hipotéticos y disyuntivos.⁸⁵

Cuando las relaciones jurídicas se condicionan, quedan ubicadas en la categoría de juicios hipotéticos por su relación lógica. Una compraventa condicionada es una relación jurídica cuya efectividad es hipotética. De manera que decir que la acción procesal es una condición, equivale a establecer que en determinada hipótesis opera. Pero como esa hipótesis es que se exprese la voluntad de demandar o de acusar, deja de ser trascendente jurídicamente, para caer en el campo de la psicología.

Lo que se indaga al preguntar por la naturaleza jurídica de la acción es su tipo dentro de la rama procesal, y si algo indiscutible se ha alcanzado, por lo menos desde Bülow, es la autonomía de este título jurídico.

Y, en efecto, perteneciendo por entero a los derechos de instancia, tiene como todas ellas, independencia frente a otros derechos, a saber: frente a los derechos subjetivos —los formados autónomamente por los contratantes—, a los estatutarios —formados heterónomamente por el derecho objetivo: desde la capacidad o habilidad jurídica, la mayoría o minoría de edad, el estado civil de soltero o

casado, etc., incluidos los títulos profesionales—, a los familiares —filiación, parentesco y las consiguientes consecuencias de los deberes y facultades de respeto, educación, alimentación, sucesión y demás—, y a los administrativos —desde las autorizaciones, los permisos, las licencias, las patentes, etc.—.

Esto es lo que permite calificar a esos cuatro títulos jurídicos: estatutarios, subjetivos, familiares y administrativos, como derechos sustantivos, mientras que los de instancia son formales, adjetivos o procedimentales. Y la acción, que como las demás instancias, sirve a los sustantivos pero no es un desprendimiento de ellos, ni un apéndice ni un desarrollo, sino un instrumento, porque no se insta por instar sino *pretendiendo* algo ubicado en el campo de la sustantividad; pero el instar es indiferente a la existencia y validez de lo sustantivo, que sigue reglas propias. La acción es abstracta o autónoma en este sentido y no en el de hacer algo de la nada.

III. Explicar la acción como el derecho de someter a otro al juicio, o como condición para que los órganos de Estado concreten la voluntad de la ley, no son sino expresiones de digresión, son circunloquios o perifrasis, que no son pertinentes, porque no pertenecen, no corresponden a la pregunta.

Así es, porque en virtud del esquema legal, inclusive elevado a disposición constitucional, basta ir a los tribunales, demandando o acusando —quien esté autorizado para ello por el derecho positivo—, para que el juzgador emplace o cite, y tenga el deber de sustanciar el proceso a instancia de parte.

Ese tener que acudir al llamado de juez es un deber impuesto por la ley y, desde luego, resultado del proyectarse de la eficacia del accionar.

Sin embargo, el sometimiento no implica vencimiento, sino deber de reaccionar, so pena que el proceso continúe en contumacia, esto es, continúe con la sola actividad del demandante.

Es factible que, en ausencia del reo, y habiéndose sustanciado el proceso por todos sus trámites, al llegar el momento de sentenciar, se absuelva al reo. Y son factibles otras eventualidades, desde la caducidad por abstención posterior del demandante, a la renuncia expresa o el perdón penal, cabe el sobreseimiento por causas sobrevenidas de falta de interés, etc.

Entonces, el accionar, enteramente autónomo frente al pretender, tanto que también pretende quien denuncia, quien peticiona, quien se querella, quien se queja, quien intenta el reacertamiento, sin accionar, sino utilizando procedimientos simples; ese accionar propio del proceso, somete a las partes y al mismo juez a la sustanciación de la serie, ya sea por disposición legal en el proceso público, o por acuerdo en el arbitraje privado.

Se percibe que la autonomía de la acción no es independencia, o por expresar lo mejor no es falta o ausencia de interdependencia. No es que la acción exista para sí misma. Esto es lo que hace la pretensión: vincular el pasado con el porvenir. Se pretende sentenciar porque se presentó el conflicto, o bien, al surgir el conflicto se busca la resolución imparcial, y el tipo de conflicto: nulidad, incumplimiento, daños y perjuicios, lesiones, sustracciones indebidas, etc.; ese

⁸⁵. Las otras categorías no vienen al caso, pero son las de entidad: juicios universales, particulares e individuales: las de cualidad: afirmativos, negativos y neutros; y las de modalidad: aseríticos, problemáticos y apodicticos. Cfr. Francisco Larroyo y Miguel A. Cevallos, *La Lógica de la Ciencia*, México, 1948, pp. 142 y ss.

concreto problema va referido en los hechos del pretender, lo que se completa con las clases de sentencia que se requiere.

Resulta casi imposible no encontrar un nombre para la evidencia cuantificada, cuando ella consiste en esa actividad de los tribunales, que se inicia con la conducta provocativa de uno de ellos, la cual conduce a las manifestaciones de los otros dos.

La acción es una instancia que se *proyecta*, que va desde una entidad subjetiva hasta otras dos, omitiendo por ahora la intervención burocrática de los auxiliares y los colaboradores.

Y esa proyección no es efecto que dependa de la sola voluntad del accionante. Se trata, primero de una previsión legal, como cuando cualquier código procesal expresa que presentada la demanda, será admitida si llena las condiciones implantadas por el legislador y se correrá traslado al reo; o simplemente se manda que de la acusación, el juez la hará saber al reo para su defensa.

Y luego, esa *proyectividad* es meramente de naturaleza lógica, porque ¿Cómo, si no, puede haber un debatir entre partes y ante el imparcial? Se establece la triangulación, o no hay el debate, y si éste falta, tampoco podrá haber resolución.

Y el debate, también por simple lógica, requiere de momentos sucesivos, que posibiliten presentar el conflicto, justificar o confirmar el conflicto y concluir esgrimiendo la razón que asiste a las partes.

Ese caminar por los tramos indicados, es nada más que una serie de instancias proyectivas. La acción, el accionar, es un instar proyectivo, pues de otra manera, ni el sujeto imparcial ni la contraria están excitados.

El demandante no va ante los tribunales como lo hace en el procedimiento administrativo por antonomasia, solo y discurriendo sin contraparte. Al revés, esta última es imprescindible, así sea por hipótesis y aunque en la experiencia se dé el caso de la contumacia, esto es, de la abstención del reo. Lo que importa, lógico-jurídicamente, es la posibilidad procesal de reaccionar al accionar del demandante. Si por cualquiera razón, el reo no va al juicio, no deja de existir la acción. Tal vez se arguya invalidez de lo actuado, y esto sea motivo de una impugnación, un incidente, otro juicio, según la legislación aplicable, pero la acción, necesaria, forzosamente propendió a la reacción. Hubo provocación, excitación, motivación que el reo tendrá, lógico-procesalmente, que contestar.

VIII LA PRETENSION

112. Ya Chiovenda había recordado el surgimiento de la pretensión, llamada por Windscheid *Anspruch* y en italiano traducida como *pretesa*,⁸⁴ concepto que en algún momento se le consideró inútil y hasta repetitivo.

Si se pasa de la geometría plana del procedimentalismo a la geometría espacial del procesamiento, el centro de apoyo o punto de referencia teórico y práctico tendrá que ser la pretensión, porque la confluencia está ubicada en su concepto.

Si los romanos no la regularon y todavía está en etapa de investigación y aun de discusión, puesto que se le califica, lo mismo como un hecho que como un derecho, es ella la que identifica el por qué y el para qué del instar, como antes caracterizó el tipo de relación jurídica sustantiva.

Si la movilidad de las instancias requiere una regulación dinámica, por lo mismo que unas veces se tiene presente una denuncia o una petición, una querella que una queja, un reaceramiento que una acción, es el tipo de pretensión que se deduce lo que permite la separación ideal, legal y material.

La discusión entre quienes adhieren la tesis de la acción como derecho concreto a la tutela y quienes lo hacen a la del derecho abstracto de obrar, gira en torno a la pretensión.

Los primeros, en realidad, sostienen que la acción no puede deducirse si no le antecede la violación de un derecho. Los segundos estiman que puede accionarse, inclusive válidamente, aunque no haya esa violación, como aconteció en el derecho romano con la *mancipatio*, y como aparece ahora con la nulidad de matrimonio, caso en que la ley exige la demanda, aunque el otro cónyuge esté conforme con el actor.

Para Carlos Ramírez Arcila,⁸⁵ quien últimamente ha estudiado el tema, la dificultad para conceptuar la pretensión no es mucha. "En la mayoría de las veces el problema consiste en la falta de precisión y coherencia en el manejo de los vocablos",⁸⁶ lo cual es indiscutible, pero deben en seguida, darse esas cualidades.

Apoyado en Vincenzo Arangio-Ruiz,⁸⁷ en Vittorio Scialoja⁸⁸ y en Humberto Cuenca,⁸⁹ el autor encuentra que el concepto tiene su partida de nacimiento "clara en la fórmula del procedimiento romano", de manera que el vocablo ha

⁸⁴ Op. cit., p. 9

⁸⁵ *La pretensión procesal*, Bogotá, 1986.

⁸⁶ p. 1.

⁸⁷ *Las acciones en el derecho privado romano*, Madrid, 1945.

⁸⁸ *Procedimiento civil romano*, Bs. As. 1945.

⁸⁹ *El proceso civil romano*, Bs. As. 1957.

sido vaciado de significado”, tal vez por los tratadistas, desde entonces a la fecha.

Para sostener su aserto, Ramírez invoca, dentro de la fórmula romana, a la *intentio*, y con el propósito de reforzarlo, explica que Arangio-Ruiz menciona, no menos de veinticinco veces la palabra.

En consecuencia, ha lugar a una distinción de fenómenos. Por un lado se advierte que la pretensión (sea cualquiera su definición) quedó implicada en una parte de la fórmula; y por otro, se verifica que no la pretensión sino su significado fue lo utilizado en el derecho romano.

Pero entonces resulta que lo llamado pretensión por Ramírez es el nombre que Arangio-Ruiz da a la *intentio*, esto es, el vocablo que un autor moderno utiliza para explicar un derecho histórico llamado en Roma con otra voz: *intentio*.

Si la *intentio* y la pretensión son lo mismo, con la sola diferencia del sistema histórico, debe inferirse de las explicaciones del mismo Arangio-Ruiz, quien señala:

“lo. La *intentio*. es la parte más importante, porque contiene la pretensión del demandante, es decir, el objeto del pleito. Por ejemplo, en la acción de repetición de una cantidad de dinero, la *intentio* consiste en las palabras *Numerium Negidium Aula Agerio sestertium decemmilie dare oportere*, (que N.N. está obligado a dar a A.A. diez mil seistercios); en la acción de reivindicación de una cosa, se identifica con las palabras *fundum Capenatem Auli Agerile esse ex iure Quiritium*, (que el fundo inmediato a la puerta Capenas es de A.A. según el derecho de los Quirites), etc. La *intentio* es menos clara —en rigor, quizás, podría decirse que no existe— en la acción de venta y en las demás acciones nacidas de convenciones del derecho de gentes. En todo caso, los jurisconsultos romanos han pensado reconocerla en el *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* (Y lo que N.N. esté obligado a dar o hacer a causa de ello a A.A. según la buena fe). Distinguían, por tanto, esta *intentio* de las demás, diciendo que estas son ciertas (*certae*) y que aquella es incierta (*incerta*); es decir, que en éstas la pretensión del demandante es fijada exactamente, con anterioridad, en la fórmula, mientras que la *intentio* de las acciones de derecho de gentes hace alusión a pretensiones que van a precisarse ante el juez”.⁹⁰

Si plausible fue el propósito de Ramírez, frustáneo fue el efecto, porque la ausencia de dificultad, la claridad y la precisión quedaron olvidadas. Así es, porque con apego a lo señalado por Arangio-Ruiz, la pretensión viene ahora a ser sinónima de la *intentio* por un lado, y del *objeto del proceso* por el otro. Y el *objeto del proceso* no es, a su turno, un concepto o una noción pacíficos, ni tienen la antigüedad que se supondría al usarlos Arangio-Ruiz para explicar una figura romana.

El objeto del proceso, como lo explica Karl H. Schwab,⁹¹ tampoco es algo fácil de explicar: “¡Ojalá los esfuerzos aunados de los procesalistas logren resolver pronto el tan discutido problema, a fin de que reine claridad sobre uno de los

fundamentos del proceso cuando llegue la hora de la reforma del derecho procesal civil”.

En cuanto a la *intentio*, que se supone es la pretensión, al menos porque Arangio-Ruiz las hace sinónimas, acontece que no es todo lo clara y precisa que quisiera Ramírez: No había *intentio* y, por consiguiente tampoco pretensión en los extremos que Arangio-Ruiz se encarga de enumerar, y luego, se observa que en unos casos la pretensión (*intentio*) se precisaba en la fórmula y en otros ante el juez. Cabría afirmar que en ciertas hipótesis se accionaba expresando la pretensión *intentio*, y en otras tan sólo se accionaba, lo que no sólo no es claro, sino verdaderamente confuso.

Ni la *intentio* es el objeto del proceso, ni es la pretensión, ni los dos últimos son sinónimos, y no hay igualdad entre la acusación o la demanda actuales, en que se expresan las pretensiones conflictivas, y la *intentio* romana, formada, no por el demandante sino por el pretor.

Que ciertos datos aparezcan sucesivamente en estas figuras, como los hechos, no asimilan sus conceptos, porque los hechos también se mencionan en las escrituras públicas que forman los notarios o escribanos, sin que se esté ante una *intentio* y menos ante una pretensión litigiosa. Hay convenios extrajudiciales en que se hace referencia a los antecedentes conflictivos, para llegar a una transacción espontánea y pacífica, y no se trata de una *intentio*, ni de un objeto litigioso, menos aún de una pretensión procesal.

113. Que la palabra haya quedado vacía de significado es, se percibe ahora, una transposición de hechos, porque lo vacío sería que al significado de pretensión se le ubicara en Roma. Debe recordarse que, como explica Ramírez,⁹² es a partir del siglo XIX que la nueva corriente, llamada del procesalismo científico, se hicieron esfuerzos para explicar el concepto, si bien, como asimismo lo comenta el autor, hubo quienes, como Jaime Guasp en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*; refundieron, o confundieron la acción con la pretensión y aún llegaron a llamar a la primera con el nombre de la segunda.

La afirmación en el sentido que la pretensión es un hecho más que un derecho, se encuentra en Francisco Carnelutti,⁹³ que Ramírez recuerda⁹⁴ cuando aquél expresa que “La pretensión es un acto no un poder jurídico, claro está; algo que alguien hace, no que alguien tiene; una manifestación, no una superioridad de la voluntad... Dicho acto, no sólo no es, sino que ni siquiera supone el derecho (subjetivo); la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene el derecho, y por tanto, puede ser fundada e infundada... La resistencia a la pretensión puede consistir en que, aun sin lesionar el interés, el adversario conteste a la pretensión o, por el contrario, en que, sin contestar a la

⁹² Op. cit., p. 378.

⁹³ *Instituciones del proceso civil*, Trad. S. Sentis Melendo, Trad. S. Sentis Melendo, Bs. As. 1959, T. I, p. 31.

⁹⁴ Op. cit., p. 67.

⁹⁰ Op. cit., p. 71.

⁹¹ *El objeto litigioso en el proceso civil*, Trad. Tomás A. Banzhaf, Bs. As. 1968, p. 4.

pretensión, lesione el interés, puede ocurrir también que la resistencia se le despliegue sobre la una y sobre la otra línea a la vez".

Cabría presentar el trabajo de Carnelutti, como una muestra de confusión en el estudio de la pretensión, lo que confirmaría que está muy lejos de ser una noción clara y precisa.

Nuevamente, la vía adecuada es la observación de la experiencia, para cuantificar el margen evidente, objeto de predicción. La acción, quedó establecido, es el movimiento de la parte demandante —y eventualmente de la contraria, no sólo cuando contraataca, sino cuando ella inicia el trámite, como al ofrecer medios de confirmación o conclusiones y, desde luego, cuando impugna, que es una manera de iniciar otra serie de instancias—, cuya índole proyectiva, provoca la jurisdicción y la reacción.

Pues bien, proyectar la conducta sin un por qué o un para qué, correspondientes a la previsión normativa, es inconcebible y judicial o arbitrariamente inaceptable.

Ese accionar, al iniciarse durante el desarrollo del proceso, tiene que exhibir su justificación en cuanto instancia, porque la otra justificación, la de la petición de cada paso o grado procesal, es materia de la respectiva resolución. Por el momento, es el accionar lo que se revisa y si no cumple con la norma, será rechazado *in limine*.

Lo que en la especie atrae la atención, es el primer accionar, porque ahí está la pretensión, ya que en los demás irá una petición simple de la parte al juzgador y nada más —salvo, claro está y se ha repetido antes, cuando se trate de una demanda incidental o de una acción impugnativa que abre la serie del recurso—; inclusive, cuando dentro del proceso se haga valer una pretensión, ésta será atinente a una cuestión eventual y no relativa al conflicto de fondo.

En resumen, accionar sin más no es posible jurídicamente. Pero Carnelutti habla de un acto que no es un poder, pues el último ha de entenderse como potestad jurídica, como posibilidad de someter la voluntad ajena a un designio especial.

Y no falta cierta razón a Carnelutti, porque si se contrasta cualquier derecho, se encuentra que en él hay reciprocidad o correspondencia, que es lo que da al derecho subjetivo su carácter lógico de relación.⁹⁵

Frente al derecho subjetivo, por tanto, la pretensión procesal no muestra la reciprocidad sino la fijación categórica de la condición. Porque lógicamente, se está ante el contenido de una proposición jurídica hipotética: si se acciona, debe expresarse el por qué y el para qué. De otra manera, la acción no tendrá eficacia, no se proyectará, su ciclo terminará en el juez que al rechazar la instancia trunca su proyectividad.

La pretensión es un acto sin duda, no es un derecho, menos aún subjetivo, contratado o convenido, pero no deja de ser relación jurídica. Lo que sucede es que

no establece reciprocidad entre los sujetos, sino que se limita a condicionar el accionar. La pretensión se compone de la narración de los hechos discutidos, y la postulación de la sentencia buscada.

Por su índole de condición es, lógicamente, cumplimiento de la hipótesis a la que la norma hace referencia para admitir —entre otras condiciones, como los requisitos del idioma o las copias del traslado— el accionar inicial.

114. Hablar del sometimiento del interés ajeno al interés propio, como lo hacen Carnelutti y Víctor Fairén Guillén,⁹⁶ a quien también cita Ramírez,⁹⁷ es invocar o aplicar una teoría muy relativizada por referirse presuntamente a un cierto tipo de derecho individual: el objetivo que, ni es adecuado a lo procesal, ni siquiera en el campo sustantivo, y aún en el capítulo del contrato o del convenio, es discutible, porque se trata de nociones psicológicas de difícil percepción externa.

Pero si se busca establecer, ya no la eficacia de la pretensión, sino su eficiencia que es el efectivo resultado favorable que se persigue demandando o acusando, entonces hay que tener en cuenta que el reo no queda, necesariamente, subordinado al demandante sino, en todo caso al juez, o a la organización estatal si se considera el caso juzgado.

Se aprecia mejor la inexactitud de la tesis del sometimiento en el proceso penal, porque no hay manera de afirmar que el interés del reo se someta o se busque que se someta al de su acusador, por muy privado que sea, y nada se diga si es el ministerio público, facultado para pretender la sanción del reo, que al ministerio en nada beneficia ni perjudica, ni individual ni institucionalmente.

Ha sido, probablemente, Dante Angelotti,⁹⁸ quien estudiará la figura con más profundidad y extensión. Y también él coincide en calificarla de tema arduo.⁹⁹

Pero cualquiera sea el criterio por el que se opte, no puede negarse que la separación de los conceptos es la única manera de explicar las diferencias que dentro del proceso se presentan, según que la situación se vincule con el desarrollo del procedimiento o con la eficiencia del derecho sustantivo. Por ejemplo, mientras corresponde al accionar la eficacia de la preclusión, va hacia el derecho sustantivo la prescripción del pretender; y la decadencia es de la pretensión, mientras la caducidad es del instar, y así en otros extremos.

En el proceso penal, la indefinición de concepto se manifiesta al considerar a la pretensión como un aspecto del contenido del proceso y como objeto de la acción, o confundida con el poder punitivo y con el derecho a castigar.

Pero no todo es, como expone Ramírez, una complicación innecesaria. Lo que se percibe a la pretensión sólo en el momento inicial del proceso, y de ahí que diversos autores y muy destacadamente Carnelutti, hablen de acto como contraposición a relación jurídica, y otros le nieguen la dicha calidad de acto.¹⁰⁰

⁹⁵ *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 69.

⁹⁷ *La pretensión jurídica*, Padova 1932.

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁰ *Cfr. Ramírez. Op. cit.*, p. 71.

⁹⁵ En realidad, la categoría lógica de la relación se clasifica en función de sustancia y accidente, de causa y efecto y de influencia recíproca, *cfr. Lario y Cevallos, op. cit.*, p. 148.

Acto, entendido no como realidad concreta que se contrapone a potencia, sino como la conducta jurídicamente calificada, es pertinente a la pretensión, porque su presencia en el mundo jurídico sólo es factible si el hombre, el justiciable la expresa o emite.

Pero sigue en pie la opinión de Carnelutti, seguida por tantos autores que cita Ramírez, en el sentido que la pretensión no es derecho, y para fines de análisis quede momentáneamente fuera la referencia al derecho subjetivo. El punto de vista de Carnelutti ha llevado a sostener que se trata de meras razones, de hecho o de derecho, y también de finalidades u objetivos, más no de relaciones jurídicas como acontece con la acción.

Quedó indicado que la pretensión es una condición del accionar y que llegaría al absurdo instar sin pretender —instar por instar, por el deseo de hacerlo, como si se dijera vengo a demandar a mi contraria porque sí, o la acuso para que se le recluya en prisión un lapso cualquiera, sin expresar la conducta típica cometida—. Bastaría ello para calificar a la pretensión, no como un interés psicológico, la situación adecuada para satisfacer una necesidad, sino como acto jurídico.

Pero los actos jurídicos están en *relación*, y no cabe pensar que ese acto sea ajeno al derecho, intrascendente para la normatividad. Por ende, debe buscarse la *relación* correspondiente.

Y es así como resulta que la pretensión está en relación bilateral: de una parte, hacia el pasado, con el conflicto, y de la opuesta, hacia el futuro, con la resolución. Además, tiene, como se ha dicho, el carácter de condición del accionar.

Desde luego, ese esquema es propio del proceso, pero hay otros que atañen a los procedimientos de distinta índole, y también hay un pretender en el ámbito sustantivo. En tales casos, la pretensión no es bisignificativa, porque sólo mira hacia la meta, hacia el objetivo, como en la mal llamada *jurisdicción voluntaria* o en la formación de los contratos, supuestos en que la pretensión de uno de los contratantes de dirige a la conducta del otro, que entonces es titular de una prestación. No es, como en el proceso, donde el pretender es conflictivo porque se parte del problema jurídico, no del económico como en los contratos, y se tiende a la resolución que será una alternativa entre varias, por lo menos entre las del dilema.

115. La pretensión está implicada en la línea horizontal que va desde el conflicto hasta la sentencia, figura geométrica que a Ramírez no agrada,¹⁰¹ porque insiste en verla en la *intentio* romana, la que después ubica en la demanda a la que da el carácter de *centro de gravitación* (p. 102), con olvido del fenómeno de la litis abierta que muchos códigos aplican, como el federal mexicano o las reglas de arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio con sede en París. Si la demanda fuera ese centro, no se entendería una norma como la del artículo 20. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Mexicano, que

dice: “La acción procede en juicio, aun cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción”, y tampoco se entendería el 81 de la misma ley, que expresa: “Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás *pretensiones* deducidas oportunamente en el pleito...”. Dibujada mentalmente esa línea, aparecería la pretensión, obviamente redactada por escrito en la demanda, haciendo saber el conflicto con todos los datos de su identificación: objetivos y subjetivos para incluir a las partes, y todos los datos concernientes a la sentencia buscada.

Es en este sentido que cabe entender a la pretensión como el centro en una concepción volumétrica. ¿Por qué esto último? Si se mira un elemento, cualquier elemento, en su decurso translativo, lo que se forma es una línea horizontal y nada más. Pero cuando a esa figura, y a cualquiera figura, se le toma como centro, entonces habrá que poner atención a lo que aparece a los lados, y si algo no queda explicado o no es comprensible así, habrá que pensar en ubicarlo en otro lugar, tal vez arriba o abajo.

Esto es lo que acontece cuando a la pretensión se la coloca al inicio, en la demanda como quiere Ramírez, pero también en la acusación penal. Desde su perspectiva se mira: hacia atrás el conflicto con todas sus implicaciones; hacia el inmediato futuro los medios de confirmación y los alegatos; hacia el futuro mediano la sentencia. Pero quedan otros datos que es necesario vincular: las condiciones llamadas requisitos, cabalmente el de forma que va en la demanda o en la consignación, y la legitimación que atañe a la personalidad.

Hay otros datos que no quedan comprendidos en los señalados, tales como el interés llamado en obrar y la competencia del juzgador —público o privado en el arbitraje nacional o internacional y aun transnacional—.

Hay datos que no quedan referidos en la demanda ni en la acusación (consignación), como la litispendencia y el caso juzgado. Desde luego, sería difícil que el demandante expusiera, en contra de su pretensión, que existe otro juicio sobre la misma pretensión, o que ya se resolvió en otro proceso, en el que se agotaron todas las etapas, incluidas las impugnativas.

Es aleccionadora la observación tanto de los efectos translativos como de las eventualidades respecto de la pretensión. No tiene, como la acción, una eficacia proyectiva, porque en virtud de ésta, la acción hace avanzar el proceso. Pero la pretensión es trasladada al momento que se denomina ofrecimiento seguido del desahogo de *prueba*, y lo hace en cuanto la dicha *prueba* ha de ser pertinente, esto es, pertenecer a los puntos de hecho aducidos como *causa petendi* de la pretensión. Y luego, la pretensión es estudiada en su integridad y en su confirmación en la sentencia, para favorecerla o no. Y lo mismo se hace cuando en lugar de *pruebas* se trata de una cuestión meramente de derecho que es tema de alegaciones.

Que no es la pretensión lo que impulsa al proceso, se verifica en los grados posteriores al de fijación del debate, en los cuales se sigue intentando proyectivamente, aunque la pretensión no cambie.

¹⁰¹. Cfr. *op. cit.*, p. 102 y ss.

Puede verse, por ejemplo, que si el reo confiesa parcialmente la pretensión, por el resto habrá que confirmarla, y siempre se seguirá accionando como si no hubiera habido confesión. También cabe que en el curso del proceso civil, haya transacción parcial y convenio para ir al arbitraje privado, lo que modificaría a la pretensión, pero el accionar ante el árbitro seguiría siendo necesario y portaría diferente pretensión por disminuida, o la misma pretensión si no se da más que el convenio.

116. Las dificultades para identificar y aun para definir a la pretensión, han provenido de la complicación que resulta de confrontarla con el derecho sustantivo y con la acción.

En el campo civil, en el mercantil, en el laboral, hay relaciones entre los sujetos, como titulares de derechos y obligaciones. Si esos derechos ya se han concretado y no se está ante la voluntad para formarlos, entonces a cada derecho corresponde una obligación.

La cuestión ahora es explicar el lugar que ocupa la pretensión, si es que en esa situación existe. El esquema es similar al que se da cuando un sujeto es titular de un derecho pero no puede ejercerlo. Este acto, enteramente jurídico, y que lleva a pensar en la llamada capacidad de ejercicio, la que al faltar exige la presencia de otro sujeto que la tenga; tal hipótesis permite observar que cada derecho sustantivo es un título con varias pretensiones, alguna de las cuales no puede ejercer su titular.

El propietario de un bien, menor de edad, puede jurídicamente, usarlo pero si intenta obtener un usufructo consistente en el rendimiento de rentas, tendrá que depender de un sujeto jurídicamente hábil y legitimado para el caso.

Es, entonces, evidente que entre los títulos y su realización material, puede insertarse una figura autónoma aunque interdependiente, que es la pretensión. El arrendador tiene derecho al pago de la renta, pero estando pactado el requerimiento en el domicilio de arrendatario, tiene que pretenderla requiriendo y no queda, como el simple propietario, en la situación de uso, goce y disposición sin cortapisas.

Una situación distinta se contempla en los delitos. Aquí, la conducta lesiva es mero punto de partida, es el antecedente fáctico del que parte el acusador, ya sea que medie denuncia donde la pretensión es simplemente de participación de conocimiento o querrela en que ya se pretende el castigo.

La pretensión penal noviene de relación contractual sino de una determinación legal. Y en esto es que la idea de Goldschmidt, del derecho justicial material que comprendería la acción penal y la competencia punitiva, tiene sentido. El acusador, público, oficial como el abogado de Estado en España, o el particular, toman su legitimación de la ley misma.

De esta manera, se da la pretensión, sin que entre el acusador y el reo haya una relación jurídica previa y menos de carácter privado. Aquí es que cabe sostener que hay pretensión sin derecho (sustantivo). De la situación fáctica, de la conducta típica se sigue una pretensión persecutoria, y sería inútil, más que absurdo,

invocar derecho alguno entre las partes del proceso, porque el ministerio público ni lo tiene ni lo necesita, y el agraviado que sí tiene un derecho a la reparación del daño, o ha dejado en manos del acusador el ejercicio de tal pretensión por disposición legal, o cuando ésta lo permite, inicia un juicio civil.

Desprendida la pretensión en virtud del análisis lógico-jurídico, ya puede observarse que no tiene la calidad de los derechos, ni sustantivos ni procesales. En cambio, también se observa que la pretensión opera como condición. Como tal, la conducta en que se expresa es necesariamente jurídica.

Vinculada con el aspecto material del derecho: su ejercicio, ubicado como condición de otros derechos y caracterizada como el lazo de unión entre los titulares de los derechos y de las obligaciones, la pretensión es, finalmente una unidad jurídica singular.

Son comprensibles los esfuerzos hechos para capturarla porque no es fácil entender cómo una relación jurídica no es derecho, no obstante haber correspondencia entre lo pretendido y la prestación.

Se está, imposible negarlo, ante una manifestación jurídica, porque el buscar o exigir una conducta de dar, de hacer o de no hacer, se significa normativamente. Pero esta relación, cuando va en un convenio no pasa de ser una de sus estipulaciones, y lo más importante es que puede haber pretensión sin derecho, es decir, sin previo acuerdo sobre su estipulación.

Los ejemplos pueden multiplicarse indefinidamente, a partir de la exigencia temeraria, la pretensión fraudulenta, la meramente discutible, la relativa a un derecho prescrito, la equivocada, la de responsabilidad por daños y, desde luego todas las relaciones penales, sin olvidar los cuasi delitos y los cuasi contratos (adopción, gestión de negocios, pago de lo indebido, la tutela y demás *negotium alienum* y *utiliter coeptum*).

En consecuencia, cuando al llegar al ámbito procedimental, primero, y al procesal después, se contrasta el *derecho* de instancia frente al derecho sustantivo, se aprecia un vacío que viene a llenar la pretensión.

El derecho sustantivo, incluido, si se quiere seguir a Goldschmidt, el derecho o potestad de punir, queda documentado en el escrito inicial, presentado en una instancia, que en el caso procesal es una acción. Pero si en el ámbito meramente privado, el derecho se vinculaba con la obligación a través de las pretensiones y prestaciones estipuladas, en el procedimental la vinculación es entre la pretensión de quien insta y la prestación de la autoridad en términos generales.

La pregunta que surge espontánea, es cómo se forma la vinculación entre la pretensión del demandante (civil o penal) y el reo, puesto que con el juzgador ya estaba previsto desde la concepción meramente procedimental.

Habrà que señalar la distinción entre lo civil y lo penal, porque en el primer caso la pretensión ya existía sustantivamente, mientras que en lo punitivo no hay tal relación, de manera que el reo no podría, como mero indiciado o como procesado, efectuar una prestación que satisficiera el acusador. Cabe que confíese, cabe que si la ley le autoriza, no se le procese por evasión fiscal si cubre el adeudo y otras prestaciones —recargos, multas, etc.—; pero en el último caso, el

pago se hace al fisco y el desistimiento o el no ejercicio de la acción penal corresponden al ministerio público. Cabe que en los mal llamados delitos privados: injurias, difamación, riña y demás, en que no se impone la prisión preventiva, el juez considere una especie de compensación por los daños sufridos por los sujetos privados, y aún se conoce el perdón o desistimiento del defraudado en cierto período procesal, lo que conduce al desistimiento del accionar del ministerio público. Pero en todos los casos se observa que entre acusador y acusado no hay la relación de pretensión a prestación sustantivas y que la única pretensión es la del acusador hacia el juzgador, de donde se confirma que la pretensión relativa a una instancia es autónoma, especialmente en el proceso penal.

Por tanto, en ese manifestar la necesidad de una prestación resolutive es que consiste la pretensión procesal. Tal pretensión tiene que ser autónoma de la pretensión sustantiva, cuando la hay, en la inteligencia que si ésta se pierde, desaparece o por cualquier motivo deja de ser exigible la otra, la procesal queda sin materia. Como también se vacía la procesal penal si la punitiva es impracticable.

La discusión de si la pretensión procesal se endereza contra el juez o contra el reo pierde importancia, porque no hay más que una dirección y es la que va del demandante al juez. De la misma manera, la pretensión de absolución del reo, que al chocar con la del demandante forma el debate procesal, asimismo va hacia el juez, y ya queda dicho que en lo penal, ni siquiera hay una pretensión sustantiva que vincule a las partes. Por lo demás, en el campo civil no faltan casos en que se carece de pretensión sustantiva, porque en materia de divorcio o de nulidad de matrimonio, no existe la prestación extrajudicial del reo de carácter satisfactorio, sin la intervención del juez; aunque las partes tengan voluntad para divorciarse o anular su matrimonio, no es factible lograrlo y es indispensable la sentencia constitutiva.

117. Una demanda en lo civil o una consignación para castigar en lo penal, pueden no tener, respectivamente, derecho en el primer caso o transgresión en el segundo, pueden ser injustificadas, simuladas y aún fraudulentas; pero no pueden, materialmente, carecer de la consiguiente pretensión procesal.

Fuera de otras consideraciones, cabría inquirir qué ha de responder el reo si nada se pretende del juez. Aparte lo absurdo de un instar vacío de pretensión, está lo imposible de un debate, y faltando el objeto del proceso, que es lo último, carente de debate, el proceso es inconcebible.

Así pues, cuando se discutía si la acción era un derecho concreto a la tutela o un derecho abstracto de obrar, estaba efectuándose una transposición de fenómenos jurídicos, porque lo concreto, lo que la resolución del tercero imparcial ha de tutelar es la pretensión, si encuentra el justificante sustantivo. Y lo que es abstracto respecto de ese justificante, lo que opera o funciona haya o no el derecho sustantivo, se le verifique o se descubra su falta, es la acción.

Y la explicación es lógica, porque si al accionar se revelara ya el derecho sustantivo —o justicial material de punir, que diría Goldschmidt—, la razón de tutelar estaría mostrada, sería evidente y sobraría el proceso. Esto es lo que, por ejemplo, condujo al llamado juicio ejecutivo o procedimiento de ejecución apoyado en un título que se dijo, la traía aparejada, como la misma sentencia de condena. Que el juicio ejecutivo no dio resultados efectivos en la práctica es otro problema, porque naturalmente, al admitir la oposición por la vía de la reacción, el trámite coactivo se ve obstaculizado y reconducido al esquema procesal común.

Cabe pretender sustantivamente y fracasar, motivo para ir al proceso, y también es factible accionar sin que antes se haya exigido la prestación sin que se tenga derecho a ello, y desde luego, es posible acusar aunque no se haya cometido delito; pero en ningún caso cabe accionar sin pretender sentencia, así se tenga derecho sustantivo o no se haya cometido el crimen, entonces la pretensión viene a ser un condicionante procesal.

Y este ha sido el cuadro formado con los datos indicados: acción, jurisdicción, reacción, derecho, crimen, responsabilidad, interés, legitimación, competencia, nivel de la serie procesal, etc., cuadro que permite ubicar a la pretensión procesal como el eje en torno al cual se formaría el esquema volumétrico que alguna parte de la doctrina no ha recibido pacíficamente.

Es la pretensión procesal el elemento que puede tener la propiedad o la cualidad catalizadora, para parangonarla con los efectos químicos de transformación de otros elementos, que dentro del proceso, convierten las afirmaciones de la demanda y la acusación en confirmaciones y conclusiones, las cuales de ser acogidas favorablemente llevan a la sentencia buscada.

Alrededor de la pretensión van alineándose los otros elementos, de manera que si ella falta, desde luego la pretensión del demandado, el proceso se llevará en contumacia, lo que no significa el vencimiento del reo, tal y como lo explicará Adolfo Vach respecto de la nueva ley.¹⁰²

118. Es la pretensión la que viene a explicar contingencias, eventualidades, cambios, alteraciones y transformaciones surgidos dentro del proceso. No es la acción, el accionar lo que varía cuando los sujetos se sustituyen o suceden, ya sea que el demandante principal se haga acompañar o se vea acompañado sin su voluntad por otros que, necesariamente, habrán de tomar al proceso en el estado del accionar en que se encuentre, aquí lo que aumentará y en su caso disminuirá, será la pretensión o para mejor decirlo, las pretensiones, porque tanto puede suceder que un sujeto ostente varias pretensiones, como que varios sujetos se adhieran a una sola.

Tanto en lo civil como en lo penal, los conflictos pueden conectarse y producir una *acumulación*. Para que pueda darse el litisconsorcio voluntario, dice Victor

¹⁰² Cfr. *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Trad. Ernesto Krotoshin, Bs. As. 1958.

Fairén Guillén,¹⁰³ debe existir entre conflictos conexión por razón de los sujetos, precisando que una de las partes—sea simple o compleja— sea la misma, “y debe concurrir una conexión objetiva” por la comunidad de causa petendi o bien del objeto de las pretensiones, o, en ciertos casos, por la de las peticiones. Es éste el elemento conexional que hace aparecer los litisconsorcios activo, pasivo y mixto. “Y todavía, agrega que, es necesario examinar si en un futuro código sería conveniente introducir este litisconsorcio a través de fenómenos de conexión impropia, esto es, cuando fallan las identidades de los elementos necesarios citados de las pretensiones, pero existe cierta semejanza —homogeneizada— entre éstas”.

Hacia el interior del proceso repercuten los cambios exteriores, sin que el accionar sufra cambios, así se ve cuando el apoderado de una de las partes deja de serlo, sea porque otro ocupe su lugar o porque el titular mismo lo sustituya. También cuando entre vivos o por causa de muerte, el principal desaparece y su lugar lo toman, cuando es jurídicamente factible, los sucesores. No podría ser en materia penal ni en caso de divorcio y además de relaciones *intuitae personae*, intransferible.

Y puede hacerse una evidente separación, cuando el proceso muere porque la acción no se ejerza: caducidad, sin que acontezca lo mismo con la pretensión, porque no prescriba. Viceversa, una pretensión prescrita, no obsta para que el proceso se constituya con el ejercicio de la acción, aunque a su momento se absuelva al reo por ineficacia de la pretensión.

Es la pretensión, y no la acción, la que produce alteraciones en el objeto litigioso. Es la que provoca, inclusive, que entre un proceso civil y otro penal, haya conexión (prejudicialidad).

Formado el proceso e iniciada la instancia, la relación procesal se desenvuelve hasta llegar a la sentencia final. En principio, como expresa Gabriel José Rodríguez de Rezende Filho,¹⁰⁴ el objeto del proceso no debe sufrir modificaciones en sus elementos esenciales. Si se identifica por los sujetos, ¿Cómo permite que en su curso normal haya transformaciones?

Pero son posibles las alteraciones.

Desde luego, dice el autor, siguiendo o citando a Chiovenda, cuando hay acuerdo entre las partes (“... a demanda originaria deja substituida pero sea equivalente económico su jurídico (por ejemplo, *actio redhibitoria-actio quanti minori*” p. 41.) Y todavía, apoyado en Carnelutti, explica que en ese caso cabe la extensión o alargamiento del proceso; e inclusive, si falta acuerdo entre las partes, podrá el demandante modificar lo primitivamente pedido, si conserva su pretensión dentro de la misma causa o en relación con causas conexas (p. 42:) “Por esempio, chi abbia chiesto la escuzione del contratto bilaterale possa, in corso di causa, e perfino in grado di appello, mutar la domanda per ottenere invece la risoluzione, o viceversa”. (“Lexioni”, No. 307).

Un mismo proceso un mismo accionar y, sin embargo, pretensiones distintas, cuando el reo en lo penal, es acusado primero de abuso de confianza y en las conclusiones del ministerio público, sin cambiarse los hechos se le acusa de fraude. O cuando el trabajador demanda la restitución del empleo y al no existir la plaza pide la indemnización. Y es la pretensión lo que debe considerarse, cuando se prohíbe que en el proceso por un cierto delito, se acumulen acusaciones por otros. La pretensión, se dijo ya, es la que habrá que atender cuando para acusar de bigamia se requiera sentencia que declare la validez del primer matrimonio, o para establecer la nulidad de la deuda haya necesidad de precisar la falsedad del documento en que se acredite, y qué decir si para procesar por el delito de contrabando debe resolverse primero la cuestión fiscal ante el tribunal competente.

¹⁰³ *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 126.

¹⁰⁴ *Modificações objetivas e subjetivas da ação*, S. Paulo, 1933, p. 393 ss.

IX LA JURISDICCION

119. Si hubieren de clasificarse los vocablos jurídicos, no sólo los procesales, sino los de cualquiera rama o disciplina, por su multivocidad y las complicaciones que ella produce, la palabra jurisdicción quedaría en el grado más elevado, porque su empleo indiscriminado es tan frecuente y generalizado, que ha sido necesario correr un río de tinta para encontrar su significado.

Tarea pesada, minuciosa y finalmente inútil sería la de empeñarse en registrar cada una de las indebidas aplicaciones del término. Lo importante es el fenómeno que recibe el nombre y, desde luego, por lo menos en la especie, lo que trata de recogerse es la actividad del tercero imparcial, dirigiendo una serie de instancias.

En otros autores, la idea se extiende a realizaciones tal vez cercanas a esa dirección procesal, pero no enteramente confundidas o refundidas en ella, como el sentenciar y, un poco más adelante, en el ejecutar, sin olvidar entonces actividades secundarias, en teoría no en la práctica ni en la utilidad, como todas las preliminares y aun esa especie no muy pulcramente definida que es la usual y malamente llamada *jurisdicción* voluntaria.

Como siempre, hacia el final de cualquiera decisión semántica o meramente lexicológica, lo principal es el objeto significado. No tanto la translación de una palabra para abarcar una amplia gama de significados, sino su precisa conexión con el fenómeno elegido o traído a la atención.

Se puede discutir la propiedad de la aplicación, su adecuada o discutible referencia al significado, tomando en cuenta, lo mismo el empleo que de la palabra han hecho otros autores, que la referencia coloquial y aun el examen de sus raíces, de las desinencias y tantas otras evaluaciones. Pero lo determinante será esa convención humana, esa concurrencia de atenciones de quienes se comunican entre sí, sobre la voz empleada y el trozo de realidad observada. En el caso de la jurisdicción, el método de cuantificación evidencial sirve a su depuración, como ha acontecido con otras unidades significativas.

120. La doctrina más consultada, precisamente porque trata de orientar el empleo de los vocablos y suele concretarse en los lexicones, como el *Vocabulario Jurídico* de Eduardo J. Couture¹⁰⁵ expresa que la función jurisdiccional es una actividad pública, realizada por órganos competentes nacionales o internacionales, con las formas requeridas por la ley, "en virtud de la cual, por acto de juicio, se aplica el orden jurídico establecido, para dirimir conflictos y controversias,

mediante decisiones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".

Tal explicación que puede considerarse la más divulgada, difícilmente salva las cuestiones que surgen a cada paso. En primer lugar se habla de una actividad pública, pero de esta manera queda fuera el arbitraje, susceptible de ser encomendado a sujetos particulares, el cual, si se le contrapone a la pública función, apenas llega a una actividad privada, esto es, le falta, tanto el carácter de función que se supone es un quehacer constante si no continuo, como la calidad pública.

Después, se alude a órganos competentes, pero aquí la idea es de un conjunto de facultades derivadas o provenientes de la ley pública y, nuevamente se tropieza con el arbitraje, sin olvidar que en el caso de la competencia internacional hay problemas para determinar si la competencia es en razón de un convenio bilateral o multilateral o de un principio de derecho internacional público o privado. Porque hay tribunales internacionales y jueces nacionales competentes en problemas internacionales, situaciones que difieren diametralmente, como lo ponen en evidencia los convenios que crean a los primeros frente a los que precisan las facultades de los segundos: entre la Corte de Justicia Internacional con sede en La Haya, o la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y cualquier tribunal ordinario que, conforme a la Convención de La Paz, Bolivia, puede conocer de conflictos entre particulares de dichos países, las situaciones son manifestamente contrastantes.

El que las formas deban ser requeridas por la ley, deja fuera, tanto los casos en que las mismas leyes permiten convenios entre las partes para elegir las formas aplicables como sucede en México según el artículo 1051 del Código de Comercio, como, otra vez, las innumerables reglas convencionales, institucionales o *ad hoc* del arbitraje privado.

121. Un camino apropiado para enfrentar la descripción y consiguientemente la definición de la jurisdicción, es contrastarla con las figuras afines, colindantes o paralelas, como la administración, la legislación, la competencia, el procedimiento y la misma instancia.

Si no quiere hablarse de método dialéctico, a la manera aristotélica, hegeliana o marxista, puede indicarse sencillamente que la jurisdicción está al lado y muchas veces contrastada con esas categorías jurídicas, por lo que para distinguirla es menester confrontar sus notas características o conceptualmente constitutivas.

Desde luego, no bastaría decir que jurisdicción es lo que no son ni la administración ni la legislación, porque esta forma de intentar las connotaciones es simplista y contraproducente, ya que nada aclara ni precisa. Lo pertinente es establecer directamente el contenido, que la diferenciación caerá por su propio peso.

Al cuantificar el fenómeno jurisdiccional, se intuye una actividad de un tercero dirigiendo la de otros dos sujetos que ante él debaten un conflicto jurídico. Lo que se tiene en mente, o lo que se debe tener en cuenta es el cuadro de

¹⁰⁵. Montevideo, 1960, p. 381

los tribunales, consistente en una audiencia porque hay un sujeto que oye lo que otros dos y nada más que dos, están discutiendo para su conocimiento. De ahí que la doctrina haya explicado: *iuris dictio in sola notione consistit*.¹⁰⁶ pues en efecto, lo que se ha observado en el tribunal y después se comunica, participa o comenta, es la *sola fase de la cognición*.¹⁰⁷

Otras muchas actividades llevan a cabo los juzgadores, ya sean jueces públicos o árbitros privados, como las medidas provisionales, las precautorias y, sobre todo, los primeros, funcionarios de ejecución y de la llamada malmente *jurisdicción* voluntaria, porque así se confunde lo que es verdadera jurisdicción con otros procedimientos: pero todo esto no es la cognición, el conocimiento del conflicto jurídico que enfrenta a otros dos sujetos y que ese tercero, hipotéticamente imparcial, conoce dirigiendo un debate.

Esto y nada más es la jurisdicción, función pública que llega a ejercer un sujeto privado como el árbitro. Fenómeno que no es insólito, puesto que es frecuente que el particular efectúe funciones y servicios públicos, como votar, levantar censos, rendir pericias, como los certificados médicos que manifiestamente trascienden al orden público, como lo hacen las traducciones de expertos reconocidos por los tribunales.

122 .Al penetrar por la vía de los contrastes en la indagación de los que se observan confrontando la jurisdicción con la administración primero y con la legislación después, resulta que, en verdad, no hay manera de confundir un quehacer consistente en dirigir el debate de otros dos sujetos con una función, la administrativa, jurisdicción que inclusive puede provenir de un contrato civil, no procesal, como el arbitral.

En efecto, los códigos sustantivos hablan del contrato de mandato y lo distinguen entre el que se destina a actos de dominio, para pleitos y cobranzas y actos de administración.

Desde luego, el funcionario o servidor público llamado juez, no actúa en virtud de un contrato, por lo menos de uno civil y menos mercantil, pero en el ámbito privado sí hay la actividad administrativa que, en su contenido es la misma del sector público.

Lo inmediatamente relevante es que administrar no es ejercer actos de dominio, los que se caracterizan por el derecho de usar, disfrutar y disponer de los bienes o cosas propiedad del titular. El administrador, sin embargo, y dependiendo de la naturaleza de los objetos o patrimonios, se limita a operar con ellos sin poder disponer para sí de los productos resultado de su actividad.

Un administrador de un edificio o de una empresa comercial, de servicios o de industria, inclusive una rural, la dirige, la trabaja y si su estructura material o económica lo exige, puede usar, y hasta disponer de los bienes, como se ve en las ventas de mercancías que llevan a cabo los almacenes y demás establecimientos

mercantiles; pero el producto de las enajenaciones no se destina a la satisfacción de las necesidades o pretensiones del administrador. Lo que material y económicamente resulte sólo podrá estar a la disposición del propietario.

En el orden público, en la organización estatal, el administrador es igualmente un órgano, un funcionario o servidor que actúa con los bienes que constituyen el patrimonio nacional, provincial o municipal en el sentido y con la finalidad que determinan las leyes. También la Administración Pública enajena bienes y los adquiere, pero el órgano, el administrador ni los hace suyos, ni puede disponer de los productos a su arbitrio.

En nada podría caber la confusión con el acto jurisdiccional. Si tan funcionario público es el juzgador oficial como el presidente de la República, el secretario de Estado o el primer ministro, en cambio los últimos están llamados a operar con el patrimonio estatal y no a dirigir un debate entre partes: demandante y actor o acusador y reo, demandado o acusado, según los casos civiles o penales.

123. La legislación es el conjunto de leyes, normas generales, abstractas e impersonales, que rigen en una comunidad, más o menos informe y cuantitativamente identificable. Esas leyes, ya en su carácter de normas se apartan de la actividad jurisdiccional que no las emite generales, menos aún abstractas y nunca impersonales.

Pero hay un punto de encuentro entre la legislación y el quehacer judicial, que no necesariamente es judicial, y consiste en ese capítulo destinado a la formación de la jurisprudencia.

También aquí cabría hablar de una normatividad general, porque va a aplicarse a todos los casos futuros similares. Y se pensaría en el mismo sentido si se considera que la jurisprudencia es abstracta frente al caso particular que en el futuro surja, lo es tanto como impersonal por la misma razón de la ley, esto es, porque no está destinada a uno o varios sujetos individualizados.

Pero, ante todo, la jurisprudencia no es ni actividad jurisdiccional, ni resultado de ella. Es algo accidental respecto de una tarea diferente, que es sentenciar. Son las sentencias las que dan lugar a la jurisprudencia, sea como consecuencia directa, como resultado posterior al acto del pronunciamiento, sea como una tarea de reunión de tesis o precedentes y demás.

Sobre todo, si la jurisprudencia es el valor o la eficiencia de un criterio jurídico contenido en una o varias sentencias, según lo determine la ley respectiva, no es siquiera el fallo mismo. Sobre todo, no es el pronunciamiento indiferenciado de cualquier juzgador, sino el cúmulo de sentencias de un específico tribunal.

Algo más, el acto jurisdiccional, se ha dicho, no va más allá del procedimiento procesal, no excede a la serie de instancias, de manera que cuando llega el momento de sentenciar, el proceso y, consecuentemente el *jurisdecir*, han terminado.

Cualquiera fuere el criterio que se tuviere sobre la jurisdicción, inclusive el extremo de incluir el sentenciar en ella, ni así cabría confundir la jurisprudencia con la legislación, porque, desde luego, sentenciar no es sentar jurisprudencia.

¹⁰⁶ Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1962 Vol. I, p.166.

¹⁰⁷ *Idem*.

cia, y luego, esta última tiene lugar, según las distintas legislaciones, con posterioridad a la dirección del proceso.

La jurisprudencia misma, es inconfundible con la ley.

124. Otras muchas actividades podrían acercarse a la noción de acto jurisdiccional, parangonarse con ella y aun confundirse, como serían las certificaciones y autenticaciones que suelen o pueden dar los juzgadores y que son propias de los secretarios y demás auxiliares del juez, como los notarios y los corredores.

La actividad más vinculada con la función jurisdiccional, y sobre todo con la decisoria, es la ejecutiva. Ejercer coacción es un dato que la experiencia legislativa conecta constantemente con jurisdicción y, más aún con sentenciar. El juzgador, específicamente el oficial, tiene conferida la potestad sancionadora de las medidas de apremio: apercibimiento, multa, suspensión de cargos, conducción por medio de la policía y arrestos.

Todas las expresiones físicas de violencia están fuera de alcance de las facultades del árbitro privado, y en ello se distingue tajantemente de la actividad judicial, pero acontece que aun vinculadas con el juez, no se confunden con la tarea de jurisdicción. Uno es el caso que el juzgador público, por ser autoridad estatal, pueda usar de estos medios coactivos, y otro el que al hacerlo esté jurisdiciendo.

El juez, órgano del Estado, por disposición expresa, inclusive constitucional, tiene a su disposición la fuerza pública, o existen normas que ordenan auxiliarle con ella. Pero si el juzgador estatal está autorizado al efecto, no se confunde tal posibilidad con la mera dirección de la serie de instancias de las partes.

La misma historia del derecho aclara el fenómeno extensivo de las acepciones. La palabra jurisdicción, dicen los autores,¹⁰⁸ se ha entendido en forma estricta y lata, la última abarca el imperio.

“La jurisdicción se considera de dos modos. En el primero estrictamente, como el poder que el magistrado ejerce por la naturaleza de su cargo. Así la que tiene el Pretor como tal prescindiendo de las facultades que por nueva concesión tiene el Pretor como tal prescindiendo de las facultades que por nueva concesión le hayan sido dadas, le compete por la naturaleza misma de su oficio o magistratura; o mejor dicho en fuerza de la jurisdicción tomada en sentido estricto. Considerada la jurisdicción latamente, comprende la que por ley especial se ha concedido al magistrado; pues por esta concesión, como por vía de accesorio, se aumenta el oficio del magistrado y su jurisdicción se robustece. Según la primera acepción, dice Ulp. en la l. Muto 6 § 2. de tut. que el derecho de dar tutores no pertenece a la jurisdicción; más si, tomando latamente § 4. inst. de Atil. tut. y en otros lugares.

“Considerada la jurisdicción en sentido lato, la definen los DD de diferentes maneras. La más exacta de todas las definiciones, a nuestro parecer, es la que sigue: la facultad de conocer y fallar en las causas civiles y criminales, constituida

o permitida por pública autoridad. No añadimos, como algunos autores quieren, y de ejecutar la sentencia, pues esta facultad no pertenece propiamente a la jurisdicción sino al imperio, como después se demostrará”.

Jurisdicción simple es la potestad del magistrado considerada con separación del imperio. Nunca lo está, pero hay muchos actos en que éste no influye. Así se concibe la jurisdicción sin imperio, y el imperio aún mixto sin jurisdicción. Cuando el juez determina con previo conocimiento de causa, no usa el imperio: declara solamente lo que para aquel caso ha establecido la ley, o la equidad. Al contrario: cuando dispone que se dé fianza, por el *daño no hecho*, o pone en posesión, restituye, emplaza o prohíbe que se haga algo en un lugar público, obra el imperio y no aparece la jurisdicción.

Esta se divide también en *voluntaria* y *contenciosa*. La primera se ejercita interponiendo autoridad en aquellos actos en que no hay controversia y están de acuerdo las partes.

Puede el juez usarla todos los días, aun feriados y en todos los lugares; la segunda al contrario: se versa entre los disidentes y litigantes y, solamente en el tribunal y en los días hábiles para la administración de justicia.

Dedúcese de lo expuesto que á dos clases de funciones se reduce el oficio del magistrado: á pronunciar, aplicando las leyes á los negocios, y á mandar en virtud del imperio.

Para juzgar debe principalmente examinar si la causa corresponde a su jurisdicción por razón de las personas o de las cosas litigadas. Si lo hace fuera de su territorio, podrá ser desobedecido sin temor de pena. L. ult. h.t. Sin embargo, aun siendo incompetente, procederá sin vicio, cuando las partes lo consientan. También tendrá cuidado de abstenerse de declarar derecho entre sus hijos, libertos y demás domésticos, L. 10 h.t. Aunque en negocios privados pueda el padre juzgar al hijo y al contrario, porque una cosa es decir derecho y dar acción, y otra juzgar. Declara derecho el magistrado, juzga el juez dado por éste, tomando conocimiento del hecho sin imperio ni facultad de ejecutar.

Pertenece al *imperio* la ejecución de las sentencias y los apremios para ello necesarios, ya sea pronunciada por el magistrado, bien por el juez a quien cometió el conocimiento y cuando es preciso para conservar y hacer respetar su jurisdicción, como la imposición de la multa de quinientos aureos asignada contra el que dolosamente rompiera o alterara el edicto pretorio.¹⁰⁹

125. En lo descrito por la vieja doctrina, inclusive la comentadora del derecho romano, se encuentra ya la separación entre el acto jurisdiccional y el imperio, mero para lo penal, mixto para los apremios en lo civil.

Es cierto que el término jurisdicción se ha extendido hasta la sentencia y aun se llega a poner el acento en este acto, pero es ya tiempo de distinguir esa peculiar actividad encerrada, vinculada inescindiblemente con cierto procedimiento, el específico y peculiar consistente en el proceso. Un acto expresado dentro de esta

¹⁰⁸. Cf. el *Digesto romano-español*, de Sala, s/l, p. 12 y *passim*.

¹⁰⁹. Claudio José Ferrier. *Paratitla o exposición compendiosa de los Títulos del Digesto*, México 1853. T. I. pp. 36-37.

serie de instancias constitutivas de acciones y reacciones, no puede confundirse con otro, que aunque proveniente del mismo tercero imparcial, está ya desligado de la serie, se ha separado del dinamismo propio de lo procedimental y es autónomo frente al proceso, aunque no independiente ya que, manifiestamente, decide sobre el debate formado en su interior.

Pero mientras el acto jurisdiccional depende y se enlaza con el accionar, y desde luego con el reaccionar, la sentencia lo hace con el pretender. De ahí que, así como el accionar es condición para pretender, sustanciar el proceso es condición, en realidad la clase de condición llamada supuesto, para sentenciar el debate.

Sin embargo, hay desviaciones o alternativas diferentes para la sentencia, ya que cabe un pronunciamiento sobre el conflicto sin que se tramite el proceso, tal como se mira en el arbitraje irritual, inclusive llamado de amigable composición, laudo en conciencia o arbitraje en blanco, que ha llegado a prohibirse en Italia, pero que existe en la práctica.

La pretensión nunca es satisfecha por la jurisdicción, actividad destinada a dirigir el proceso, porque aun en el caso de terminación anticipada por confesión del reo o transacción o convenio entre las partes que requieren homologación judicial, esta última va en una sentencia y no en un mero acto jurisdiccional —auto, decreto, proveído, etc.—.

Otra característica que es necesario tener presente, y que corresponde al acto jurisdiccional, consiste en su limitada tipicidad: auto, decreto, proveído, o proveimiento, aplicables a todos los procesos. En cambio la sentencia es única e intransferible a otro proceso. Su contenido es el caso juzgado que, inclusive, no debe volver a juzgarse.

Un auto que da entrada o rechaza una demanda es siempre igual, con sólo la diferencia de los sujetos, pero lo importante es la conducta del juzgador, que al decretar, por ejemplo, la expedición de una copia certificada, es indiferente el proceso en que lo haga y cabe el escueto expídase la copia pedida por el promovente con vista de la contraria.

Es lo último lo que importa, porque una sentencia no se emite con ese control de las partes. La sentencia es, inclusive, un acto público, en el sentido que propiamente se dirige a la comunidad, puesto que a ella interesa la certeza de su decisión, y la corroboración de lo anterior radica en que la sentencia va a invocarse en las sucesivas resoluciones y situaciones en que intervengan las partes ante terceros.

Un instar procesal se reduce al accionar que gradualmente va presentándose en el proceso; nunca trasciende, nunca llega hasta la sentencia, cada acción termina en el grado procesal correspondiente: precluye.

En cambio la pretensión permanece, es portada a todo lo largo del proceso: es confirmada en la fase llamada probatoria, y demostrada en la conclusiva, para finalmente decidirse en la sentencia.

La impugnación de la sentencia, final o interlocutoria, no tiene ni el contenido, ni el sentido, ni los efectos que la relativa a los autos, a los decretos o a los

proveídos y tampoco a los proveimientos. El pronunciamiento, así sea meramente interlocutorio, decide sobre derechos disputados, en tanto que los actos jurisdiccionales atienden a la marcha del proceso.

Dar entrada, rechazar, dar vista, correr traslado, señalar fechas para los plazos o los términos, dirigir las audiencias, recibir medios de confirmación, ordenar su desahogo, pedir el auxilio de subalternos y la colaboración de otras autoridades en los exhortos, rogatorias y suplicatorias, ordenar acumulaciones o desgloses, ordenar suspensiones y reanudaciones, ordenar recepciones y envíos de expedientes, revocar, confirmar y anular, todo ello es propio de la actividad jurisdiccional, la cual se realiza de una manera similar en los procesos civiles o penales, administrativos o laborales, arbitrajes o internacionales, canónicos o castrenses.

126. La actividad jurisdiccional puede confundirse con la función directriz de cualquiera autoridad en lo que tiene de mando y conducción. No puede olvidarse que el proceso está en el procedimiento, pero que éste puede darse sin proceso, de manera que la instancia simple y unilateral como la mera denuncia, la petición, la querella, el recertamiento o la queja, son susceptibles de promoción dentro del proceso por autonomasía.

Hay momentos, dentro del discurrir procesal, en que sólo se está ante el procedimiento, como en todos los supuestos de preliminaridad; de preparación, de precautoriedad, de provocación, de traslado hacia la administración de bienes o hacia la vigilancia, guarda y custodia de personas: menores de edad o presuntos delincuentes.

Para comprender mejor esta complejidad, hay que anticipar al fenómeno de la yuxtaposición procedimiento-proceso. El primero, como secuencia de conexiones de conductas de diferentes sujetos, es la base, el apoyo material del proceso: serie de instancias proyectivas.

La manera intuitiva de explicar lo acontecido es acudir al caso de una película cinematográfica, conjuntadora de imágenes y sonidos. Si el procedimiento se compara con la imagen y el sonido con el proceso, se tendrá que en una misma situación se dan: la imagen del procedimiento, que se ve pero puede no entenderse, y el sonido del proceso, que se entiende y puede no contemplarse.

Imbricados en la realidad, proceso y procedimiento son objeto de la dirección del mismo sujeto: el tercero imparcial, que se conduce proveyendo e impulsando la marcha de la sustanciación.

Jurisdecir, entonces, es frecuentemente un proveer que a veces atañe al proceso y otras al procedimiento. La manera más fácil de distinguir la naturaleza de este actuar, es considerando la índole de la instancia atendida. Sólo cuando se trata de un accionar, de un instar que se proyecta a través del juez hacia la contraria que debe reaccionar, es que se está en el proceso; pero si ese instar es unilateral, de un procedimiento preliminar como los actos preparatorios, los precautorios, los provocatorios, la mal llamada *jurisdicción* voluntaria, o los actos de ejecución, entonces el juzgador provee sin jurisdecir. Y la demostración de ello es que el

árbitro, facultado para jurisdecir, carece de competencia para proveer en los demás.

Nombrar un administrador o síndico en una suspensión de pagos o en una quiebra, así como designar un tutor o un curador, remitir a un reclusorio, imponer una multa, mandar traer al sujeto con la policía, ordenar su arresto, apercibirlo, señalar la ciudad por cárcel, y todo lo que se calificó de imperio mero o mixto, son funciones de autoridad que se agregan a la jurisdicción, sólo cuando se trata del juez y no del árbitro.

127. Conceptos colindantes con la jurisdicción, como la competencia, han sido motivo o causa de confusiones innecesarias. La jurisdicción es una actividad, en tanto que la competencia es una situación. La diferencia que va de hacer a tener es la que se observa en estos casos.

La jurisdicción se vincula con la instancia, con cierto tipo de ella que es la acción o el accionar, y lo hace también con el procedimiento o con cierto tipo de actividad dinámica que con éste se da, que es el proceso.

Competer es corresponder, de manera que la indagación es acerca del sujeto elegido por la ley, muchas veces por la misma Constitución que ha llegado a hablar del arbitraje como en el caso de la de Cádiz de 1812, para jurisdecir y aun sentenciar, proveer medidas preliminares, actividades ejecutivas, de negocios jurídicos por atribución, la mal llamada *jurisdicción* voluntaria, de tan amplia gama.

De manera que nunca debió existir duda acerca de la diferencia entre dirigir una serie procesal y tener atribuidas ciertas funciones, determinadas actividades. Si bien con demasiada frecuencia se traspasa la circunferencia de la jurisdicción y el juzgador es competente para sancionar aun en el campo administrativo: la disciplina burocrática, para formar una especie de legislación con la jurisprudencia, con los usos y prácticas forenses y con los precedentes de toda índole, no puede llevar a error esta situación generalizada.

Por otra parte, el dato de la atribución lleva al resultado de la delimitación. Tener una actividad legalmente, es al mismo tiempo llegar hasta un límite. Un juez que puede jurisdecir en los conflictos familiares, simultáneamente está constreñido a no intervenir en otros proesos como los juicios arrendatarios de inmuebles urbanos, las quiebras o los procedimientos civiles comunes, los mercantiles ordinarios, sumarios y ejecutivos y demás según lo establezcan las leyes.

Ello no se limita ni a los jueces públicos porque también atañe a los árbitros, ni tan sólo a la judicatura, pues toda autoridad se enfrenta a la misma situación. Por lo demás, el fenómeno no es exclusivamente jurídico, ya se ha dicho que quien enumera excluye, principio lógico en virtud del cual *de-finire*, simultáneamente, determinar el contenido y excluir lo externo al mismo, es marcar la finalización de ese contenido, es señalar el perímetro, más allá del cual se observa otro objeto de conocimiento. Así pues, la competencia *de-limita*, porque al tiempo que da, que otorga potestades o facultades, niega otras. El juzgador, como toda

autoridad, nace con atribuciones *de-terminadas*. Ni puede surgir desnudo de facultades, ni éstas son *in-de-finidas*.

Es la competencia lo que explica que el juzgador, además de estar llamado a jurisdecir, pueda ejecutar, asegurar bienes y personas, formar negocios judiciales, *jurisdicción* voluntaria, apremiar, castigar, disciplinar, ordenar autenticaciones, certificaciones o daciones de fe, etc.

De ahí también que no haya verdadero problema ni dificultad, en advertir que el juez jurisdice y sentencia como funciones que le han sido encomendadas al fijar su competencia.

Sólo para reafirmar lo aseverado antes respecto de la sentencia, cabe agregar que las leyes suelen otorgar al juez la facultad de sentenciar sin jurisdecir, como sucede cuando homologan convenios entre los litigantes.

La competencia, que no es propiedad única de la judicatura, y aun cabe hablar de la competencia del particular cuando actúa como árbitro, como notario, como censor o como médico que extiende el certificado de defunción, al ubicarse en otras autoridades: legislativas o administrativas, puede comprender la actividad jurisdiccional atribuida a las mismas.

El legislativo, constituido en Gran Jurado está llamado a procesar a ciertos funcionarios, los altos funcionarios, por responsabilidades en el ejercicio de sus actividades. Y el administrativo puede ser autorizado para jurisdecir en determinados ramos, como se mira en México respecto de los conflictos entre particulares en materia de marcas y patentes comerciales, la también llamada propiedad industrial, o cuando, a través de órganos descentralizados, como la Procuraduría Federal del Consumidor, otra vez en México, llega a conocer de conflictos económicos entre consumidores y proveedores, sustanciándose un arbitraje privado. En fin, en organismos como la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México, el arbitraje se prevé: obligatoriamente en el primer caso, aunque sin ir más allá de la conciliación y, en el segundo, llegando a sustanciar, con el nombre de queja un procedimiento de denuncia o de querrela, y si las partes lo aceptan, otro de arbitraje. Todo ello conduce a reconocer la competencia en los funcionarios públicos, en los organismos descentralizados, en personas de derecho público autónomas como las Cámaras de Comercio y las de Industria, y en los mismos particulares.

La doctrina ha explorado diversos criterios de distinción entre la jurisdicción y la administración o la legislación, pero lo cierto es que no es necesaria una especulación muy profunda, complicada o sutil, para advertir, con los datos mostrados, la tajante separación entre esas actividades. Fuera de las razones sociales y políticas que puedan llevar a las distintas manifestaciones de la jurisdicción y de la competencia, siempre quedarán los contenidos *a priori* dados y *a posteriori* verificables.

X LA ORGANIZACION JUDICIAL Y FORENSE

128. Las manifestaciones primigenias de las comunidades humanas ofrecen peculiaridades que van, desde la indiferenciación de los sectores del derecho, en virtud de la cual lo público y lo privado se muestran unificados, tal vez por esa razón doctrinalmente esgrimida de la estructura familiar de las sociedades, como sucediera en Roma donde todo parece centrarse en la *civitas*.¹¹⁰

En esas condiciones, la actividad procesal, además de su informalidad, ha de tener simplicidad social: "Característica por la naturaleza del Estado primitivo es la forma de su intervención en la administración de justicia, la *iurisdictio*. El rasgo más singular, y a medida que se retrocede en el tiempo, más vivo, del procedimiento civil romano, en su tipo genuino, es el persistente carácter voluntario y privado que ofrece desde su inicio la ejecución. Transcurrieron mil años o quizás más, toda la evolución del derecho romano, antes de pasar el proceso a manos de la autoridad pública o del magistrado; y la transformación se puede señalar paso a paso siguiendo en todas sus fases esenciales el orden mismo del proceso desde su comienzo al momento ejecutivo; es más la crisis que hace al proceso enteramente público, que inicia la jurisdicción del Estado, como la concebimos en nuestros días, coincide precisamente con la crisis de la romanidad".¹¹¹

Si la intromisión del Estado se debió al interés por la paz, como expresa Bonfante, por razones propiamente de política entendida como el manejo de la sociedad, convertida en cosa pública, es menester observar que el procedimiento privado, fue en realidad un medio de arreglo, de composición por obra de las mismas partes, sin que faltara el tercero imparcial, idea fundamental del proceso, pero de carácter privado.

Lo determinante en estos esquemas es que, mientras el manejo del proceso se efectuó por los particulares, su estructura subjetiva tuvo la mayor simplicidad posible: las partes y el *arbiter*, etapa en la que ya se ha superado la represalia y la misma guerra entre los clanes. La estructura jurídica no pudo ser más simple: "Si en la historia de la evolución del proceso se tiene presente una época en que la

intervención de la comunidad en los conflictos de los particulares se hacía ofreciendo o imponiendo juicios de *árbitros*, es cierto que tanto el compromiso como la aceptación de los árbitros funda una relación especial, por un lado entre las partes, y por otro entre éstas y los árbitros".¹¹²

Así pues, en una primera época, el fenómeno procesal se da sin complicaciones estructurales, porque los intervinientes son apenas los indispensables, pero en un momento determinado, aparece la obligación o el deber de someterse a la jurisdicción estatal, destruyéndose la "exención que impide al Estado dirigir litigios de sus ciudadanos de una manera pacífica y racional".¹¹³

Esta intervención que aspira a llegar al monopolio funcional, exige nuevas estructuras subjetivas que se conocen con el nombre de burocracia. La judicatura, aún en los tiempos pretorianos, nace conectada con otros servicios públicos, provoca la aparición de nuevas figuras como los escribas o escribanos, los ediles y ujieres, los ejecutores y, en fin, todo un cuerpo de auxiliares que gira en torno al principal o titular de la jurisdicción, y otro de colaboradores que con ellos se conecta para efectuar las más diversas actividades de complementación y suplementación, ahí donde el juzgador no puede, jurídicamente, actuar.

Esa burocracia requiere orden y composición, está necesitada de una reglamentación que distribuya los quehaceres y establezca vínculos de disciplina. No puede pensarse en un universo, más o menos extenso, de servidores públicos, sin distribuir entre ellos las tareas y, al mismo tiempo, sin ejercer un control, tan amplio y complicado como resulte el cuerpo judicial.

Si se reflexiona serenamente, la judicatura no es indispensable para el proceso, pero cuando este último se encomienda a un conglomerado de servidores estatales, es que la burocracia se constituye inevitablemente.

La distribución funcional comenzará por la erección de órganos: sujetos cuya voluntad se imputa al ente jurídico, al Estado: "Si órgano es un elemento del ente que tiene la función de hacer querer y actuar a dicho ente, de ello se sigue que es un individuo que sólo o con el concurso de otros individuos tiene dicho cometido, el cual no puede ser cumplido más que por personas físicas. Este es el significado más simple y más concreto de la palabra órgano. El individuo que asuma la cualidad de órgano, debe ser, no una persona que quede extraña al ente, fuera de él, sino un individuo que quede incorporado en él, de modo que la voluntad y la acción del ente: él no quiere ni actuar por el ente, en vez y por cuenta del ente, sino que, como lo hemos dicho y conviene repetirlo, hace querer y obrar al ente, prestándole cualidades físicas y psíquicas que el ente, de lo contrario, no poseería, pero que de ese modo vienen a constituir cualidades también de este último, confiriéndole una capacidad que en cuanto a los individuos, es antes que jurídica, natural, mientras que para el ente es meramente jurídica".¹¹⁴

¹¹⁰. Pietro Bonfante, *Historia del derecho romano*, Trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid 1944, Vol. I, pp. 185 y ss.: "La distinción, del *ius populi* o *publicum* y del *ius privatum*, de la *res publica*, y de la *res privata* o *familiaris*, no podría ser en los orígenes otra cosa que una distinción de esferas diversas, nunca de esencias diversas. Ciertamente, ya con la formación de la *civitas*, las instituciones propias de la familia asumen funciones diversas de las que son propias de la *civitas*. En las primeras prepondera el aspecto ético y económico, en las segundas el político y social."

¹¹¹. *Idem*.

¹¹². James Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, Barcelona 1936, p. 21.

¹¹³. Goldschmidt, *Idem*.

¹¹⁴. Santi Romano, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Trad. Santiago Sentís Melendo y Mario Ayerra Redín, Bs. As. 1964, p. 270.

129. Aunque el órgano hace querer y obrar al ente, cuando se pasa a la organización, aun conservándose el mismo querer, cambia el obrar. La razón de ello es obvia, si, por ejemplo en lo procesal, en virtud del principio ineliminable que es la idea fundamental de la resolución de conflictos jurídicos por obra de tercero imparcial, tal función se encomienda a un juzgador, público o privado, cuando su número se multiplica, entra en escena la distribución del trabajo.

De todas las maneras conocidas en sociología se manifiesta la división, y como quiera que resulte, se forma una burocracia, un cuadro de servidores públicos que destinados a una actividad específica, materialmente trazan exclusas dentro de los procedimientos, en particular el procesal.

La burocracia judicial se extiende horizontal y verticalmente. En el primer sentido, la organización comprende, no sólo la fijación de la competencia que conduce al cuerpo homogéneo, sino los trabajos auxiliares y, eventualmente, las colaboraciones técnicas o de oficios diversos.

La horizontalidad se completa con la distribución en planos súperpuestos que forman la jerarquía vertical. El cuerpo judicial queda construido como una compleja burocracia que se extiende hacia los lados y asciende por planos de control, disciplina y revisión funcional.

Lo que también se ha llamado departamento judicial, específicamente en el derecho norteamericano que parte de la separación constitucional,¹¹⁵ va deformándose en la historia y en el derecho comparado: órganos especiales, a veces inclusive escapados del control jerárquico de los recursos y medios disciplinarios, proliferan o crecen a expensas de los originalmente creados para juzgar.

Una primera y provisional conclusión lleva al resultado de entender la composición orgánica como una constelación de subjetividades que apenas puede ser sostenida por la idea fundamental: la resolución del conflicto jurídico por obra de un tercero imparcial, y éste, convertido en órgano estatal aparece como centro de referencia para la composición final.

130. Una visión del conjunto estructural, aconseja la distribución de los factores que le constituyen en tres planos o cuarteles de un triángulo: en la parte superior se ubicaría la judicatura, comprensiva de los cuerpos que ejercen jurisdicción aunque no le estén integrados, a uno de los lados se tendría el grupo de auxiliares, y al otro el foro.

Es ya una denominación conocida la de alta curia para la primera sección. En ella entran jueces, magistrados, ministros, oidores y en los países anglosajones la curia regia, y todo un conjunto de órganos que han ido surgiendo a medida que las circunstancias socio-políticas lo han exigido.¹¹⁶

¹¹⁵. Cfr. Maurice Minchen, *Comparación General de las Constituciones de México y de los Estados Unidos del Norte*, México 1929, tesis para obtener el grado de licenciado en derecho.

¹¹⁶. "... Ancien institutions had been ceaselessly adapted to meet purposes often very different from those for which they were originally intended, and have been newer organs of government devised to meet requirements which have manifested themselves only as society has developed the intricate pattern of its modern life". David Keir, *The Constitutional History of Modern Britain* London 1950.

El escalonamiento de la alta curia suele reducirse a tres planos: jueces comunes, de primera instancia o de gran instancia en Francia, y a su lado deben mencionarse los municipales, llamados asimismo de paz, algunas veces populares y también mixtos de paz, de lo civil y de lo penal.

En esta escala, toca a dichos jueces de primera o gran instancia juzgar, y sus pronunciamientos suelen ser criticados en la alzada o instancia de apelación, y controlados en la tercera destinada a la casación o al amparo: específicamente en el régimen mexicano.

La baja curia se compone de los secretarios, escribanos o actuarios, quienes suelen tener a su cargo las oficinas en las que laboran ujieres, mecanógrafas, escribientes o pasantes, ejecutores que pueden ir a integrar, junto con los notificadores una oficina especial desconcentrada.

A su turno, el foro se forma con los abogados de manera relevante o principal, pero en muchos países se ven acompañados por los procuradores. Abogados y procuradores se agrupan en colegios y barras; pero cuando se trata de abogados y procuradores del Estado se forman asociaciones y no colegios, pues éstos se caracterizan por la liberalidad de la profesión. Abogados y procuradores libres se distinguen por tener despacho abierto al público permanentemente. Los funcionarios del gobierno: procuradores de toda índole, como los generales de la República o del Estado, ministerios fiscales, procuradores del trabajo, agrarios, etc. no atienden sino a las personas que sus leyes orgánicas determinan y carecen de esa libertad del ejercicio profesional de los colegiados.

131. La contemplación directa de las actividades: funciones y servicios de ese cuerpo judicial, constitutivo de un departamento gubernamental y de una sección de la burocracia, de gran extensión e importancia, ofrece un cúmulo de realizaciones que está necesitado de descripción y clasificación.

a) Una primera expresión corresponde a la tarea que por autonomasia corresponde al tercero imparcial: la jurisdicción.

Dirigir el proceso es el cometido por excelencia de un juzgador. Lo que acontece es que ni sólo él lo hace, ni solamente hace eso. Jurisdicen los otros órganos del Estado: el legislativo cuando enjuicia a los altos funcionarios por transgresiones

cuerpos especiales como en Norteamérica:

"In the United States, where the power to pay debts of the government has been held to reside in the legislature, it was only by a gradual process that a limited right of judicial relief against the state has been granted by statute. The fact the such permission to sue is a matter of grace finds expression in numerous limitations on the right of the claimant, and in various privileges granted to the government. For example, the jurisdiction of the Court of Claims, established in 1855, eventhough extended by several acts, particularly the Tucker Act of March 3, 1887 (24 Stat. L.

combined in apparent harmony with of action for tort injuries. The government, moreover, always has the right of appeal, the individual in specified cases only. Where the claimant practices fraud

in the statement, proof, establishment or allowance of his claim, the whole claim is forfeited.

Besides the legislative relief of claimants of certain kinds through Congressional standing committees, such as those on War Claims, Private Land Claims, and others, numerous classes of claims have by special statute, such as the French Spoliations Act, Indian Depredations Act and others, or by general act, such as the Tucker Act of 1887, been referred to the Court of Claims. Moreover, under the Bowman Act of March 3rd, 1883 (22 Stat. L. 485), Congress or the head of an Executive Department may refer claims to the Court for the investigation and determination of facts, without entering final judgment. Among the states, many have established tribunals or boards to hear claims and report the findings to the legislature, while some give entire jurisdiction over claims to committees of the legislature. In only a few states is there a constitutional prohibition denying the suability of the state. The measure of liability assumed by the states follows somewhat that adopted by the federal government."¹¹⁷

Pero la jurisdicción sigue siendo la nota distintiva de la judicatura, al grado que se le denomina también el órgano jurisdiccional del Estado.

b) Enmarcado por el procedimiento, al proceso suelen añadirse otros trámites que le preceden, le acompañan o le suceden.

Procedimientos anteriores, en los que la jurisdicción por antonomasia no se presenta, son los destinados a la preparación del proceso, como cuando en lo civil se inquiriere por la personalidad del presunto demandado, la existencia de documentos base de la demanda, como el testamento, el legado, o los estados financieros para exigir la liquidación de créditos y demás.

También preceden al proceso, en términos generales, los arraigos, los embargos, las separaciones de personas, los nombramientos de tutores o cuidadores y así por el estilo. En muchos casos, esos trámites son simultáneos con los del proceso, aunque se sigan por cuerda separada, como cuando estando en sustanciación el proceso penal, se pide un embargo preventivo.

Y, desde luego, todas las gestiones efectuadas después de la sentencia final, de carácter ejecutivo, son materia de un procedimiento posterior.

Si la jurisdicción se reduce a la dirección del proceso mediante proveimientos, los actos relativos a los demás procedimientos, incluidos los de la llamada *jurisdicción* voluntaria, se denominan proveídos.

Mientras los proveimientos allanan el camino para la afectación de las instancias procesales: acciones y reacciones, los proveídos se dirigen hacia el exterior del procedimiento en cuestión, alcanzando la materialidad misma de las situaciones metaprocesales.

Es cierto que el acto jurisdiccional no se limita a los proveimientos y que algunas leyes hablan de decretos, y autos, pero la diferencia es metodológica, sin afectar a la consistencia jurisdiccional.

La importancia de la clasificación de los proveídos, radica en el hecho que pueden ser encomendados a otro funcionario, específicamente a un oficial judicial, como sucede con el ujier del derecho francés: "Il existe dans chaque arrondissement un corporation d'huissiers attachés au tribunal de première instance, domiciliés dans une des communes de cet arrondissement et investis du monopole et de l'obligation d'instrumenter en matière civile dans toute l'étendue de ce ressort.. L'huissier est un officier ministériel chargé d'effectuer les significations judiciaires et des procéder à l'exécution des décisions judiciaires et des actes ayant force exécutoire, et de faire le service intérieur des tribunaux."¹¹⁸

c) No propiamente jurisdiccionales son los actos de sujetos que colaboran estrechamente con el juzgador como los asesores o los jurados. El asesor, en regímenes como el italiano, llega a tener a su cargo "el ejercicio temporal obligatorio de la función jurisdiccional pública", deber que se califica de personalísimo "y no admite sustituciones sino en los casos previstos por la ley".¹¹⁹

Por su parte, de los jurados se han esgrimido argumentos en favor y en contra, dadas las características de personas legas, influyentes sentimentales y demagógicamente, pero también se han esgrimido tesis de su calidad democrática, sin parcialidad, su convicción colegiada y su buen criterio objetivo. Pero también se le ha atacado por su desconocimiento del derecho. Su propensión al sentimentalismo y su ausencia de justificación del veredicto. De cualquiera manera, el jurado se implantó en el siglo XIX como una influencia del sistema inglés y se difundió por obra de la Revolución francesa, y como un medio de desterrar los tormentos para arrancar confesiones y testimonios: "Les réclammations éloquentes de la philosophie du XVIII^e siècle, d'accord sur ce point avec les protestations du clergé, ont fait enfin triompher le droit de l'humanité; et, sur les ruines de notre vieil édifice criminel, s'est élevée une législation nouvelle, qui fait l'admiration de l'Europe.. Lorsque la révolution française inaugura l'ère d'une grande rénovation par l'abolition complète de l'ancien système pénal dont Louis XVI avait promis la réforme, une de plus belles, de plus importantes, de plus populaires conquêtes de l'humanité, fut sans doute la naturalisation de jury en France. Cette importation d'une institution, si long-temps envoyée aux anglais, fut accueillie avec transport comme un grand bienfait politique, comme la plus sublime invention de la science du cœur humain!"¹²⁰

d) Ubicados en el mismo plano característico de la colaboración, otros órganos acompañan a la judicatura en distintos procedimientos que, inclusive, llegan a incluir sendos procesos, ya sean principales como en la petición de herencia o alternos y simplemente integradores de un total más amplio y complejo, como en la quiebra.

¹¹⁸. René Japiot, *Traité Élémentaire de Procédure civile & Commerciale*, Paris 1929, pág. 205

¹¹⁹. Vincenzo Manzini *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As. 1951, T. II, p. 263.

¹²⁰. Gustave Basile de Lagrèze, *Science morale et Code du Jury*, Paris 1819, p. 3.

¹¹⁷. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, New York 1925, pp. 164-165.

Lo determinante para clasificar a estos órganos o al menos las características relevantes de su paralelismo con el juzgador, son esas potestades o meras facultades de resolución principal, ocasional o eventual que tienen dentro de los procedimientos muchos de ellos contenciosos: “tendiendo el juicio de quiebra a la liquidación o realización de un patrimonio para hacer de los créditos contra su titular y comenzando el mismo —según veremos en los Capítulos XII y XIII— por **desapoderar** al propietario —quebrado— de sus bienes **inhabilitándolo** además para su administración y disposición no podía escapar al legislador, si quería salvar y facilitar aquellos fines del juicio de quiebra, la necesidad de arbitrarle órganos idóneos, capaces de llevar a cabo dicho cometido”.¹²¹

Órganos de la quiebra, da la idea de elementos propios de la institución y, aunque necesariamente conectados a la administración de justicia, no precisamente integradores de la judicatura. La quiebra es, materialmente observada, una ocupación de bienes con un propósito singular: la liquidación y distribución de la masa entre los acreedores. Es claro que el legislador tiene ante sí varias alternativas, entre las que desde luego aparece la solución de la entrega de la masa patrimonial —y en cierta medida personal, al hablarse de la masa de acreedores— a los particulares, justiciables o acreedores; pero también cabe ese otro sentido llamado publicístico, que exige la dotación de órganos que circundan al juez.

Estos órganos tienen funciones que se han clasificado en actividades de dirección, de vigilancia y de la misma jurisdicción o bien, de administración representación y aún deliberante.¹²²

Pese a la concentración de cuestiones y procedimientos en un solo juzgado dice la doctrina, como este órgano no podría atender la finalidad de la quiebra, se impone la constitución, con facultades delegadas, “de un órgano directivo, dotado de poderes de impulso procesal, vigilancia y, en general, de tutela de los varios intereses concurrentes y, a veces, en contradicción al cual, en nuestro ordenamiento, se le conoce por Comisario. El Juzgado y el comisario, pues, integran o constituyen los órganos de dirección, vigilancia y jurisdicción.

“En segundo lugar como la quiebra priva al fallido de la administración y disposición de los bienes, se requiere otro órgano al que se ha atribuido el poder de administración, y aun de disposición, y naturalmente de representación, a los fines de llevar a cabo la liquidación del activo y pasivo de la quiebra. Este órgano —de administración y representación— se halla integrado, en un principio y con carácter transitorio por el depositario y luego en forma definitiva por los síndicos.”

“Y, por último, desde el momento en que la quiebra priva a los acreedores de la acción ejecutiva singular, y con ella del poder de proveer directa y personalmente a la tutela de sus intereses, se impone la constitución de los mismos en órgano deliberante como máximo interesado, al fin y al cabo, en la marcha y ultimación de la quiebra.

das juntas de acreedores”.¹²³

¹²¹. José A. Ramírez, *Derecho concursal español. La Quiebra*, Barcelona 1959, T. I. p. 417.

¹²². Ramírez, op. cit., p. 419.

¹²³. Ramírez, op. cit., pp. 419-420.

e) Tal vez en el campo de la bancarrota sea donde se manifieste con toda extensión l

extremos distintos, la actividad jurisdiccional propiamente dicha de la organización judicial.

Pero la

muy particularmente en el procedimiento penal, donde la pluralidad de trámites que van de la material coacción a la dirección pura del proceso, exigen prácticamente, no sólo técnicas distintas sino órganos diversos: policía judicial, criminalistas, peritos ya sean médicos o de otras disciplinas, operarios al lado de agentes de seguridad y vigilancia y otros cuerpos públicos descentralizados, privados y de composición mixta —como la policía bancaria que, sostenida por los particulares, está organizada, dirigida y controlada por la autoridad pública—.

En algunos regímenes, como en la Provincia de Córdoba en Argentina los jueces están llamados desde el inicio de las investigaciones policíacas para dirigir los trámites, y aunque necesariamente sus actos no son jurisdiccionales, el hecho de que un mismo órgano se encargue de procedimientos distintos: de investigación, pesquisa, aprehensión, custodia y posteriormente la dirección procesal, todo ello conduce a la multiplicación de actividades y tratamientos legales.

Y así como en lo penal se ve proliferar la diversificación de tareas a cargo del juzgador, en otros sectores, como el laboral o el agrario y también en el campo de la protección al consumidor incluido el *ombudsman* o defensor del pueblo, la presen

los árbitros, congregan individualidades que van incrementando los cuadros burocráticos.

Cada función y también cada servicio que se agrega a los juzgados o a la judicatura, con nuevos órganos: bibliotecarios, archivistas, compiladores de leyes, formadores de los Seminarios que recogen la jurisprudencia y demás, ofrecen una gama interminable que demuestra la imposibilidad de extirpar empleados o cargos y de regresar a la sencillez del servicio o función de la administración de justicia.

f) En la medida que las actividades asumen características individualizadoras, la formación de otros tantos oficios pasa a engrosar los cuadros burocráticos. Así se vio desde que el *iudicio* pasó al interior de los locales, abandonando las plazas, porque entonces, la dación de fe, la certificación y la autenticación, se convirtieron en tareas autónomas que hubo necesidad de encomendar a especialistas: los secretarios. La razón de la actividad secretarial es, no tanto el auxilio por la acumulación del trabajo, cuanto el testimonio calificado de un sujeto que puede llegar a dar fe de lo que ve y de lo que hace.

En temprana época, el secretario aparece como *scriba*, y su testimonio resulta una documentación, un *libro* que se conserva en un *ordenamiento* por las constatar lo acontecido: dicho o hecho. Y no sólo este que hacer le corresponde, vinculado con él, aparecen la notificación y diligencias que van de la inspección a la ejecución, para después conducir a nuevas especialidades: aprehensiones, depósitos, archivos, registros y tareas fasciculares.

De este tronco se desprenderán en su momento los notarios o escribanos, los registradores y los archivistas. Cada oficio dará lugar a órganos autónomos, ligados más o menos estrechamente con la judicatura, al grado que los registradores se encargarán, como los notarios, de algunas manifestaciones de la llamada *jurisdicción* voluntaria. Los registradores civiles: de divorcios voluntarios, por ejemplo. Los notarios de las sucesiones provenientes del testamento público abierto, y la operación fascicular tendrá una desembocadura institucional en el archivo.

Como ya resultaba previsible al crearse los oficios especiales, el aumento de trabajo conducirá a nueva burocracia, más dependientes de cada oficio que alcanza autonomía. No puede concebirse una notaría sin empleados de toda índole: abogados aspirantes, secretarías, archivistas, registradores o empleados, tramitadores, mozos y demás.

El registrador conducirá a los Registros civiles y públicos y de comercio. El archivista llevará a las instituciones generales: archivo general de la nación, del congreso, de los tribunales y bibliotecarios.

Toda la gama de manifestaciones de especialidades, al tiempo que sirve para concretar el trabajo, complicará las actividades y requerirá de controles nuevos, más extensos y complejos.

Esta constelación de personas ha de clasificarse, finalmente, en tres sectores: el de los colaboradores realmente, esto es, de aquellos sujetos que cumplen tareas que el juez no puede realizar como la pericia y que están al servicio de la actividad jurisdiccional; y el de auxiliares que son generalmente trabajadores manuales: secretarios, estenógrafos, comisarios, mozos, ujieres, etc.

g) La contemplación de la universalidad orgánica, a través de la historia y en el derecho comparado, induce, no a uno, sino a varios intentos de clasificación, inclinación humana, no sólo por lo que implica de economía de esfuerzo, sino por la necesidad científica de operar con las estructuras, persiguiendo los más eficaces resultados.

Una, muy conocida y utilizada división, atiende directamente a la burocracia judicial y a un grupo de colaboradores jurídicamente indispensables, mientras se piensa en la fórmula procesal.

Ubicada en la parte superior, la llamada alta curia se compone de jueces, oidores y magistrados y ministros o magistrados supremos. A esta alta curia es que suelen añadirse los asesores y los jurados, y no faltan integraciones de escabinato, porque cada sector, o cada parte, designa un juzgador, como sucede con las denominadas en México Juntas de Conciliación y Arbitraje que se forman con un representante de los patrones, otro de los trabajadores y el tercero del gobierno; o con los tribunales arbitrales de la Cámara Internacional de Comercio con sede en París, o con la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial con secciones en cada país de América, que permiten a las partes designar un árbitro, encargándose las instituciones del tercero imparcial propiamente tal.

En cambio, se ha dado el nombre de baja curia al personal de apoyo, que, a partir del secretario, comprende ujieres, comisarios, oficiales mayores, actuarios, notificadores, ejecutores y demás (a veces peritos, traductores e intérpretes) como estenógrafos, taquígrafos y mecanógrafos.

La baja curia suele estar vigilada y disciplinada por el dicho secretario que, para identificarlo se le califica secretario de acuerdos. Es él quien, en efecto, acuerda con el juzgador, le prepara o redacta autos, decretos, proveimientos, proveídos, interlocutorias y no pocas veces la misma sentencia. El secretario también está encargado de dar cuenta, esto es, de resumir o sintetizar el caso, de dar fe de lo que él o ante él se haga o diga, de emitir certificaciones de las constancias de los expedientes que debe conservar bajo custodia directa o a través del archivista, y también suele autenticar las actas y documentos que se forman en su presencia. En fin, el secretario, o los secretarios, porque suele haber dos o más, según sea el volumen de trabajo, es una pieza necesaria y, en la actualidad de la mayor utilidad para el juzgado, al grado que llega a presidir las audiencias y llevarlas cual si fuera el propio titular, en la inteligencia que las leyes reconocen esta situación y llegan a prohibirla, como sucede en México en el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje para los conflictos de los trabajadores al servicio el Estado.

h) Si la baja curia está integrada tan íntimamente a la alta curia, que en no pocas ocasiones, un miembro de la primera, específicamente el secretario, sin faltar las suplantaciones de las auxiliares y del oficial mayor, actúa como si fuera el titular de la jurisdicción, este dato sirve para apartar otros cuerpos de colaboración, como el médico forense, la policía y personal de auxilio como los transportistas, los cerrajeros y demás integrantes de los departamentos de conservación, cuidado y vigilancia de las instalaciones, la intendencia en primer lugar, que ni trabaja en las oficinas de los juzgados como la baja curia, ni depende del presupuesto de estas entidades, sino del general del poder judicial.

Se aprecia, entonces, la aparición del doble fenómeno de la desconcentración como sería el caso del medio forense, y de la descentralización como los consejos de tutela.

Hay un avance gradual de un extremo al otro, de manera que si las oficinas de notificaciones y de ejecuciones quedan dentro de los tribunales, la desconcentración prepondera, pero si alcanzan mayor autonomía y llegan a formar un cuerpo especial, lo que se percibe en una descentralización.

Históricamente, la mayor descentralización se dio en el ministerio público o fiscal, el acusador oficial que en la actualidad es una institución tan autónoma que, dependiendo de las alternativas elegidas por el respectivo legislador, se habla de un órgano judicial, de un órgano administrativo, dependiente del Ejecutivo, o de un órgano autónomo: "Auprès de diverses juridictions, la loi a établi une magistrature spéciale chargée de représenter la Société, en son nom, de requérir l'application des lois, de veiller à leur observation, de faire exécuter les décisions de justice lors qu'elles concernent l'ordre public, de défendre les

intérêts des incapables. Cette magistrature ou cette fonction, dont les attributions sont si variées et dont le rôle est si étendu, est le ministère public. Toute définition qu'on en peut donner, est nécessairement imparfaite: c'est par l'examen de chaque matière où elle s'exerce, qu'il est possible de la connaître exactement."¹²⁴

Aunque la función del ministerio público sobresale en el campo del proceso penal, y es, como expresa Manzini,¹²⁵ un sujeto que interviene para proponer la exigencia punitiva, a nombre y por cuenta del Estado, también se le observa en los procedimientos judiciales de carácter civil.

La doctrina discrepa respecto a los orígenes modernos de la institución. Los italianos hablan de su paternidad como acusador público, los franceses recuerdan al procurador del rey, y los españoles al promotor fiscal.

Manzini admite que en los términos en que modernamente se regula la entidad, tiene su origen en la aparición del Estado constitucional y en la aplicación del principio de la división de poderes. Hay que remontarse a la Revolución francesa, a la asamblea constituyente de 1790, donde se planteó la cuestión de si la acción penal debía ejercerla el procurador del rey o un acusador voluntario elegido por el pueblo. La mayoría, movida por la confianza se decidió por el último partido. El ministerio público se dividió en comisarios del rey y acusadores públicos: los primeros cuidaban de la realización de los fallos, y los segundos tuvieron a su cargo la acción penal. Aquellos eran nombrados por el Estado y los segundos lo eran por los jueces entre sus colegas y por un año. Como los jueces eran elegidos por el pueblo, también el acusador vino, indirectamente, a serlo en esta forma.

Leyes posteriores llevaron la organización al concepto moderno y se difundieron por Europa, considerándose al ministerio público o fiscal, como representante del Ejecutivo, encargado de promover la declaración de certeza de las condiciones que autorizan a la administración para aplicar las sanciones derivadas de los delitos.

El curso histórico del ministerio público en México fue expuesto por José Aguilar y Maya en el Discurso inaugural del "Primer Congreso de Agentes del Ministerio Público Federal".¹²⁶ Comenzó por considerarlo como una de las más recientes instituciones políticas que no ha alcanzado su madurez. En Grecia y en Roma era desconocida la figura, aun circunscrita al cuidado y acatamiento de las leyes por los particulares, obedeciendo ello al hecho que la persecución de los delitos constituyó una facultad de la víctima y de sus familiares.

Se ha hablado del origen del ministerio fiscal en los procuradores de los emperadores romanos, nombrados para la defensa del fisco, o en los defensores de las ciudades, instituidos por las constituciones de Valente, Valentiniano y Teodosio, cuya organización era diversa.

Las primeras manifestaciones con analogía al presente fue la del *saion*, funcionario encargado especialmente de velar por los dominios reales de la monarquía francesa, y que Carlomagno convirtió en el mantenedor de la ley. Los franceses reputan a la Ordenanza del 23 de marzo de 1302, durante el reinado de Felipe IV, como el punto de arranque de la institución. Pero cualquiera que sea este hecho, Aguilar y Maya recuerda que el ministerio público se ha organizado, modernamente, sobre las ideas centrales de este modelo.

Montesquieu encontraba que el ministerio público era nombrado por el príncipe reinante, en virtud de la ley que encargaba al funcionario la persecución de los crímenes en cada tribunal, lo que eliminaba la figura del delator.

El derecho de castigar experimentó en España las mismas variantes que en Grecia o en Roma. La ley 22, título I, Partida VII, autorizó al acusado para transigir con el acusador, quedando librado de la pena. Sólo más tarde, al fortalecerse el poder real dejó expedita la acusación a toda persona con el goce de sus derechos, aunque se tratara de la ofendida, pero siempre que el delito fuera público, y se prescribió que el perdón del ofendido no impediría el castigo del delincuente, si lo era por delito que hubiera producido alarma social.

Las leyes posteriores llevaron la organización al concepto moderno del ministerio público junto con los ordenamientos franceses, considerándose al acusador como representante del Ejecutivo y encargado de promover la declaración de certeza de las condiciones que autorizan a la administración para aplicar las sanciones. Puede decirse que la transformación general ha sido conocida desde la mitad del siglo pasado. Aguilar y Maya, discrepando de la doctrina italiana, por lo menos para México, sostuvo que para los efectos de su nombramiento, los funcionarios del ministerio dependen de un órgano determinado, que no son inamovibles, no están nombrados por tiempo fijo y pueden ser redodis libremente. Lo fundamental, pensó el autor, es que su actividad está reglamentada y controlada por la ley, de manera que sólo está permitido obrar dentro de lo mandado por ella, con la consecuencia de la responsabilidad personal por todo desacato a la misma, sea realizando actos que la ley no autoriza u omitiendo los que ordena.

Tal vez por no considerársele como un cuarto poder, aunque en muchos sentidos lo tiene más amplio y efectivo que los mismos jueces de cualquiera instancia, Aguilar y Maya pensó que las leyes en Bélgica, en Brasil, en Colombia, en Ecuador, en México o en Venezuela eran las que determinaban la facultad del Ejecutivo para la designación, aunque en países como Chile se hace a propuesta del legislativo, y en Suecia o Finlandia se estima que el nombramiento debe realizarlo sólo el legislativo.

Como funciones fundamentales, se señalaron las siguientes: velar por los intereses del Estado. Ejercer la acción penal ante los tribunales, cuando se considera debido conforme a la ley. Desempeñar las funciones de consejero jurídico del gobierno, y vigilar por el respeto de la legalidad, exigiendo responsabilidades de los funcionarios.

Cada una de las atribuciones han sido materia de crítica. Así, el monopolio de

¹²⁴ François Goyet, *Le Ministère public en matière civile et en matière répressive, et l'exercice de l'actum publicus*, Paris 1926, p. 7.

¹²⁵ *Derecho procesal penal*, T. II, pp. 311 y ss.

¹²⁶ México, 1931, pp. 14 y ss.

la acción penal que se contempla en las leyes mexicanas, no deja de entrañar una lesión de los derechos particulares. La mezcla de esa función con el cometido de asesoría del gobierno es un resultado inadmisiblemente paradójico, ya que quien acusa es quien aconseja.

Además, al ministerio público se le ha conferido el mando de la policía llamada judicial, según el artículo 102 constitucional. Esta policía es quien tiene a su cargo la investigación de los delitos, la búsqueda de los medios de su confirmación y el descubrimiento de los responsables. Si bien, con ello la Constitución de 1917 obtuvo independencia de la judicatura, se creó un mecanismo ingobernable, puesto que la jurisprudencia ha entendido que tales facultades son discrecionales y no puede constreñirse al ministerio público, ni para accionar, ni para abstenerse.

a) Todavía el ministerio público conserva un marcado vínculo burocrático con la judicatura. Sus nombramientos o la manera como acceder al cargo son similares, el mismo presupuesto de egresos sirve para cubrir sus percepciones periódicas, no susceptibles, legalmente, de ser reducidas. Las condiciones personales son igualmente análogas y la finalidad es, manifiestamente, la misma: administración de justicia.

Más hacia el extremo y casi sin vínculo burocrático aparece la abogacía. Hay, no obstante, vestigios de tal parentesco en las defensorías de oficio, en las procuradurías de pobres y, naturalmente en el llamado abogado del Estado; pero este letrado nace, inclusive, como independiente.

Se ha observado el nexo que llegaron a tener la abogacía y los gremios en el medioevo; pero ya antes, desde Grecia se presentó la profesión con la importancia que ha recogido la historia. Roma, sobre todo, y sin el complejo de la discriminación de los sofistas, fue la cuna de los jurisprudentes. Pero desaparecida la antigüedad latina, en la Europa de las invasiones y difíciles condiciones de vida, la abogacía se liga con la función de solidaridad de los gremios y origina las Universidades.

En Italia, sobre todo, la educación superior está íntimamente ligada a la enseñanza del derecho que no depende de las escuelas catedráticas: "La costumbre era que un grupo de jóvenes deseosos de prepararse para la abogacía se acercara a alguno de los hombres destacados de esa profesión para que les enseñase el oficio. Se formaron así relaciones muy similares a las establecidas por los contratos entre los aprendices y los maestros de los gremios. Aunque en Bolonia existía una escuela episcopal, la enseñanza del derecho no estuvo al principio unida a ella, excepto en el sentido de que muchos estudiantes habrían obtenido allí la educación básica. En el siglo XI y XII, los doctores enseñaban *auctoritate sua, por su propia autoridad*. No dependían pues de la *licencia para enseñar, licencia docendi* del obispo... Para el siglo XIII, el comercio de la enseñanza es un hecho ampliamente aceptado. No cobran por su ciencia sino por su trabajo: *potest accipere collectam pro laboribus suis*. Así lo aceptan Santo Tomás y el jurista San Reymundo de Peñafort... La consideración que por ello se les debe tener se muestra en la concesión de un fuero especial mucho más amplio que la jurisdic-

ción entera que los maestros de los gremios podían ejercer. Llegarán a tener, especialmente los juristas, una posición exaltada. Por ejemplo la ley VIII del mismo título XXXI de la Segunda Partida da la categoría de condes a quienes hayan enseñado derecho por veinte años..."¹²⁷

b) Sería difícil considerar a la abogacía como un órgano de la administración de justicia. Su asimilación a la judicatura exigiría mayores esfuerzos que los dedicados por la doctrina al ministerio público. De la abogacía se ha dicho que es una profesión liberal: "En dos grandes grupos se consideran, desde antiguo, divididas las actividades humanas: el de los trabajos manuales o serviles, *operae iliberalis*, y el de los trabajos intelectuales, *operae liberalis*, usando las denominaciones empleadas por Cicerón"¹²⁸ 1-42... Hoy no se discute que todas las manifestaciones del trabajo son equiparables en dignidad y que, de su diversidad, surge la armonía social.- La diferenciación, sin embargo, se impone; si no para establecer un orden de privilegios, si para regularlos en la ley de manera distinta, cual lo exige su diferente naturaleza y el rango de la misión social que cumplen.- Más, para mejor precisar los conceptos, aún cabe distinguir dentro del área de trabajo intelectual —hoy la técnica moderna aminora las distancias con el trabajo manual— entre: actividades que se realizan en una relación de *dependencia*, de subordinación o de obediencia del que realiza el trabajo, con respecto al que lo ordena y paga su remuneración; y actividades o servicios *libres*, esto es, que se prestan sin aquella relación de dependencia a la persona que los demanda, la cual, por ello, viene obligada a remunerarlos.- La dedicación habitual a estas últimas actividades constituyen el objeto de las profesiones liberales."¹²⁹

Si en Grecia la abogacía apareció con los sofistas, en Roma lo hizo con los patricios: "Los patronos nobles, dispensaban su protección a los *clientes*, plebeyos."¹³⁰ La conversión en Repúblicas populares sobre la base de un régimen electivo, motivó que la asistencia judicial se convirtiera en función de ciudadanía.

132. Si se ha calificado a la abogacía de función de carácter público, ello obedece a que, a diferencia de otras profesiones, no se agota en las relaciones privadas, entre abogado y cliente, sino que, como expresaban las Leyes de Partida¹³¹ el abogado es quien razona por otro en juicio. Y dado que el juicio, salvo el escaso y limitado número de arbitrajes, es llevado ante los tribunales del Estado, esa actividad de patrocinio profesional se desenvuelve en el ámbito público.

¹²⁷ Lorenzo Mario Luna Díaz, "El surgimiento de la organización corporativa en la Universidad medieval", en *La Real Universidad de México. Estudios y textos*, México 1987, pp. 14-16.

¹²⁸ *De officiis*.

¹²⁹ Antonio Fernández Serrano, *La abogacía en España y en el mundo*, Madrid 1955, volumen primero, pp. 43-44.

¹³⁰ Fernández Serrano, op. cit., p. 62.

¹³¹ Ley I^a, Tit. VI, Part. III.

De ahí también que se hable del abogado como de un colaborador del juez, pero sólo en el sentido de ser necesario para que la función se lleve a cabo. Exigir más del abogado equivale a hacerlo de su cliente y si esto se efectúa, la situación sufre una transposición de valores: el justiciable está para que el juez opere, absurdo que se resuelve al presentar el reverso: es el juez quien está al servicio de los justiciables.

Al calificar a la administración de justicia como justicia rogada, no se hace sino destacar el hecho que el juez no actúa oficiosamente, y en esa situación, toca al abogado impetrar del juzgador sus servicios; pero ello no le convierte, ni en subordinado del juez ni en su auxiliar. El que el juzgador esté encargado de la disciplina de su audiencia o policía procesal, es simplemente algo lógico, dado que él también actúa dirigiendo la serie de instancias proyectivas.

En definitiva, lo pertinente es distinguir entre la abogacía como función pública en cuanto se efectúa en el ámbito de la administración de justicia, y la abogacía como servicio público en lo que tiene de prestación hacia el cliente, actividad que en gran medida es ajena a las labores de los tribunales, que se lleva a cabo como asesoría privada, y esto último es un sector preponderante en la era moderna, puesto que el llamado abogado de empresa, o corporativo, se especializa en las operaciones contractuales, en las relaciones de derecho administrativo y muy particularmente fiscales, de manera que el actor de lo conflictivo, de los litigios privados y las controversias penales ha pasado a un plano, si no secundario en su importancia, sí limitado en cantidad.

En cuanto institución social, la abogacía aparece como organización social, cuyas notas características son: "exclusividad, profesionalidad, libertad y colegialidad."¹³² De la exclusividad, cuya mención pudiera provocar censuras, se ha esclarecido que "No se trata de mantener un irritante privilegio en favor de una casta, ni de desconocer la libertad de defensa, sino de admitir que el ministerio de la defensa, por exigencias de la administración de justicia, sólo puede desempeñarlo quien tenga para ello la necesaria aptitud —jurídica, técnica y moral—, reconociendo que el desentendimiento de esta cuestión por parte del legislador sería nocivo para la colectividad y que aquél tiene el deber de proveer lo necesario para que la tutela jurídica de los intereses privados y la colaboración precisa al juzgador, a través de la defensa, sea prestada con las necesarias garantías."¹³³

Más que la profesionalidad señalada por la doctrina y que se resume en la idea del ejercicio efectivo de la defensa de los intereses ajenos, supuestamente ante los tribunales, pero también ante las demás autoridades, centrales y descentralizadas y, por supuesto, ante los árbitros privados, más que esta situación, importa la libertad del abogado: "Limitad la actuación del abogado en más de lo que exigen aquellos deberes morales, y habréis asestado un golpe mortal al sagrado derecho de defensa. Innecesario es añadir que implícito en tales deberes están los del buen gusto, que es un matiz de orden estético, hijo del decoro".¹³⁴

El tema de la inmunidad del ejercicio profesional, se liga con el más extenso de la libertad jurídica, de manera que bastará señalar que actuando dentro de su función, el abogado tendrá que acatar el derecho vigente en su foro, y al hacerlo, su defensa será una manifestación irrestricta de su pensamiento.

En principio, la libertad profesional no parece compaginar con la disciplina corporativa, consecuencia de la colegiación. Sin embargo, la necesidad de cumplir la función dentro de límites establecidos por las leyes, suele aconsejar la formación de cuerpos que sirvan para hacer respetar lo que se ha llamado el código de ética, que no se limita a la profesión de abogado, sino que abarca cualquiera otra actividad.

La colegiación no puede tener el propósito principal de aplicar medidas disciplinarias a los asociados. La escala de valores señala en un lugar superior la finalidad de elevar la calidad de la función, búsqueda permanente, que obedece a la constante y también permanente renovación de los cuadros. La llamada excelencia de la actividad profesional, que conviene reiterar, no se limita a la abogacía y ni siquiera a las profesiones liberales, sino que abarca los oficios y las artes, esa excelencia como meta a perseguir por todos los que ingresan al gremio, ha de ser un cometido colegial de primer orden.

No pueden confundirse las posibles transgresiones cometidas por el abogado, los delitos que ya las leyes castigan, con la materia propia de la disciplina colegial. Para ubicar la problemática, puede acudirse a la revisión de la incompatibilidad y los impedimentos.

"Incompatibilidad es término equivalente a antagonismo, oposición, repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra o dos o más personas entre sí, y también, la imposibilidad legal de simultanear dos o más cargos, funciones o misiones por una misma persona".¹³⁵

Un código de ética profesional contendrá, entonces, un catálogo de incompatibilidades, congruente con sus circunstancias de tiempo y lugar y, desde luego, las incompatibilidades serán del exterior hacia la abogacía, no debiendo ejercerla los que sus leyes orgánicas lo impidan.

Porque fuera de las cuestiones de dignidad e independencia, de la actuación en plano de igualdad y del ejercicio de la abogacía realmente como profesión, no hay otros extremos que suelen invocarse para establecer que su falta es una incompatibilidad. No parecen requerir más extensa explicación estos puntos; por ejemplo, si el abogado no siente o no puede actuar en plan de igualdad ante su contraparte, debe abstenerse de patrocinar a su cliente, y lo mismo o con mayor razón, cuando al hacerlo pierda dignidad o independencia.

a) Pero la abogacía ha sufrido, como parece no lo han sentido muchas profesiones, la persecución de los déspotas y tiranos. Se ha pedido, no una sino varias veces en la historia, la supresión de la profesión, "como la Asamblea Constituyente Francesa de 1790 y los legisladores rusos de 1918".¹³⁶

¹³² Fernández Serrano, op. cit., p. 67.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Op. cit., p. 68.

¹³⁵ Fernández Serrano, p. 171.

¹³⁶ Fernández Serrano, op. cit., T. I, p. 78.

A menos de contrariar la lógica, debe observarse que el derecho de defensa no consiste en la *autodefensa* misma, sino en el patrocinio por letrado, por un experto en la ciencia del derecho.

Es fácil comprender que el comportamiento humano, como significado de una regla de deber, puede conocerse por cualquiera, inclusive por quien carezca de la ciencia o simplemente de la técnica jurídicas; pero si fuera suficiente la conciencia de lo debido para situaciones que pasan de la simplicidad a la complejidad, entonces cualquier ser humano tendría los elementos intelectuales para comportarse debidamente.

El derecho, que puede estar en el sentimiento valorativo, pasa a situaciones en que las reglas, escritas o consuetudinarias, gobiernan la estructura y son resultados de esquemas más o menos complejos, tanto de contratos, como de mandatos (leyes).

La abogacía es la profesión que se especializa en el conocimiento, tratamiento y adecuación de las normas vigentes. El abogado comienza por una formación mental que le permite operar el derecho positivo con la técnica adecuada. Y además, se instruye en ese catálogo cada vez más extenso de preceptos que integran los cuerpos legales.

Si el derecho, entendido como la constelación de reglas, fuera fácil de conocer, de reconocer, y de obedecer, entonces la tarea del abogado, que ni así resultaría superflua, iría hacia la interpretación, la hermenéutica y la exégesis, en pos de la acertada solución de los casos.

De ahí que la presencia del abogado sea indispensable, no ya meramente necesaria y desde luego algo más que útil, estaría en la condición de los elementos culturales *sine qua non* de la vida en común. El abogado es el experto sin el cual no puede haber la *realización* de la normatividad constitutiva del orden positivo en cualquier tiempo y lugar.

b) Como toda profesión, la abogacía ha acudido al esquema corporativo, no con ese sentido o finalidad de los oficios en la Edad Media, sino con la natural propensión de unir intereses, conocimientos y recursos. De estas situaciones surgieron, inclusive las Universidades, al menos la de Bolonia y la de París.

Si bien en la antigüedad greco-romana la abogacía había significado una función relevante, no se había dado el fenómeno de la colegiación.

‘Lisias, considerado por los antiguos como el más genuino exponente del estilo ático medio,¹³⁷ e incluido en el canon de los oradores áticos fijado en la época helenística, vivió en Atenas entre los siglos V y VI a. de C. (499/444-380?). Por su condición de meteco fue excluido de toda actividad política y, después de que fue privado de su considerable patrimonio por los Treinta Tiranos, se dedicó con empeño para sobrevivir, a la profesión de logógrafo —escritor en prosa que contrapuesto al escritor en verso, escribía discursos para otros, elaboraba Textos que eran leídos, o más frecuentemente aprendidos de memoria, por toda persona

que debía presentarse ante un tribunal como acusado, o acusador además era frecuentemente un maestro, y un equivalente del *Solicitor*, experto en citar, antiguos decían que, si Sócrates no hubiera tenido la soberbia —mejor sería decir el justo o muy valioso, histórico y trascendental orgullo— pretensión de defenderse por sí mismo en el proceso, habría escapado de la condena a muerte confiando su defensa a Lisias’.¹³⁸

Fue, pues, hasta el medioevo que, como una de las formas de organización social aparecieron las de dependencia y estructuración jerárquica o vertical de los oficios. Durante la Alta Edad Media proliferaron las *conjuraciones*, las cofradías que ofrecían una solidaridad y una protección que llenaba en parte el hueco dejado por la desaparición del Estado romano en Occidente. La legislación romana había prohibido tales asociaciones (*universitates*), excepción hecha de aquellas que se consideraban de utilidad pública, y las cuales el propio Estado fundaba.

La Iglesia, fiel a su romanismo, va a otorgar su sanción a algunas de ellas y ordenará al resto, pero la prohibición reiterada permite juzgar de su poca eficacia.

‘El fortalecimiento de las ciudades dará nuevo empuje a esas formas de organización, y entre ella a las escolares. El término *universidad* indica, pues, de manera general una comunidad y, en un sentido más técnico, las asociaciones o corporaciones aprobadas por la autoridad pública.

‘Ahora, ¿Qué tenía que ver un *estudio* con las prácticas gremiales? En Italia, donde aparecen estos centros, la educación superior está muy ligada a la enseñanza del derecho y no depende de las escuelas catedralicias como en otros lugares.

‘La costumbre era que un grupo de jóvenes deseosos de prepararse para la abogacía se acercara a alguno de los hombres destacados de esa profesión para que les enseñase el oficio. Se formaron así relaciones muy similares a las establecidas por los contratos entre los aprendices y los maestros de los gremios. Quien quería aprender un oficio se ponía de acuerdo con un *maestro* que lo acogía en su casa y en su tienda, se comprometía a alimentarlo y vestirlo y a enseñarle el oficio, y recibía un pago compensatorio de los padres del muchacho; éstos autorizaban al maestro a castigarlo cuando lo ameritara y se comprometían a resarcirlo de los daños que eventualmente el muchacho ocasionara al maestro: estos acuerdos se precisaban en un documento notarial’.

También los *doctores* se comprometían a enseñar a los estudiantes a cambio de un estipendio. Esto fue frecuentísimo en Pavia, donde el estudio nace ligado al *Palatium*, en el que los *doctores* ejercían su práctica. Y de la misma manera ocurre en Bolonia.

Aunque en Bolonia existía una escuela episcopal, la enseñanza del derecho no estuvo al principio unida a ella, excepto en el sentido de que muchos

¹³⁷ Cfr. Dionisio de Halicarnaso, *De Lysia*, 2. 3 y, más en general, De Demosthene, 2: Cicerón *De optimo genera oratorum*, III, 9 y *Brutus*, XVI, 64; Plutarco, *Moralia*, 42. D.

¹³⁸ Paola Vianello de Córdoba, introducción, traducción y notas a *Sobre el asesinato de Erastostenes. Defensa, Lisias*, México 1980, p. XIII.

estudiantes habrían obtenido allí la educación básica. En el siglo XI y XII, los doctores enseñaban *auctoritate sua, por su propia autoridad*. Nodependían pues de la *licencia para enseñar, licencia docendi*. del obispo.

“Los profesores ejercían la enseñanza privada con alumnos reunidos en torno suyo mediante contrato. Los profesores solían cambiar de ciudad seguidos por sus estudiantes. Y éstos podían dejarlos al término del plazo estipulado.

“Puede apreciarse que, aunque existe una forma de *sociedad* entre maestros y estudiantes, no hay “universitas”. Sí, es significativa, por otra parte, la cercanía con ciertas prácticas gremiales. Ahora bien, en los gremios esas prácticas incluían la tendencia al monopolio sobre la producción o venta de un bien específico, la organización para ejercer ese control y el despertar de una conciencia común basada en una práctica común...”¹³⁹

c) La colegiación ha sido vista desde ángulos diversos, unas veces como el medio idóneo para implantar la solidaridad, la ayuda recíproca, pero otras para controlar y afiliar a los profesionistas a cuadros sociales de función política, lo que se ha llamado el corporativismo.

“Indicando el trámite legislativo en el Senado, sobre la base de un proyecto del senador Alberto A. Graziano y otros, señalóse por el miembro informante, senador Herrera, que el sistema a implantarse tendría analogía con los regímenes ya sancionados para las asociaciones obreras (CGT) y para las patronales (CGE), por las leyes 12921 (Decreto 23852/45) y 14295, respectivamente, y con tal característica fundamental —integrando el trípode de grandes *centrales* que nuclearían a toda la población activa del país, en el régimen de tipo corporativo que se intentaba implantar— sancionóse la Ley por el Senado, el 16 de septiembre de 1954, y por Diputados, el 27 del mismo mes y año”.¹⁴⁰

Esta muestra histórica reciente, destaca las facilidades para conducir la colegiación por la vía de la política, peligro que resulta de la organización correspondiente, puesto que en otros países la obligatoriedad no ha propiciado resultados similares. No sólo en los países sajones o germánicos, sino en los demás, la asociación ha podido convertirse en colegiación sin caer necesariamente en la obligatoriedad:

“Bajo dos sistemas principales pueden agruparse las organizaciones profesionales de los abogados existentes en los diversos países del mundo civilizado: el que mantiene el concepto clásico de la corporación oficial (Colegio), a la que es obligado pertenecer para ejercer la profesión, quedando sometido a su disciplina, y aquel otro en el que se considera la abogacía libre, sin que sea preciso pertenecer a una corporación profesional o colegio para el ejercicio de la profesión. Al margen de éstos existe la llamada Abogacía de Estado, en el que la libertad en el ejercicio profesional está disminuida de tal modo que, en la

realidad, el abogado pierde su carácter para convertirse en funcionario público”¹⁴¹

La colegiación en sí es adiafóra, no lleva sentido alguno de política, son las modalidades que pueden imponérsele, las que determinan en una sociedad cualquiera la utilización de este medio para organizar, disciplinar y controlar a los asociados. Y en el momento en que ello sucede, aquellos *desiderata* de la dignidad, independencia, igualdad y sobre todo, libertad de ejercicio profesional caen por tierra, son omitidos por el grupo, por la dirigencia que siempre encontrará motivos, pretextos y hasta falsas razones para sojuzgar los disidentes de sus objetivos, de sus procedimientos y sus direcciones políticas.

No es suficiente el ejemplo de los países de más avanzada organización democrática, el caso de la colegiación es específico y tiene perfiles propios en cada comunidad. La opción es problema intransferible y casuístico.

¹³⁹. Lorenzo Mario Luna Díaz, “El surgimiento de la organización corporativa en la Universidad Medieval”, en *La Real Universidad de México. Estudios y textos I*, México 1987, pp. 13-15.

¹⁴⁰. “¿Colegiación libre u obligatoria?” por J.O.B.M. en *Temis* Año XXIV, No. 442, Corrientes, Argentina, 16 de abril de 1983.

¹⁴¹. Fernández Serrano, op. cit., T. I, p. 94.

XI PROCEDIMIENTO Y PROCESO

133. La aparición histórica de los conceptos sobre proceso y procedimiento no fue simultánea y ni siquiera relacionada. No hubo un análisis de sus respectivas funciones en el campo general del derecho, e inclusive se llegó a producir un enfrentamiento entre quienes estudiaron el fenómeno judicial desde el ángulo del procedimiento y quienes lo hicieron desde la perspectiva del proceso.

La semántica poco ayuda en el caso, porque una vez determinado que *processus* no es voz romana sino latín del bajo medievo, se concluye que viene de *procedere* que también significa procedimiento en el sentido de adelantarse, pasar, marchar, etc.¹⁴²

Desde la aparición de la obra de Oskar Von Bülow,¹⁴³ la inclinación de la doctrina por la idea del proceso, condujo al menosprecio del procedimiento, nombre con el que solían intitularse las obras de la materia, principalmente las francesas,¹⁴⁴ pero también los españoles¹⁴⁵ y las mexicanas.¹⁴⁶

Sería inútil especular buscando las razones suficientes, ya fuera en derecho o simplemente en lógica de esta jerarquización de nociones. Lo cierto es que hoy en día, los estudios y los mismos códigos, se consideran modernos y posiblemente superiores si llevan la palabra proceso, considerando que procedimiento es una visión anacrónica, pese a que, en realidad, apenas en el siglo XIX se emplean ambos términos, siendo precedidos por las voces leyes, enjuiciamiento, prácticas y demás.

Pero la doctrina ha efectuado intentos para ir más al fondo y distinguir el procedimiento como el simple trámite o rito, y a veces como la fracción o parte del proceso, concepciones que están de lleno en la simplicidad o en el simplismo; sobre todo considerando que ya la misma doctrina ha advertido que puede haber procedimiento sin proceso pero no al contrario.

134. Se ha anticipado que entre procedimiento y proceso hay una interreferencia

por cuanto el primero es la factividad que permite la manifestación de la conceptualidad. Puede decirse que el proceso no se ve, que no se le percibe sino que se le percibe. En cambio, el procedimiento es el fenómeno visible que se aprecia de inmediato.

Ciertamente se está enteramente en el campo del derecho dinámico: proceso y procedimiento se integran, se constituyen con instancias, pero en tanto que la denuncia, la petición, la querrela, la queja o el reacertamiento se captan en su conexión inmediata, la acción que pertenece al proceso y nada más que a él, es apenas concebible intelectivamente.

No es que la acción resulte invisible, por el contrario, se le observa en lo que tiene de instancia, en ese conducirse ante, frente y con los otros sujetos del proceso. Pero su naturaleza jurídica no se limita a la apariencia, no concluye en el instar unitario del demandante, sino que tiene un significado que sólo se conoce al entenderla.

Su índole proyectiva no se confunde con sus efectos integrativos: primero el acto jurisdiccional y luego la reacción del reo. Es verdad que esto es lo que se busca, sin embargo, la acción está en el buscar mismo, en el perseguir normativamente, en la previsión de esas conductas desde la regla aplicable.

La expresión material de la acción es, inicialmente, el de toda instancia: una conducta en la sede judicial y hacia el juzgador. Pero no sería acción, procesal, si ahí terminara el significado de esa instancia peculiar. Después de la vinculación primaria, el accionar tiende a provocar la reacción, de otro modo uo habría ni la bilateralidad posible de la audiencia, ni la bilateralidad necesaria de la instancia.

Ahí están proceso y procedimiento, fundidos en lo empírico, separados en lo intelectual. Lo que se ve es la nota material de la instancia, lo que tendrá que describirse, oyendo o leyendo, será la proyectividad característica del accionar.

Quien contempla el accionar, no podrá distinguir lo de las demás instancias, necesitadas apenas del procedimiento como cauce legal apropiado. Será menester la comprensión que sólo se da en el advertir del percibimiento. Es así como el titular de la jurisdicción conocerá y comprenderá que se le requiere, que de él se exige una conducta determinada, dinámica por estar inmersa normativamente en una serie y concreta por su sentido de proveimiento, inalterable en el traslado o en la vista que ha de darse a otro sujeto: el reo, el cual está llamado por la ley a reaccionar, conducta también invariada en la serie dinámica y complementaria del accionar.

135. Correspondió a Bülow, en 1868, expresar:

“Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocas, es decir, una relación jurídica”.

“Esta siempre, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones

¹⁴². Valbuena reformado, *Diccionario latino-español*, París, 1868, p. 691.

¹⁴³. Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales. Trad. Angel Rosas Lichtschein. Bs. As. 1964.

¹⁴⁴. Cfr. E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de Procédure*, Paris 1898; M. Chauveau Adolphe, *Formulaire général et complet ou Traité Pratique de Procédure Civile et Commerciale*, Paris 1892-1893; René Japoit, *Traité élémentaire de Procédure Civile & commerciale*, Paris 1929.

¹⁴⁵. Cfr. Marco Tulio, *Procedimientos Judiciales*, Madrid, 1895.

¹⁴⁶. Cfr. Blas J. Gutiérrez Flores Alatorre, *Lecciones teórico-prácticas de los Procedimientos Judiciales en los fueros común o de guerra ó Códigos de Procedimientos penales y de justicia militar explicados, supridos y con observaciones y los formularios respectivos*, México 1983.

de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso”.

“Desde que los derechos y las obligaciones procesales sedan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial. Esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”.

“La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en constante movimiento y transformación”.

Estas fueron las palabras de los tres párrafos iniciales de su obra, y fueron suficientes para fundar una corriente, la llamada del procesalismo científico, y una teoría, la del proceso como relación jurídica. La que además, resultó de naturaleza pública y de consistencia dinámica.

Esta, que debe considerarse la más importante, difundida y combatida tesis, ha abierto varias interrogantes, desde la estructura relacional del proceso, a su hipotética naturaleza pública, sin olvidar las notas secundarias de la progresividad y, sobre todo, la diferencia procedimental.

136. Correspondió a otro alemán, James Goldschmidt, efectuar la crítica más severa sobre una teoría que de Alemania pasó pronto a Italia y a través de España y Argentina, pronto se difundió en América.

Para Goldschmidt,¹⁴⁷ reconociendo la obra pionera de Bülow y la paternidad de su tesis sobre la relación jurídica pública, admitió también el éxito tenido, en contraste con los resultados de su teoría sobre las excepciones procesales que no llegó a triunfar ni en la misma Alemania, que “desconoce todavía el concepto de los presupuestos procesales”.¹⁴⁸

“El concepto de la relación jurídica procesal ayudó a aislar el concepto de los presupuestos procesales frente a las excepciones dilatorias materiales. Pero cabe preguntar si con eso se ha agotado su misión, puede que el concepto de la

relación jurídica procesal arraiga en el Derecho romano con no menos vigor que el de las excepciones dilatorias. Aquel concepto entronca con la división del proceso romano en procedimiento *in iure* y procedimiento *in iudicio*. Bülow sostenía que sólo el *iudicium* fue el procedimiento sobre el fondo, y por consiguiente, la propia relación jurídica procesal, mientras que el procedimiento *in iure* se limitaba a comprobar la existencia de los presupuestos procesales”.¹⁴⁹

Luego de comentar, polémicamente, las consideraciones sobre el régimen romano de las excepciones procesales, y sobre todo del proceso actual, Goldschmidt rechaza la teoría de la relación jurídica como definición del proceso, no sin reconocer que fuera una muy valiosa aportación de Bülow.

Al parecer, éste había intentado establecer la existencia de una relación procesal, autónoma frente a la relación sustantiva, y de ahí su aseveración sobre el carácter público por instrumentarse entre el juez y las partes; pero Goldschmidt señala que tal relación no es factible, porque las obligaciones del juez son con el Estado y se regulan por las leyes orgánicas y no por las procesales. “Claro está que incumbe al juez la obligación de conocer la demanda; pero para fundar esta obligación no se precisa una relación procesal. Tal obligación se basa en el Derecho público que impone al Estado el deber de administrar justicia mediante el juez, cuyo cargo, a su vez, le impone, al mismo tiempo, obligaciones frente al Estado y al ciudadano”.¹⁵⁰

Y no es que tales obligaciones del juez notengan su correlativo en las relaciones de los derechos subjetivos, por el contrario, esa correlatividad existe, pero la lesión de estos derechos, en particular la denegación de justicia “es de mera índole pública criminal o civil, pero no procesal”.¹⁵¹

Lo más importante en esta posición es que para Goldschmidt, ni siquiera existen obligaciones entre las partes. Si hasta las postrimerías de la Edad Media, el demandado tenía la obligación de cooperar a la *litis contestatio*, ello se sintetizó o convirtió en la mera contestación —no hubo ni el contrato ni el cuasicontrato de *litis contestatio* y bastó la presencia de las partes a través de los escritos—, “Pero tampoco esta obligación del demandado nace de una relación jurídica procesal, sino de la relación general que liga al ciudadano con el Estado”.¹⁵²

En definitiva, concluye Goldschmidt, no hay una relación sino una situación jurídica. Esto es el proceso, y las nuevas categorías son la carga como impetativo del propio interés, el desembarazamiento de la carga en la ocasión propicia, y los estados de expectativa y de perspectiva según que la sentencia que se espera sea favorable o no potencialmente.

Quedan, entonces, concretadas dos teorías sobre la naturaleza del proceso, que son las más importantes, porque la de la institución, nacida al calor del entusiasmo que produjo la construcción de la idea en la doctrina francesa, primero,

¹⁴⁷. *Teoría general del proceso*, pp. 14 y ss.

¹⁴⁸. Op. cit., p. 16.

¹⁴⁹. Idem.

¹⁵⁰. Op. cit., p. 19.

¹⁵¹. Idem.

¹⁵². Op. cit., p. 20.

en la italiana después y finalmente en la española, en la uruguaya y en la mexicana, no ha pasado del enunciado de Jaime Guasp,¹⁵³ en el sentido que se trata de una idea central a la que se adhieren las voluntades de los particulares: si se quiere la resolución del conflicto hay que adherir la idea del proceso establecida y regulada por el Estado.

Lo que Goldschmidt esgrime concretamente es que las partes no tienen entre sí ni con el juez relaciones jurídicas, que están en un estado de sujeción, entendiendo por ello que deben cumplir con las cargas a todo lo largo del proceso.

Pero esta tesis aparentemente es un cambio de nombres, porque en definitiva, demandante y reo han de efectuar conductas determinadas, no por necesidad natural, ni por capricho o por espontánea convicción, sino que ese llamado imperativo del propio interés es ciertamente una obligación.

Lo que acontece es que Goldschmidt, consciente o inconscientemente, ha omitido analizar la posición de las partes y del juez, lógica y jurídicamente, dentro del esquema real que se forma en el proceso. Todos ellos aparecen —ya sea por la obligación de conocer la demanda, (p. 19), o por la sujeción de las partes, (p. 22)— vinculados entre sí en proposiciones que tienen el carácter de juicios de relación y no de juicios absolutos.

La lógica aristotélica entendía por definición el establecimiento del *genus proximum* y la *diferencia específica*. Hay, sin embargo, ciertos conceptos que se determinan en forma distinta; los llamados conceptos relativos. El sentido del concepto padre, por ejemplo, resulta ininteligible mientras no se hace referencia al concepto correspondiente de hijo; la noción de causa sólo puede entenderse en relación con la de efecto.

“Descubrimos de este modo una oposición entre los conceptos relativos y absolutos. Mientras los últimos son definitivos por subsunción, para la completa determinación de los primeros es necesario recurrir a otros conceptos con ellos enlazados. El enlace entre los conceptos relativos es la relación, y representa, por ende un nexo puramente conceptual”.

“La relación misma encuentra su determinación en la indicación de los conceptos relativos que a ella pertenecen. Descubrimos así una segunda oposición: conceptos de cosas (absolutos) y conceptos relacionales”.¹⁵⁴

Acontece, pues, que, cualquiera sea el nombre que se de al fenómeno jurídico, como éste debe entenderse normativamente, la conducta de los destinatarios de la regla, que como conductas son objetos perceptibles en la experiencia sin necesidad de unirlos a otros —como sucedería si se hablara de las propiedades o de las cualidades: color, tamaño, etc., los que sólo se conciben unidos a los objetos principales—, cuando se subsumen en las proposiciones jurídicas, lo que se toma en cuenta es el significado intelectual, el jurídico que, entonces, es relativo.

Porque no hay un derecho, no hay una obligación, no hay una pretensión, ni hay una prestación, si no van concebidos interdependientemente los respectivos conceptos. Derecho a algo sin un sujeto que esté obligado a dar, a hacer o a no hacer ese algo es inconcebible.

Por tanto, cuando Goldschmidt rechaza la tesis de la relación jurídica y la sustituye por la situación, en virtud, supone, que en el caso, está el proceso pensado como actividad pública, sin tener presente que también hay proceso como actividad privada en el arbitraje de hoy, hay nada más que sujeción de las partes, esa sujeción está ocultando la relación, por que la demandante o la acusadora y el reo tienen, en cuanto pasivos de la dicha sujeción, una obligación.

Y la confirmación de lo anterior es, no que se les imponga una sanción a la manera de multa, arresto, apercibimiento o suspensión de oficio, para el abogado, pero sí que se les imponga la sanción en los términos que el propio Goldschmidt explica: pérdida de la ocasión para actuar, lo que en otros autores, y tal vez en el resto, se llama preclusión:

“De la conexión comprobada anteriormente, dice Goldschmidt (p. 90) entre las cargas y las posibilidades, resulta que el incumplimiento de una carga implica, a veces, al mismo tiempo, el desaprovechamiento de una posibilidad procesal. Recuérdense los casos, ya mencionados, en que el demandado desaprovecha el proponer una excepción dilatoria o interponer un recurso. Esa conexión se manifiesta también en las consecuencias de la rebeldía. Hay que distinguir la consecuencia general de la rebeldía, es decir, la preclusión, y sus consecuencias especiales. Tales son la ficción de una declaración que perjudica a la parte rebelde, como, por ej., de una confesión, cuando el llamado a declarar se negare a declarar o diere respuestas evasivas¹⁵⁵ o no compareciere a la segunda citación sin justa causa;¹⁵⁶ o la subsanación del defecto de un acto de la parte contraria, como, por ej. de la presentación de la demanda ante un juez incompetente, cuando el demandado hiciere, después de personado el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma de declinatoria;¹⁵⁷ o el nacimiento de un derecho de la parte contraria, por ejemplo, pedir que se dé por contestada la demanda;¹⁵⁸ o de pedir la retención de los bienes muebles y el embargo de los inmuebles del rebelde¹⁵⁹; o el nacimiento de un derecho del juez, por ej. de nombrar los peritos;¹⁶⁰ o un perjuicio que el juez impone de oficio contra la parte rebelde, por ej. el juicio de rebeldía en el caso del art. 527 L. e.c. La consecuencia general de rebeldía, a saber la preclusión, va siempre con el no desbarazarse de una carga, que se impone por la existencia de una posibilidad; es decir, la rebeldía coincide con el desaprovechamiento de una posibilidad. Piénsese en que se tendrá por perdida la posibilidad de recurso cuando éste no se interpusiere dentro del término legal.

¹⁵³. Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. Madrid 1948. T. 1, pp. 22 y ss.

¹⁵⁴. Fritz Schreier, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, Trad. Eduardo García Máynez, Bs. As. 1942, p. 90.

¹⁵⁵. Art. 586 párr. 2, 3 L. e. c.

¹⁵⁶. Art. 593 L. e. c.

¹⁵⁷. Art. 58 Núm. 2 L. e. c.

¹⁵⁸. Art. 528 párr. 2 y 541 L. e. c.

¹⁵⁹. Art. 762 L. e. c.

¹⁶⁰. Art. 616 L. e. c.

Claro que la preclusión no podría ser un perjuicio procesal si se limitase a la caducidad de una mera carga. Además, cuando como consecuencia de una rebeldía el perjuicio que amenaza se ha producido ya, caduca por sí misma la posibilidad de prevenir esta desventaja en el porvenir, y su preclusión no puede figurar como una consecuencia independiente de la rebeldía”.

Las palabras textuales del autor, quien a veces se deja traicionar por ellas, como el hablar del *derecho* del juez de nombrar peritos, no permiten dudar que está observando el mismo fenómeno que viera Bülow al considerar la relación jurídica procesal. Todo lo que comenta Goldschmidt atañe a las conductas concebidas relativamente, de acuerdo con las categorías kantianas del pensamiento: las partes no caerían ni en la rebeldía, ni en la contumacia, ni en la preclusión, ni en la consumación, si no tuvieran a su cargo deberes y obligaciones, correspondientes a facultades y derechos tanto de la parte contraria como del juez.

137. Si cambiar la palabra relación por el vocablo sujeción y, sucesivamente obligación por carga, derecho por imperativo del propio interés y así por el estilo, no puede servir para expulsar el predominio de la teoría de Bülow, tampoco sería exacto afirmar que ésta es la aceptable para definir el fenómeno del proceso.

Ha venido puntualizándose que la relación es la correspondencia conceptual propia de la normatividad, de toda normatividad, de la normatividad jurídica, de manera que sostener que en el proceso hay una o muchas relaciones es casi una tautología.

Bülow ha añadido otras notas que, inclusive, fueron las que sirvieron para fundar la llamada corriente científica. Pero antes de adentrarse en su consideración, bueno será recordar que las nociones de la relación jurídica tomaron auge en el siglo XIX, muy probablemente por obra de los pandectistas, M.F.C. de Savigny a la cabeza¹⁶¹: “... En su consecuencia, toda relación de derecho se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relación misma; segundo, la idea de derecho que regula esta relación: el primero puede ser considerado como el elemento material de la relación de derecho, como un simple hecho; el segundo como el elemento plástico, el que ennubla al hecho y le impone la forma del derecho”.

Se advierte que la idea de relación en Savigny no era propiamente la categoría kantiana de la intuición *a priori*, del pensamiento o de la razón pura, sino una incipiente observación de la interdependencia conceptual. Sin embargo, ya al hablar de la materia del derecho, estaba apreciando la inmediata e íntima conexión de la forma y la norma.

Ahora bien, lo importante es advertir que la relación llegó a ser considerada la materia misma de la ciencia del derecho. De ahí que lo novedoso de Bülow era llevarla del campo privado en que la había contemplado Savigny, al público, y de la posición estática a la dinámica.

¹⁶¹. Cfr. *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley, Madrid s.f., T. I, pp. 257 y ss.

Pero la crítica de Goldschmidt sigue siendo válida, cuando advierte que un conjunto, una pluralidad de relaciones, que fue lo entendido por dinamismo, no podría ser lo definitorio del proceso. Y a ella hay que agregar que tampoco fue admitido el carácter de publicidad en todos los casos, precisamente porque ahí donde los particulares autotutelaban sus intereses sin intromisión del gobierno, se hablaría de relación privada.

En ello no parece haber punto discutible, y tal vez al propio Bülow o a sus corifeos, les pasó por alto que un conglomerado, y ni siquiera lo que la jurisprudencia ha llamado actos de *tracto sucesivo* pueden constituir esa dinamicidad del proceso. El *tracto sucesivo*, por ejemplo se encontraría en los contratos de aprovisionamiento o de suministro en que las prestaciones se reiteran, sin que la relación en sí se mueva.

Y es que existe una proclividad en los tratadistas, a mirar la realidad cuando hablan de la relación, como se ha visto en Savigny. Pero si en la experiencia las conductas, por obvia necesidad se suceden y ello permite hablar de dinamismo, no es éste el que permite caracterizar a lo procesal y, más ampliamente a lo procedimental.

El procedimiento es una sucesión de conexiones de actos de distintos sujetos, de manera que el acento está dado en la sucesión de conexiones. Esto es lo relevante de la figura, por lo que para formar cada conexión se precisa de la instancia —procedimiento de instancia, a diferencia del procedimiento de oficio como el parlamentario, en que el particular o gobernado está ausente—.

La instancia es, pues, la unidad, el derecho de esa relación, a cuya eficacia, necesaria producción de efectos, sirve, sin que pueda predeterminedar la prestación resolutoria, la eficiencia de la pretensión deducida, porque entre eficacia, que es lo conocido del instar y eficiencia que es lo favorable del pretender, hay la diferencia del fundamento y el motivo.

No el conglomerado de conductas, sino la sucesión encadenada por la sucesividad de conexiones, es lo que interesa al derecho para crear un procedimiento. Y al pasar al proceso, se conserva el dinamismo, pero ahora se transforman en la serie de cierto tipo de instancias, los derechos de acción o de accionar, la instancia proyectiva.

Por ende, el proceso ha de ser definido sencillamente como *la serie de instancias proyectivas*.

Haya una relación y, hasta se presente el fenómeno situacional que preocupa a Goldschmidt, porque efectivamente, en la práctica, los criterios judiciales son impredecibles en un extenso número de casos; todo ello puede llevar al pesimismo, puede conducir a sostener que hay expectativas al lado de perspectivas, esperanzas de conducta legal frente a temores de violación de la ley, todo, en fin, será un matiz valorativo del proceso que puede tener una mayor o menor *realización*; pero en nada afecta a la índole lógico-jurídica de la figura.

Su carácter dinámico, su índole adiafóra frente a la división de la normatividad en pública y privada, lo que le permite una ubicación en cualquier campo, son datos que han de ser objeto de referencia al analizar la definición, mas no ha

de faltar lo connotativo de ésta que es la ya dicha serie de actos jurídicos o instancias proyectivas. En lo penal y en lo civil, en el arbitraje y el sector canónico, en lo internacional y en lo castrense, en lo laboral y en lo mercantil, en lo agrario y en lo demás, el proceso equivale a constituir una serie de instancias proyectivas.

XII LAS TEORIAS SOBRE EL PROCESO

138. Pese a que el nombre de la rama es Derecho Procesal, y que con él se identifica una corriente autodenominada científica, al penetrar en sus capítulos centrales, aquellos que siguen a las definiciones o intentos de ellas, como las que atañen a la acción, a la jurisdicción y al mismo proceso, lo que se lleva a cabo es lo mismo que por siglos se estudió: el procedimiento, sus eventualidades y sus circunstancias.

Hay, asimismo, partes relevantes que a poco andar, se descubre que pertenecen a la teoría general del proceso o que, al menos, abarcan dos o más ramas, como la llamada prueba que en realidad es la confirmación llevada a cabo dentro del proceso, y que también puede efectuarse en otros procedimientos: administrativos, parlamentarios, convencionales y fuera del derecho dinámico, como al pactar en el campo sustantivo y estático —por ejemplo, en una compraventa en que se exhibe el documento que acredite la propiedad del bien que se enajena, o un financiamiento en que se acredite de la misma manera la personalidad del acreditado, etc.—.

De ahí que al intentar definir al proceso deba cuidarse de no introducir notas pertenecientes a figuras de ramas ajenas. Debería bastar la observación de aquellos datos sin los cuales es imposible, racionalmente, conocer al proceso, aunque entonces suceda que lo definido se ha reducido notablemente frente a lo que se percibe fácticamente al acudir a los tribunales o al confrontar las descripciones del derecho comparado y del histórico.

Es menester convenir en que en todos los extremos de esta ciencia jurídica hay figuras, fenómenos y conceptos que bien podrían eliminarse en la definición de lo verdaderamente connotativo.

Históricamente ha acontecido, también, que los conflictos jurídicos que son el objeto específico del proceso, se han decidido por otros medios, como el simple procedimiento autoritario patriarcal, o el violento procedimiento inquisitorial.¹⁶²

Analizar esos procedimientos llamados unilaterales, por contraste con el auténtico proceso, es el camino para concluir que el fenómeno jurídico realmente procesal está en las notas de la trilateralidad, sin que importe el tiempo en que se hayan dado.¹⁶³

¹⁶² Cfr. José Toribio Medina, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*, Méx., 1987.

¹⁶³ Como se ve en Nueva España, en el *Juzgado General de Indios en la Nueva España*, Woodrow Bora, México, 1985.

a) Pese a que sería suficiente ir inmediatamente a la observación de los datos de la realidad, para formar la descripción intelectual y la consiguiente definición del proceso, en aplicación del método de cuantificación evidencial, ha acontecido lo contrario: una interminable inclinación a especular desde el plano de la abstracción pura y sin verificación inmediata o posterior de los resultados de las predicciones ofrecidas.

Las tesis se han agrupado en dos rubros, uno llamado de corrientes mayores, y el otro de menores, tal vez porque al gusto del clasificador, en el primer sector se ubican quienes le han parecido más convincentes.

Así, se habla de las teorías del proceso como relación, del proceso como situación jurídica y del proceso como institución. El resto, queda dicho, se ha calificado de corrientes menores.

b) Se ha dicho¹⁶⁴ que el vocablo proceso no fue utilizado en la antigüedad, que los romanos empleaban la voz *judicio*, y que no fue sino en el Medioevo que se introdujo el latinismo *processus*.

Una revisión de las acepciones actuales del término proceso, se encuentra en Roberto Guzmán Santa Cruz.¹⁶⁵ Su recopilación va de la caracterización del Diccionario de la Academia de la Lengua, a Escriche y a Eduardo Pallares, pasando por los chilenos Alessandri, Avsolomovich, Lührs, Noguera, Camiraga, Cassarino, Lira, Maira, y Pereira que recuerda a Carnelutti.

Autores hay que acudiendo al lenguaje poético, aluden al proceso con calificativos como el que usa Calamandrei¹⁶⁶ diciendo que es un misterio, o hablando también del proceso como una leal observancia de las reglas de juego.

Menos bellas o sugestivas son las palabras de Santiago Sentís Melendo,¹⁶⁷ al explicar que entiende por proceso el acuerdo, figura que encontraría cabida apenas en el contrato, comentario circunstancial que ha sido suficiente para incluirlo en esa clasificación de las corrientes menores.

También son poéticas las palabras de Eduardo J. Couture,¹⁶⁸ no por simplemente bellas, sino porque su significado es discutible o meramente metafísico, al decir que es secuencia, desenvolvimiento, sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico, lo cual recuerda lo que ya dijera en sus *Fundamentos del derecho procesal civil*.¹⁶⁹

En esta línea, más metafísica que lógica, está Francisco Carnelutti,¹⁷⁰ para quien la palabra proceso alude a un desenvolvimiento gradual en el tiempo: proceder significaría aproximadamente dar un paso después del otro. Y más

adelante,¹⁷¹ agrega que la palabra descubre un poco su secreto cuando enseña que se trata de un proceder, de un caminar, de un recorrer un largo camino, cuya meta parece señalada por un acto solemne con el cual el juez declara la certeza; todo ello sin mengua del criterio que sustenta el propio autor, en el sentido de haber un parangón entre el proceso y la representación escénica o el juego deportivo, por más que advierta que no lo ha inventado él, sino los filósofos, los sociólogos y los juristas como Calamandrei.

c) Si se admite que la definición es un recuento de las notas constitutivas de un concepto, que es lo connotativo del objeto de conocimiento, tendrá que aceptarse que todas las calificaciones anteriores están lejos de la definición y aluden a calificaciones de calidades circunstanciales, cuya veracidad no es suficiente para lograr lo que se busca.

Pero este mismo criterio tendrá que aplicarse a las que se han distinguido con el calificativo de corrientes mayores: la de la relación, la de la situación y la de la institución.

La primera nació de un comentario preliminar o introductorio de Oscar von Bülow, hecho al inicio de su obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*,¹⁷² precisamente dedicada al estudio de esas figuras y no del proceso como tal y en sí mismo. Llamar en 1868 en que se escribió este libro, relación jurídica pública al proceso, no pasó de ser un intento de separar lo público de lo privado que hay en el fenómeno y, además, distinguirla en su dinamismo por presentar la característica de continuidad, del avance gradual.

Es pertinente recordar que M. F. C. de Savigny¹⁷³ había entronizado la idea de la relación al iniciarse el siglo XIX, de manera que lo admitido ya en el ámbito sustantivo fue pensado para lo procesal con la conversión de estático a dinámico y de privado a público.

Pero ello no implica definición propiamente, porque apenas establece cualidades o circunstancias del dato a caracterizar. El concepto de relación es imprescindible a todo lo largo del estudio del derecho, no se circunscribe ni se limita a una rama; pero siendo un dato básico, no es suficiente para lo específico como una de tantas ramas.

Ya James Goldschmidt¹⁷⁴ criticaba acremente la tesis hablando de concepto infructuoso. Sin caer en tal extremo, debe concederse que, siendo discutible la idea de lo público frente a expresiones tales como el arbitraje privado que emplea al proceso por antonomasia, lo inaceptable es que de la idea de relación surja toda la definición del proceso, ni siquiera con el necesario agregado de dinamismo.

Lo cierto e importante es que la tesis del proceso como relación jurídica pública y dinámica, ha sido acogida por una gran mayoría de la doctrina en todos los países y, además, que con ella se da inicio al tema de la definición.

¹⁶⁴ Lorenzo Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, Zaragoza, 1949, T. I, p. 6.

¹⁶⁵ *Repertorio de conceptos de derecho procesal civil*, Santiago de Chile, 1956, pp. 152 y ss.

¹⁶⁶ Piero, "Proceso y Justicia" en *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1962, T. III, p. 206, donde en realidad repite las palabras de Salvatore Satta: Misterio del Proceso.

¹⁶⁷ En su reseña de la obra de Pedro Aragonés, Proceso y derecho procesal, que incluye en sus *Estudios de derecho procesal*, Bs. As., 1967, T. II, p. 272, nota 14.

¹⁶⁸ *Vocabulario jurídico*, Montevideo 1960, pp. 492 y ss.

¹⁶⁹ Bs. As. 1942, p. 65.

¹⁷⁰ *Cómo se hace un proceso*, Trad. Santiago Sentís Melendo, y Marino Ayera Redin, Bs. As. 1959, p. 26.

¹⁷¹ Op. Cit., pág. 30.

¹⁷² Trad. Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Bs. As. 1964, pp. 1-2.

¹⁷³ *Sistema del derecho romano actual*, Trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley, Madrid s/I.T.I. p. 65.

¹⁷⁴ *Derecho procesal civil*, Trad. Lorenzo Prieto Castro, Barcelona 1936, pp. 7-8.

Surgieron con posterioridad:

La teoría de la situación jurídica.

La teoría del proceso como estado de ligamen.

La teoría del proceso como servicio público.

La teoría del proceso como reproducción jurídica de una interferencia real.

La teoría del proceso como entidad jurídica compleja.

La teoría del proceso como institución.

Y la teoría que aquí se sostiene del proceso como serie de actos proyectivos.

d) Se omiten otras presentaciones, no por considerarlas parte de una mal llamada corriente menor, cuanto porque no pasan de ser calificaciones más o menos llamativas aunque sin originalidad.

Debe hacerse una consideración sustancial, y es que el concepto de relación está en el proceso, como en toda figura jurídica. No habría manera de entender las posiciones de los sujetos, unos ante otros y las referencias entre sus conductas si faltare la relación.

Si esta relación está prevista en la ley y realizada por los destinatarios de su mandato, o si, como pasa en el arbitraje, está convenida por los mismos interesados, es una cuestión secundaria, aunque ello permite advertir que la dicha relación no es necesariamente pública.

De otra parte, la tesis de la relación, que no es suficiente para definir al proceso, sirve en cambio, para establecer que hay una diferencia tajante entre el ámbito sustantivo y el dinámico, que en este último hay expresiones inconfundibles con las anteriores.

En efecto, inicialmente, una relación es una correspondencia bilateral. Es así como se observa en lo civil o en lo mercantil, en lo administrativo o en lo constitucional, en lo penal o en lo internacional, siempre se alude a una obligación y a un derecho.

Pero la relación procesal, tal como lo advirtiera Eduardo B. Carlos,¹⁷⁵ vincula simultáneamente a más de dos personas, y esta novedad está necesitada de explicación.

Los adeptos a la teoría del proceso como relación no pasan de su enunciado, porque en Heliwig tal figura no es sino un simple ángulo formado por la relación del demandante con el juez y del reo con el juez; en Kohler la relación es lineal entre demandante y reo en presencia o frente al juez que sería simple espectador; para Bülow, finalmente, la relación sería triangular, pero formada entre el demandante y el juez, entre el juez y el reo y entre el demandante y el reo.

Y lo cierto es que, si se acepta que entre la idea del proceso y la de la litispendencia hay concomitancia, es porque al accionarse por el demandante se propicia ya la vinculación tripersonal: demandante, juez y reo.

El proceso está en la serie de este accionar, pero el último no puede dejar de ser relación con la peculiaridad de su tripartición, no puede confundirse con un instar distinto como la denuncia, la petición, la queja, la querrela o el reaccerta-

miento, es potencialmente tripartita y por ello su destino corresponde al sentido proyectivo.

Vuelve aquí a manifestarse la diferencia entre la conducta perceptible y el significado inteligible. En el contacto *procedimental*, no se observa sino el contacto bilateral, pero en el contenido racional se entiende el destino *proyectivo*, trilateral.

e) La tesis del proceso como situación jurídica sedeba a James Goldschmidt¹⁷⁶ quien parte de experiencias históricas como la conflagración de 1914 y de reflexiones como las de Oward Spengler sobre la *Decadencia de Occidente*,¹⁷⁷ a todo lo cual se añadió la idea de José Kohler sobre el fenómeno que también llamó de la situación jurídica.

Por cuanto a la guerra de 1914, el autor llegó a la conclusión que los más firmes derechos están expuestos a su extinción por obra de eventualidades tan graves como ese conflicto. El derecho, se concluye, no es algo definitivo ni invariable, no es seguro ni absolutamente cierto.

De las ideas de Spengler se siguió una posición de pesimismo respecto a la cultura occidental, en franca decadencia por la pérdida de los valores tradicionales. Y de Kohler se tomó la noción final de la *situación*, que ese autor aplicara al caso de la compraventa entre ausentes, explicando que, mientras la oferta es aceptada y llega la respuesta, las partes se encuentran en una posición de incertidumbre, en *situación* que impide que el propietario de los bienes pueda disponer libremente de ellos, y el potencial adquirente todavía no haya alcanzado su dominio.

Goldschmidt lleva la idea de *situación* al proceso y habla de las nuevas categorías que, en resumen son: la expectativa de un triunfo, la perspectiva de la derrota, las cargas que vienen a sustituir o a desplazar las conocidas nociones de obligación y derecho, el desembarazamiento de las cargas, y la ocasión procesal.

Las normas jurídicas, dice¹⁷⁸ tienen doble naturaleza, son imperativos para los ciudadanos y medidas para el juez. Ya en esta apreciación, Goldschmidt desborda el derecho, porque en su tesis, la palabra medida equivale a medio técnico, en virtud del cual, si se quiere un fin, hay que aplicar cierto medio.

El desplazamiento de las nociones de obligación y derecho es, asimismo, otra incongruencia teórica, porque la carga es concebida como un imperativo del propio interés, lo que entraña un autoimperar que carece de sentido social y se confunde con el mero propósito intrasubjetivo de hacer algo, intención que si no conduce a la consiguiente realización de la conducta proyectada, es igualmente indiferente para los demás. El derecho no puede operar con tales categorías, porque lo que regula es el deber ser de las conductas.

Por lo demás, la interesante exposición del derecho justicial material, ha sido considerada antes.

¹⁷⁶ *Teoría general del proceso*, Barcelona 1936.

¹⁷⁷ Madrid 1930.

¹⁷⁸ Op. cit., p. 43.

¹⁷⁵ *Introducción al estudio del derecho procesal*, Bs. As. 1959, pp. 136-137.

f) Lo trascendental en la tesis de Goldschmidt no está en esa consideración de peligro y fortuna que daría al proceso la calidad de *situación* con el significado de indecisión e inseguridad, porque éstos son datos que corresponden a todo el derecho. No hay un sector, sustantivo o procedimental que esté inmune a la duda, a la eventualidad del criterio de un tercero, autoridad o gobernado.

Por ser notas comunes a toda relación jurídica, se ha convenido en dar a la jurisprudencia carácter de fuente del derecho, al lado de la ley. Desde los tiempos de Coke, en su lucha desigual contra el absolutismo de Jacobo I, se esgrimió el argumento de la potestad del parlamento inglés como fuente de toda ley a través del derecho común: "Y puesto que el derecho común sólo puede servir de apoyo a la decisión de los tribunales, podemos ver aquí las claras bases existentes para la reconsideración jurídica de las resoluciones legislativas, como posteriormente pasó a ser una realidad en la Constitución escrita de los Estados Unidos".¹⁷⁹

Inclusive se ha puesto de manifiesto que leyes de la importancia y del prestigio del Código Napoleón, han sido transformadas por la jurisprudencia, además de haberlo sido por otras disposiciones del legislador ordinario posterior.¹⁸⁰

Ese criterio jurisprudencial, se enfrenta al contrario de la exégesis, que llevó a Robespierre a la pretensión de borrar de los diccionarios la palabra jurisprudencia, e hizo decir al magistrado Buguet que no conocía el derecho civil, y que sólo enseñaba el código Napoleón, de lo que la realidad les desengañó por inalcanzable.

En realidad, lo que tiene mayor trascendencia en la tesis de Goldschmidt es su inclinación hacia la concepción sociológica del proceso, lo que podría generalizarse hacia el total del derecho, pues destacar la intención personal, lo mismo cuando se habla de carga, que de medida en la conducta judicial, es tanto como sugerir la necesidad de averiguar lo que la moderna sociología denomina los criterios normativos,¹⁸¹ que son las proposiciones o reflexiones que algunas veces se han denominado el espíritu de las leyes o la interpretación histórica, la verdadera motivación de las decisiones.

g) En este capítulo de las definiciones del proceso se advierte el hecho peculiar de la elaboración individual de las tesis: de Bülow fue la relación jurídica, de Goldschmidt la situación; pero en seguida acontece que hay autores que, como Carnelutti, han elaborado más de un criterio, como la idea del proceso como una pluralidad de relaciones,¹⁸² al lado de la que le entiende como un método para la formación o actuación del derecho;¹⁸³ y luego como *jurisdicción* voluntaria, al menos en el ámbito penal;¹⁸⁴ y también como la justa composición del litigio.¹⁸⁵

¹⁷⁹ C. J. Friedrich, *La filosofía del derecho*, Trad. Margarita Álvarez Franco, México 1980, p. 120.

¹⁸⁰ En cierto número de otros ensayos. S.D. Elliott, A. von Meheren, Max Rheinstein, y otros, ponen de manifiesto cómo el código (de Napoleón) se ha transformado por la interpretación legislativa y judicial. Friedrich, op. cit., p. 356, nota 54.

¹⁸¹ Theodor Geiger, *Estudios de Sociología del Derecho*, México 1983, p. 12 y passim.

¹⁸² *Sistema*, T. II, p. 647.

¹⁸³ *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, Trad. Jaime Guasp., Barcelona 1912, p. 15.

¹⁸⁴ *Lecciones sobre el proceso penal*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1950, T. I, pp. 155 y ss.

¹⁸⁵ *Sistema*, T. I, p. 11.

Con todo, prevalece la vinculación de una tesis con un autor, como se mira en Gaetano Foschini,¹⁸⁶ quien en dos trabajos expone una tesis calificada de publicística en que afirma que el proceso consiste en una complejidad resultante de la invariación (combinación) de actos, situaciones y relaciones. Esta construcción, obvio es decirlo, reúne todas las notas discutibles de las anteriores sin mayor ventaja.

A su turno, Giuseppe Guarneri,¹⁸⁷ mirando limitadamente al proceso en lo penal, le considera un servicio público, con lo cual no hace sino recoger una posición francesa proveniente de los administrativistas Duguít¹⁸⁸ Jéze¹⁸⁹ o Nzard.¹⁹⁰

La tesis del proceso como reproducción jurídica de una interferencia real, que vuelve a recordar las concepciones sociológicas, se debe a José Lois Estévez, el cual las expone en dos obras: *Proceso y forma*¹⁹¹ y *La teoría del objeto del proceso*.¹⁹²

h) En cambio, la tesis del proceso como institución, ha tenido particulares vicisitudes. Por tratarse de una idea expuesta por la doctrina francesa,¹⁹³ su recepción en España o su adaptación a la teoría del proceso y su aceptación más o menos transitoria o lírica en Iberoamérica, ha producido reacciones extremas en contra.

El exponente más acucioso lo fue Jaime Guasp en sus *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*,¹⁹⁴ aunque con anterioridad Manuel Giménez Fernández¹⁹⁵ hablara de ella. Los siguieron, momentáneamente Eduardo J. Couture¹⁹⁶ quien la hizo derivar de Wach, y el entonces ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, Gabriel García Rojas.¹⁹⁷

Giménez Fernández inició su exposición con las definiciones que del proceso habían dado Jellinek, Goldschmidt, Vermeersch, Chiovenda y Prieto Castro, y ante esta diversidad de opiniones, formuló un cuadro con las que consideró las cuatro principales posiciones filosófico-jurídicas.

¹⁸⁶ *Rivista di Diritto Processuale*, Anno III, No. 2, Giugno 1948, Parte prima, p. 110, y Anno IV, N. 1, Marzo 1949, Parte prima p. 15.

¹⁸⁷ *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*, Milano 1939, pp. 73 y ss.

¹⁸⁸ *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1921.

¹⁸⁹ *Le service public*, *Revue de droit public*, Bucarest 1926.

¹⁹⁰ *Elements de droit public*, n. 188.

¹⁹¹ *Ensayo de una teoría general del proceso*, Santiago de Compostela 1947 y *La teoría del objeto del proceso*.

¹⁹² En *Anuario de derecho civil de la Universidad de Madrid*, T. II, fascículo II, abril-junio de 1949, pp. 606 y ss.

¹⁹³ Puede verse una revisión general de las obras de Hauriou, Renard, Delos, Le Fur, Dabi y Bouneccasse, en Luis Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, T. 2, pp. 121 y ss.

¹⁹⁴ Madrid 1956, T. I, pp. 22 y ss.

¹⁹⁵ *Instituciones jurídicas de la iglesia católica*, Madrid 1942, T. I, pp. 234 y ss.

¹⁹⁶ "El proceso como institución" en *Revista Jurídica de Córdoba*, Argentina, octubre-noviembre 1948, año 2, núm. 6, pp. 405 y ss. y "Anales de Jurisprudencia" de México.

¹⁹⁷ *Revista de la Escuela de Jurisprudencia*, México, Núm. 30, p. 515.

En el primero incluyó las tesis individualistas y liberales, que han entendido al proceso como la lucha entre el ejercicio de la acción y el de la excepción, siendo el juez un testigo pasivo encargado que no se vulneren ciertas reglas, escasas o formalistas, y proclamar al vencedor. Dentro de esta corriente menciona a Magin Fábrega Cortés, Simoncelli y Manresa y Navarro.

El segundo grupo lo constituyen los estadistas, para quienes el proceso es simplemente un medio para la eficacia del legalismo vigente, único que conocen, como Chiovenda, o un conjunto de actos rituales legalmente establecidos, cuya observancia, independientemente de la finalidad conseguida, crea una relación jurídica perseguida por sus actores, como Vermersch.

Finalmente, a los individualistas, a los estadistas y adeptos a la tesis de la relación, Giménez Fernández añade el cuarto grupo de los institucionalistas que, si bien coinciden con los liberales en reconocer la autónoma actividad humana, se separan en no estimar respetables más que aquellos actos que no se oponen a la justicia eterna ni al orden jurídico positivo, basado en aquélla. Admiten, con la tesis estadista, la función específica del Estado, como tutelar del orden jurídico, pero sostienen que en esta misión, el Estado no puede oponerse al derecho natural, ni desconocer los valores supremos de la persona humana. Exigen con el juridicismo el cumplimiento del orden positivo, en tanto éste, por los cambios sociológicos, no resulte contrario a la justicia o deje de tutelar el bien común.¹⁹⁸

i) Si la idea del proceso como institución consiste para Giménez Fernández en considerarlo como medio instrumental para lograr la eficacia del orden jurídico, en los casos en que sus normas sean controvertidas por desconocimiento o violación, de manera que viene a ser la institución reguladora de los actos de las partes y del juez, encaminados a la justa efectividad de los derechos subjetivos, mediante la coaccionabilidad jurisdiccional, tal parece que en esa descripción entran los españoles Prieto Castro y Miguel Romero, estimando que es más insistente el primero en la elaboración y el segundo en la finalidad del logro de la justicia.¹⁹⁹

Es, entonces, Jaime Guasp quien más difusión ha alcanzado y con más detenimiento ha efectuado el análisis de la tesis. Comienza por reconocer lo que de exacto hay en la teoría del proceso como relación jurídica, pero estima preferible abandonarla y buscar una determinación más afínada, lo que considera factible a base de aplicar una idea ya conocida y admitida en el cuadro de las categorías generales que es la de institución.

Al aplicar tal concepto al proceso, no debe concebirse como una relación ni como una situación, sino como una institución jurídica. Calificación que Guasp lleva a la inordinación, tomando al proceso dentro de coordenadas especiales; aunque hará falta explicar el significado exclusivamente jurídico de las mismas, para no caer en el equívoco de quienes explican la norma con notas sociológicas.

Guasp entiende por institución un complejo de actividades relacionadas entre

sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La institución se compone de dos elementos fundamentales que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos y el conjunto de estas voluntades, que se adhieren a dicha idea para lograr su realización.

La idea objetiva en el proceso es la actuación o denegación de la pretensión, las voluntades adheridas son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre los que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico.

Si bien, poca duda ofrece la afirmación que el proceso puede nacer y extinguirse en su particularidad, sin que ello afecte a la idea de la actuación estatal de las pretensiones fundadas, no se sabe si con ello Guasp persigue distinguir entre el proceso como idea y el proceso como realidad, ni tampoco la que consiste en que la realidad del proceso se determina por la significación de la idea objetiva, superior a las voluntades individuales, consistiendo la duda en cuanto a precisar si por realidad se entiende lo ideal. En cambio, no puede aceptarse que el proceso sitúe a los sujetos que en él intervienen, en un plano de desigualdad y de subordinación, porque la idea jerárquica, consustancial a la tesis, si no lleva al despotismo, cabe utilizarla para eliminar la responsabilidad del órgano judicial indebidamente.

j) El carácter institucional del proceso proviene, desde luego, de la posibilidad de conjugar las normas jurídicas por diversas razones, ante todo por las que pueden llamarse esenciales, dado que son notas comunes o indispensables como los derechos de instancia y la jurisdicción. En seguida las condiciones que están constituidas por normas que se aplican a cada unidad para hacerla eficaz. En tercer lugar están las normas de contenido cultural, de ascendencia tradicional como la organización estatal; y el cuarto y último se compone por el conjunto que da modulación particular a cada proceso y distingue de un sector a otro, como las reglas sobre la libertad provisional que operan en lo penal y no tiene aplicación en lo civil o lo laboral, lo administrativo o lo constitucional, lo internacional o lo electoral, etc.

Esta conjunción normativa, este concurrir de reglas desde planos diversos, es lo que da lugar a la complejidad unitaria del proceso y permite hablar de institucionalidad, porque en definitiva, el proceso produce un cambio de regímenes jurídicos, de manera que lo antes regulado por disposiciones de derecho privado, se encuentra ordenado por mandatos de derecho público.

En realidad, en toda institución, el Estado, el matrimonio, la asociación, etc. opera el principio de transitividad, en virtud del cual se pasa de un estadio a otro: de las relaciones sustantivas a las relaciones procesales, y de éstas (en su caso) a las coactivas, para regresar, ya consagradas por el mandato judicial, a los sustantivos.

La transitividad no puede confundirse con el contrato; hay transitividad sin dinamismo en las instituciones sustantivas como el matrimonio; pero hay transitividad y también institucionalidad y dinamismo en el proceso, cada fórmula operando en sus coordenadas: la transitividad como explicación del paso de un

¹⁹⁸ Op. cit., p. 235.

¹⁹⁹ Op. cit., p. 187.

campo a otro, la institucionalidad como la transformación de la personalidad, y el dinamismo como la formación de procedimientos y, llegado el caso, de procesos.

En consecuencia, el proceso resulta un tipo, una especie de institución, lo que no le define, sino que apenas le ubica.

k Las notas constitutivas, las integrantes del concepto o definición del proceso, se encuentran en los datos cuantificables que le integran.

Esos datos que se necesita cuantificar están en la evidencia, en el método de cuantificación evidencial, y son las conductas imprescindibles del demandante, del juzgador y del reo, conductas proyectivas que se reiteran en serie.

El proceso es, entonces, una serie de actos proyectivos. Si la índole institucional explica la coexistencia de normas públicas y privadas, principio de transitividad, la nota referente a la serie destaca el dinamismo, o la continuidad del dinamismo de las instancias que, de por sí, son proyectivas; pero el dinamismo de la serie es algo más que movimiento conceptualizado, es progreso, es avance del uno al dos y, en su caso al tres de las fases mencionadas.

En esta serie no puede eliminarse la naturaleza proyectiva de las conductas, porque entonces se estaría en otro tipo de procedimiento, como sucede en la averiguación penal o en la ejecución civil, que siendo procedimientos y por ende secuencias de conexiones de conductas de diferentes sujetos, una de las cuales es instancia jurídica, no tiene sentido proyectivo sino simple o bilateral: del particular a la autoridad en la denuncia o querrela penal ante el ministerio público, y de la autoridad al condenado en la ejecución.

Igualmente, el carácter institucional de la serie explica la alteración subjetiva, de manera que las partes en la relación civil son dentro del proceso demandante y reo, por lo que si tuvieron un cierto interés, una pretensión y una personalidad sustantivos, al pasar al proceso se habrá de mostrar que tienen interés, pretensión y personalidad procesales. Pueden faltar las notas procesales en lo sustantivo, como sucede en lo penal, donde el ministerio público no tiene la posición de víctima en el crimen y sí la de acusador en el proceso.

Y también explica la institucionalidad aspectos procesales como la renuncia a la apelación en el arbitraje, el acuerdo sobre la competencia judicial, pacto de foro prorrogando, el nombramiento de un notario en lugar del secretario judicial, convenirse sobre los peritos, y también sobre los jurados en el proceso penal. Es la transitividad propia del carácter institucional, lo que permite y explica el paso del simple procedimiento preliminar al proceso por antonomasia, y de éste al procedimiento ejecutivo (en su caso); así como cabe el tránsito del proceso al proceso en la prejudicialidad (civil para lo penal y viceversa, o administrativo para lo penal y lo civil y viceversa también). La institucionalidad, en fin, reúne procedimientos colectivos como la quiebra o la sucesión, la huelga o los conflictos económicos en lo laboral, con juicios individuales acumulados o simplemente reunidos ante la misma competencia. Y si se quiere ampliar el panorama institucional es la posibilidad de pasar del procedimiento de jurisdicción voluntaria al proceso y todo ello dinámicamente.

Institucionales son también las notas de efectos sustantivos por la presencia procesal y viceversa, como cuando la prescripción se suspende, o la renuncia al derecho sustantivo, la transacción o el convenio dan fin al proceso. Y qué decir de los llamados medios preconstituidos de confirmación.

Lo propio, lo exclusivo del proceso es el seriar las instancias o los actos proyectivos; lo atinente a su institucionalidades permitir que los litigantes pasen a accionantes o se vean suplidos por ellos. Así como hay casos en que un sujeto, como el ofendido, se ve sustituido por el ministerio público, los hay en que un sujeto inhábil sustantivamente es hábil para accionar, como en materia laboral o en el amparo mexicano.

Lo institucional de la construcción estatal explica que haya un titular de la jurisdicción que se considere órgano público, sea o no miembro de la burocracia, como sucede con el árbitro privado que, si bien es titular de la jurisdicción y de la potestad de laudar por razón del acuerdo arbitral, encuentra que su conducta trasciende al orden público por disposición legal del Estado.

Todo ello explica, entonces, fenómenos de transitividad jurídica, de conversión subjetiva, de trascendencia normativa, pero volviendo al ser, a la esencia del proceso, cuando se acude a los tribunales, lo que se comprende y lo que se observa es el seriar de las conductas de los tres sujetos principales, con entera independencia de la adhesión de conductas de terceros auxiliares o colaboradores y aún ajenos.

Si el testimonio o la pericia son procesales, si el levantamiento de actas y los requerimientos o los aseguramientos lo son también, es porque se adhieren, porque corresponden a ese fenómeno irrepetible de seriar conductas dinámicas tripartitas, actos o instancias proyectivos.

Tal vez al pasar la vista por la historia o el derecho comparado, se encuentren manifestaciones diversas, con agudos contrastes, con situaciones extremas como la oralidad y la escrituración, la formalidad romana frente a la informalidad germánica o el comportamiento solemne de tribunales internos e internacionales, ante el juicio en mangas de camisa del arbitraje en equidad, *ex aequo et bono*, pero todo se funde, todo concuerda o coincide en los términos esenciales del seriar una cierta actividad ineludiblemente tripartita que aparece a través de actos proyectivos, instancias calificadas del accionar, del reaccionar y del jurisdicir.

XIII

EL DESARROLLO PROCEDIMENTAL

139. La serie de actos proyectivos significaría la actividad cotidiana y normal de los tribunales, si no fuera porque otros muchos cometidos, de diversa índole, también les han sido atribuidos.

En todos ellos hay el común denominador de la eficacia jurídica, porque la intervención de los juzgadores, sus auxiliares y el foro, está prevista en los ordenamientos del derecho positivo. La gran diferencia, visible y comprensible es que, mientras en el comercio diario, los individuos se comunican entre sí de manera variada, informal o formal, pero sin una sujeción precisa a reglas de comportamiento; ante los tribunales se conducen con apego a fórmulas, emplean formatos y ritos especiales.

Es posible que tal regularidad llegue a ser una carga propia de la burocracia que, por ejemplo, se alivia en gran medida en el arbitraje privado, o puede hacerse así porque se está ante la administración de justicia en mangas de camisa. Pero la dicha carga es necesaria, no sólo porque así se tiene conciencia y previsión para el quehacer diario, sino porque ante la multitud de gestiones y personas, a menos de establecer un cierto orden, imperará el caos y la incertidumbre.

Es verdad que, como diría James Goldschmidt, en la vida procesal hay dudas y de la pacífica conexión de conductas se pasa al desconcierto de un pronunciamiento futuro meramente previsible, hay la expectativa de un fallo favorable y la perspectiva de otro desfavorable. Pero todo ello se refiere a la eficiencia o deficiencia de la función decisoria, en cuanto a lo estrictamente procedimental, se tiene algo más que certeza y hasta la seguridad que habrá una respuesta congruente de la autoridad o del adversario procesal: esta es la eficacia procesal.

Tal eficacia se hace constar, se objetiva en los expedientes judiciales y llega a servir de enseñanza, de muestra y de fuente informativa de los formularios que cierta parte de la doctrina se apropia con diversos fines, preponderantemente económicos en su edición pública.

El vocablo *acta*, explica Manzini²⁰⁰ se refería en el derecho romano a lo que realizaba el magistrado en el ejercicio de sus funciones, por escrito o sin escritura. En el Bajo Imperio, *acta* parece vino a designar lo que en el derecho italiano y en el francés se llamó *proceso verbal*. Puede decirse que por *acta*, frente a *acto*, se entiende la constancia del último, su objetivación escrita.

Si toda la actividad del proceso pudieran compendiarse, se formaría un conjunto de *actas*, operación fascicular que menciona Carnelutti²⁰¹.

a) Más que con la historia, el procedimiento puede parangonearse con la historiografía, porque mirado hacia el pasado, no es la simple concatenación de hechos o acontecimientos lo que llama la atención de los interesados: justiciables y autoridades, sino su concepción crítica.

Y es que la actividad pública, va constituyendo esas concatenaciones jurídicas, cuya sucesividad determina la formación histórica de los hechos. Pero de la constelación que confluyó en el momento determinado de la concatenación que importa al derecho, hay infinidad de datos que se omiten, se ignoran o deben excluirse.

Esta primera función de la historiografía y también de la ley procedimental, conduce a una selección que es la actitud crítica en ambos casos, porque los dos grupos, el de los historiadores, y el de los sujetos procesales tienen que discriminar entre el conjunto, los acontecimientos que, según sus reglas de conocimiento, originan la sucesividad. Toman, por tanto, los hechos que estiman funcionalmente interrelacionados, y esos son los que ponderan según su legalidad.

Ese fenómeno intelectual de la interrelación es lo que explica la naturaleza del procedimiento. Si bien se mira, la sucesividad atendible comprende datos de dos esferas de intuición. Los atinentes a la mera sensibilidad: los hechos físicos; y las conexiones que entre ellos impone el derecho.

Para el historiador, del conjunto dado de hechos acontecidos en cualquier tiempo pasado, hay una parte que, al tenor del propósito especial —determinar las causas de una revolución, precisar los factores de un cambio, establecer el nacimiento de una organización y así por el estilo—, es la concebible como origen o fuente del resultado que se investiga.

Para el jurista, también el resultado es determinante, si bien la diferencia estriba en que ese producto está predeterminado por la ley, es un *pre-supuesto* —porque la ley lo tiene previsto y fijado, pero es en la *realización*, esto es, en la conversión de la norma en realidad, que se produce, de manera que está supuesto de antemano pero materializado *a posteriori*. De esta manera se entiende que sea el encadenamiento de un cierto conjunto de conductas, y no del total de los acontecimientos, lo que forme el procedimiento.

Pero así como para el historiador no es realmente la simultaneidad o el suceder de los hechos lo que determina el *iter* histórico; tampoco para el jurista es el mero comportamiento de los sujetos lo que establece el procedimiento, sino la relación de conexión.

b) Si al procedimiento se le define como la “sucesión de conexiones de conductas de diferentes sujetos”, es comprensible que la *sucesividad* de las conexiones, de los contactos materiales, sea algo intelectual, algo que deba entenderse, porque a diferencia de la mera reunión o yuxtaposición de los actos, el significado de la sucesión no está en la materialidad sino en la inteligibilidad.

²⁰⁰. *Derecho procesal penal*, T. III, p. 3, nota 1.

²⁰¹. *Lecciones sobre el proceso penal*, T. III, pp. 127 y ss.

En efecto, que al empalme de ciertos actos siga el acercamiento o la aproximación de otros, no es un suceso que de por sí conduzca a la noción o a la verificación del procedimiento. Tal fenómeno puede corresponder a conexiones de conductas desligadas de una línea de seguimiento legal, como se confirma con la observación de la prestación y la contraprestación, acontecimiento que se repetirá durante toda la vida jurídica del contrato, pero la sucesividad de conexiones no constituirá un procedimiento sino manifestaciones de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado actos de tracto sucesivo. Y algo más, un delito calificado de continuado, consistirá en la reiteración de los actos de transgresión, sin que se forme un procedimiento.

De manera que el procedimiento debe estar precisado, previsto por la norma genérica —la ley, el reglamento, etc—. Ello implica que el derecho objetivo establezca un inicio y un fin, regule una variedad multiplicidad de conexiones, su temporalidad, su forma y su fórmula, su localización y, desde luego, los sujetos intervinientes.

Cabría decir que a las conexiones les rodean circunstancias, una indefinida cantidad de datos que sirven para que el legislador aprecie aquellos que le importen. A veces resulta que notas susceptibles de ser llamadas nimias, son trascendentales para el procedimiento, como el uso del papel sellado en aquellos países que todavía conservan este requisito.

La nómina de las estipulaciones legales parte, obvio es decirlo, del contenido eidético del acto: petición, denuncia, requerimiento, apercibimiento, demanda, constatación, impugnación, ofrecimiento, y todo el elenco que ha originado los intentos de sistematización jurídica, como se ven Francisco Carnelutti²⁰² James Goldschmidt²⁰³ o Vincenzo Manzini.²⁰⁴

c) Por más de un siglo se ha venido proclamando el surgimiento, el triunfo y la evolución que ha significado la aparición del procesalismo científico.

En realidad, una vez que se tropieza con la práctica judicial o simplemente jurisdiccional, surgen dudas y decepciones. Dudas por la creciente cantidad de situaciones imprevistas en las leyes, las que se supone han aprovechado las adquisiciones e innovaciones del procesalismo científico. Decepciones por cuanto ese calificativo de científicidad hace pensar en exactitudes, certidumbres, concreciones que finalmente llevarán a la seguridad jurídica, la que en la experiencia está lejos de presentarse, y en ello se apoyó Goldschmidt al concebir al proceso como una *situación* jurídica en la que imperan y se suceden expectativas favorables con perspectivas desfavorables.

Tal vez el entusiasmo por la nueva concepción del proceso fuera prematura y precipitada. Quizás el abandono del procedimentalismo, en realidad el pragmatismo de la enseñanza, del aprendizaje y finalmente de la práctica forense, haya sido una discutible deserción del camino emprendido por siglos, para cultivar

teorías y especulaciones sobre algo que en lo empírico es mínimo: el proceso.

Porque bien mirado, los conceptos, ideas y nociones que se han calificado de fundamentales, elementales y básicas indistintamente, no hacen referencia sino a una línea entre varias que muestran dinamismo en la operación judicial.

Ese divorcio, que parece ser vincular e irreconciliable, entre la ciencia del proceso y la práctica forense, inclusive ha justificado la inagotable publicación de los seculares formularios, donde el estudiante y el abogado acuden para conocer, así sea superficialmente, el formato, el ejemplo de las actuaciones escritas.

Pero ni los formularios, ni los diccionarios, ni los libros llamados prácticas o repertorios, ni las colecciones jurisprudenciales dan la *sabiduría* que caracteriza a los viejos postulantes.

Y el justiciable, sin poder salir de su asombro, siempre pregunta por la impartición de justicia, ¿dónde?, ¿cómo?, ¿cuándo?, inquisiciones que el abogado respetuoso de la ética profesional no sabe ni puede responder.

Resulta inconsistente, desalentador y deformante, que el novel abogado tenga que aprender la práctica a base de fracasos, corrupciones y lamentaciones que le llevan al escepticismo frente a la enseñanza. ¿Qué importa la ciencia si la práctica tiene otras reglas?

d) En otras disciplinas del saber humano, lo aprendido en la escuela, en el laboratorio, en el seminario o en el simposio, puede no resultar en la práctica por ignorancia, por torpeza, por falta de cuidado; pero no por la voluntad de no lograr el producto.

No se entiende a un físico que trabaje para no lograr su meta, ni a un biólogo, ni siquiera a un médico, a un ingeniero o a un simple artesano. Podrán fallar y lo hacen frecuentemente, por insuficiencia de conocimientos y hasta por indolencia, pero no por la decisión de hacerlo.

En cambio, el jurista, convertido en postulante, se enfrenta a otro profesionalista similar que pone toda su voluntad para que la norma no se aplique. Uno de ellos, tan sólo uno tiene la razón, pero es irremediable que su contraria sea, precisamente eso y le ponga obstáculos, mientras más imprevistos y sorpresivos, mejor.

¿Por qué este fenómeno socio-económico fatal? Si se deja por un momento el contraste de fines personales de los verdaderos litigantes, de los titulares de las pretensiones en conflicto, la explicación está en la ley.

Los códigos procesales, o de procedimientos judiciales que es lo más apropiado, son verdaderamente escuetos, sucintos, lacónicos y hasta parcos en la reglamentación procedimental, no obstante lo crecido del número de sus artículos²⁰⁵. Porque es el procedimiento lo que falla, al menos en los códigos.

Para mejor entender el fenómeno, y siempre que el parangón que se pone de ejemplo no se eleve a la categoría de tesis, cabría tomar el caso de la electricidad como un fenómeno de contraste por alguna semejanza o una mera equiparación de situaciones.

²⁰². Sistema de derecho procesal civil. T. III, pp. 74 y ss.

²⁰³. Teoría general del proceso, pp. 101 y ss.

²⁰⁴. Tratado de derecho procesal penal. T. III, pp. 3-75.

²⁰⁵. 1042 el Code de Procédure Civile, considerado procedimentalista.

Existen dos tipos de corrientes eléctricas: la continua y la alterna. Hay también dos instituciones jurídicas: el proceso y el procedimiento. Mientras la corriente continua carece de solución de continuidad, y otro tanto cabría decir del proceso, la alterna va por tramos, por períodos, por sucesiones que se terminan constantemente, como acontece con el procedimiento: El proceso tendría una línea continua preconocida y fácil de entender: demanda o acusación y contestación o defensa, la confirmación de las pretensiones procesales y los alegatos o conclusiones. El procedimiento, en cambio, por su misma naturaleza de mera sucesión de conexiones de diferentes conductas, puede culminar en la brevedad o extenderse indefinidamente, tal y como lo viera Kafka en su ya clásica obra, que no trató del verdadero proceso.

e) Pero, ¿qué es el procedimiento respecto al proceso? ¿Cómo puede alterarlo, influir en su desarrollo y deformarlo?

Proceso y procedimiento se hacen, se construyen con actos —y a veces con omisiones, como sucede en la contumacia, la rebeldía y finalmente en la caducidad—. Acontece que el mismo acto que sirve al proceso es el utilizado en el procedimiento.

Esto sería absurdo y hasta contradictorio, si no fuera porque todo acto tiene una manifestación y varios significados. La estructura lógica compleja ha sido vista por la doctrina hace bastante tiempo: “Los hechos y los conceptos no son independientes entre sí, y su existencia tiene igual valor, pues al sentido de todo lo real es inherente a una esencia, cuya legalidad sigue. El hecho es, pues, la encarnación del concepto en la temporalidad (realidad).” Tratándose del derecho ocurre lo siguiente: ciertos hechos son jurídicos, tienen en sí una esencia jurídica, son materializaciones de conceptos jurídicos. Las leyes que valen para los mismos son, pues, leyes propias del derecho, no de otras regiones y por ende, no se trata de leyes naturales”.²⁰⁶

Mientras que el proceso está en lo conceptual, en lo eidético, en lo inmaterial, el procedimiento está en lo sensible y temporal. Es claro que para intuir al proceso hay que pensarlo, saberlo, entender lo expresado o significado por el mismo acto de sentido procedimental, para este último basta advertir en esa conducta el mero sentido de conexión con otra.

Por supuesto, el procedimiento puede ser reglado, lo que conduce a entenderlo o tener que pensarlo, como se hace con el proceso. Pero el objeto de lo pensado es cabalmente la conexión, el contacto y éste se ve, se observa y hasta puede plasmarse, puede fotografiarse o llevarse a una película cinematográfica o televisiva.

El proceso jamás estará en la materialidad, sino en el significado, preconcebido y presabido del acto. Es así como la línea procesal se asemeja a la corriente continua, pues desde su punto inicial hasta el final es inteligible, prerregulado. En cambio el procedimiento, materializado, reducido a la conexión se da, ya sea

conforme o inadecuadamente con una regla, y será indiscutible y cierto en su aparición.

Esta diferente índole permite entender que el procedimiento opere como la forma material del proceso. Este último no puede tenerla de por sí, ya que no es acto material sino concepto significativo del acto. Y dado que en la práctica lo que prevalece es el acto mismo, la expresión procedimental fácilmente se complica, se desajusta y lleva, a través de sus correspondientes soluciones de continuidad, a lo imprevisto, a lo no pensado por el legislador, pese a la experiencia secular.

f) Esta última cuestión amerita mayor consideración, por las importantes consecuencias que tiene.

Si el procedimiento fuera, como el proceso, una línea de corriente continua, difícilmente se truncaría, suspendería o complicaría. Pero su naturaleza jurídica, comparable con la línea de corriente alterna, permite y hasta propicia que en cada tramo se inserte una conexión que, o no es la propia del procedimiento inicial o principal, o es una verdadera sorpresa por lo imprevisto de su aparición.

Las eventualidades del procedimiento crecen y se multiplican con la organización burocrática, esto es, con la multiplicación de sujetos que, inclusive sin ser órganos de los diferentes entes, intervienen complicando el desarrollo procedimental.

Por ejemplo, tanto en lo penal como en lo civil, a partir del momento inicial del proceso —no de los procedimientos preliminares, como la averiguación en lo penal y los medios preparatorios, provocatorios o cautelares en lo civil—, se abre una coyuntura forzosa, si la consignación, la acusación, o la demanda se presentan en una oficialía de partes, común o individual.

El llamado de la contraria, sea en vía secreta o reservada para evitar la fuga en lo penal y la ocultación de bienes en lo civil, permite, con entera independencia de las actitudes procesales que puedan tomar el indiciado o el demandado, esto es, de la presentación de excepciones y defensas, se permite, pues, la promoción de *incidencias* nominadas o innominadas.

Lo mismo cabe que se haga valer la nulidad de notificaciones, que las interdicciones a la manera del *habeas corpus* o del amparo. Al lado de las incidencias del tipo de la nulidad de actuaciones, se presentan incompetencias, llamamientos de tercero, levantamiento de diligencias materiales y, por supuesto, impugnaciones en la vía horizontal y en la jerárquica y vertical.

Cuestiones secundarias como falta de copias suficientes o legibles, carencia o discutibilidad de la cédula profesional del abogado patrono, inaceptable traducción de documentos redactados en otro idioma, y un sin fin de extremos que, incluíbles en el rubro de lo que las leyes llaman de actuaciones frívolas o improcedentes, pesan sobre el procedimiento inevitablemente —porque si el juez las desecha de plano, motiva la impugnación, y si da vista a la contraria, abre un trámite interminable—.

Y así como en el primer momento cabe enclavar *incidentes* innominados o legalmente conocidos; a todo lo largo del juicio, el procedimiento va cayendo en

²⁰⁶ Fritz Schreier, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*. Trad. Eduardo García Máynez. Bs. As. 1942, p. 82.

el riesgo de la multiplicación de actuaciones y diligencias, que se hacen más conflictivas en los procesos internacionales por las obvias razones de las competencias, las colaboraciones y las legislaciones diversas aplicables a uno solo y el mismo caso.

g) Es sabido que la doctrina ha emprendido una tarea de clasificación de los actos que, por la carencia de una previa y tajante separación de los ámbitos, termina por confundir caracteres, cualidades y manifestaciones.

Desde luego, el procedimiento, que si cae en una circunstancia fáctica, se rige por las leyes naturales del tiempo y del espacio, aunque de ellas, el derecho ha elaborado conceptos propios que permiten aplicar reglas convencionales.

En razón del tiempo ha de hablarse de temporalidad, en tanto que respecto del espacio se menciona la localización, pero también la forma, dadas las características perceptibles de los actos.

Tiempo y espacio, incluida la forma, son indispensables al procedimiento, pero hay que añadir las circunstancias y las condiciones.

La circunstancia, es decir, lo que rodea al acto, cambia forzosamente, según que se trate de un procedimiento procesal o de otra índole, como el administrativo o el legislativo. Así, las comunicaciones, según el caso, se harán directamente, por correo o por otra vía: telégrafo, télex, telefax y demás como la comunicación entre las cámaras legislativas, entre ausentes, etc.

Las condiciones se diferencian de aquélla, por ser un conjunto de previsiones legales que determinan la validez o invalidez y aun la existencia o inexistencia jurídicas de las relaciones y, por ende de los actos. Para lo estrictamente procesal, la jurisdicción, por ejemplo, es una condición presupuesta de la acción, *a priori* le antecede, pero *a posteriori* le sigue. Presentada la acción, en lo penal o en lo civil, tanto queda *presupuesta* la jurisdicción, como la reacción; y si se mira hacia el pasado, ningún accionar es procedente si falta la invocación de un conflicto jurídico.

Pues bien, las condiciones se vinculan asimismo con la actividad procedimental, y aquí la circunstancia está precisada, de manera que no cabe, jurídicamente, hablar de un acto intemporal ni a espacial. Hay la forma prevista, algunas veces se da también la libertad de forma.

De manera que mientras las condiciones funcionan eidéticamente para lo procesal, se funden o llegan a confundirse con las circunstancias en lo procedimental. En lo primero, no se percibe, no se ve la relación que hay entre accionar y jurisdicción, sencillamente se entiende que la hay, pero no se le identifica materialmente.

En cambio, el condicionamiento de la conducta procedimental tiene que concretarse en lo circunstancial. Si se analiza o contempla una aprehensión, las condiciones constitucionales o legales que la rigen han de verse, han de percibirse materialmente, porque el dar a conocer la acusación, la orden judicial y aun las garantías que protegen al indiciado, tienen que presentarse a los sentidos: oír las órdenes, oír los términos de la acusación, oír las garantías y, sobre todo, no ser objeto de coacción indebida.

Si la Constitución garantiza el no ser constreñido a declarar en contra de sí mismo, la circunstancia permitirá confirmar si ha habido o no la indebida coacción. Si alguien sufre tormento, si es golpeado o de alguna otra manera amedrentado, se estará ante hechos perceptibles que inclusive permitirán al médico-legista dar constancia idónea.

h) En todos los ámbitos, tanto en el procesal como en el procedimental, es factible clasificar las condiciones en: Supuestos si han de cumplirse antes de la actuación correspondiente, como el conflicto respecto del accionar; requisitos si han de darse simultáneamente con el acto, como la escrituración o la oralidad para la forma procedimental; y presupuestos, si han de conocerse de antemano, pero satisfacerse luego de actuar, como la competencia de la autoridad, prefijada en la ley, pero cristalizada en el procedimiento mismo.

Si se revisa con detenimiento la conducta procesal, se advertirá que al tiempo de concretarse en una relación jurídica inteligible, se manifiesta en una actividad materialmente conectable con otra.

Debe, entonces, insistirse en que las diferencias de caracteres y notas constitutivas, dejan su impronta en cada sector, por lo que si respecto de los actos procesales ha de hablarse de sus proyecciones jurídicas, frente a los actos procedimentales ha de referirse a las simples conexiones dinámicas.

Esto se confirma hasta cuando el derecho sustantivo utiliza las nociones anteriores. Así, al referirse a conexiones fácticas modificadoras de los tipos, el derecho penal habla de circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes.

No se alude a relaciones dinámicas, sino a datos estáticos de la fenoménica realidad que, por muy subjetivos y hasta meramente anímicos que se les considere, no dejan de ser circunstancias.

Mientras que en lo estrictamente procesal sólo cabe aludir a las acciones, a las reacciones y a la jurisdicción, es en lo procedimental que pueden formarse grupos a base de diferencias específicas.

i) Hay, en primer lugar, las circunstancias esenciales, esas composiciones de los espacios en que han de tener lugar o manifestarse los actos, y cuya irregularidad, cuyo desajuste con la disposición legal inderogable por voluntad de los intervinientes, conduce a la invalidez, y consiguientemente propicia esos incidentes procedimentales que desvían y complican la continuidad del proceso.

Al ir revisando las circunstancias fácticas, cabe confirmar que la multiplicación de incidentalidades, es susceptible de reducción. Esto es, las circunstancias conectables en lo procedimental pueden clasificarse a partir de dos grandes rubros: el tiempo y el espacio, porque es en estos ámbitos que se realizan las conexiones.

Por no haber advertido la distinta naturaleza de las relaciones lógicas, propias de los datos procesales, y las conexiones fácticas correspondientes a los procedimentales, la doctrina ha elaborado catálogos cada vez más extensos, minuciosos y hasta sutiles, en los que las especies se yuxtaponen, imbricándose lo procesal con lo procedimental.

j) Ante todo, hay dos aspectos de la circunstancia que deben ser primero, aislados y, después, confrontados con la actividad en general. Uno es el escenario, la parafernalia que, quíerose o no, influye en la conducta de todos cuantos asisten a la función. Otro es la subjetividad, la siempre creciente cantidad de individuos que con un nombre o con otro, verdaderamente participan, se entremeten en los procedimientos, con o sin una misión legalmente prevista.

Basta advertir que por razón del escenario son factibles diversos incidentes, desde la impugnación por no ser la localidad legalmente determinada, hasta la incapacidad física para permitir la integración de los elementos subjetivos y objetivos, la insuficiencia de cupo, la falta de instrumentos, etc.

En cuanto a los personajes, su número es variable según las épocas, los países, la estructura del procedimiento y hasta la clase de proceso que se desarrolle —penal o laboral, civil o contencioso— administrativo, constitucional o internacional, etc.—.

El sector personal comienza con el juzgador. Su composición ha llevado a estudios como la obra ya clásica de Francisco Beceña,²⁰⁷ y monografías de varias calidades, como el trabajo de Luis Loreto,²⁰⁸ la de Benjamín N. Cardozo,²⁰⁹ la de Carlos A. Gaviola,²¹⁰ la de Jaime Galté Garre,²¹¹ la de Vicente Amat y Furió,²¹² la de Julio Garcerán de Vall,²¹³ o la de Enrique Jiménez Asenjo.²¹⁴

En estos y otros trabajos generales, se ha ponderado la labor del juzgador, ha se contemplado el producto, sea que el tribunal se componga de un solo individuo o de varios, de personas de la misma categoría y función o diversificadas. Y así como se ha observado la figura del juzgador, se ha revisado también la tarea de otros sujetos, como lo hizo Francisco Goyet,²¹⁵ o José Aguilar y Maya.²¹⁶

En cuanto a la abogacía en general, ahí están las obras de P. y H. Erizo,²¹⁷ José Ma. Manganiello,²¹⁸ Félix R. Escobio,²¹⁹ José María Martínez Val,²²⁰ Antonio

Fernández Serrano,²²¹ José Albarrán Godoy,²²² Alberto G. Spota,²²³ Enrique Díaz de Guíjarro,²²⁴ E. Zaitsev y A. Poltorak,²²⁵ o Raúl Carrancá y Trujillo.²²⁶

k) Son éstos, elementos de la circunstancia de la actividad procedimental: el escenario y el elenco de personajes; pero a su lado aparecen la forma que comprende desde el idioma oral, el escrito, el meramente simbolizado, hasta el formato, esos esquemas que economizan tiempo y lenguaje y cuanto permite que un acto se conecte con otro de tal manera, que su acoplamiento sea eficaz.

A la forma, al espacio (lugar, sede, etc.) se añade el tiempo, o por mejor expresarlo, todo lo relativo a la temporalidad: días y horas hábiles, plazos y términos que impiden o provocan la extemporaneidad, la preclusividad, la decadencia de los derechos y la misma caducidad.

l) Puede comprenderse sin más, que la mezcla y la combinación de los elementos, siempre conexos o conectables, propicia innumerables incidentes.

Y si la pregunta fuere en el sentido de reducir al mínimo o a un mínimo razonable esos incidentes, la respuesta ha de ser positiva, hay no sólo probabilidades sino seguridad que la reducción es factible.

¿Por qué, entonces siglos van y civilizaciones vienen y el procedimiento no sólo es engorroso, largo, complicado, sino propicio para la chicana, la mala fe, el dolo y, sobre todo, por qué se juega con el procedimiento como si él fuera el objetivo, la finalidad en sí, y no meramente un medio que, si puede mejorarse es preferible? ¿Por qué la astucia, la sagacidad, la experiencia, la misma jerarquía social y profesional se hacen consistir en el más dudo manejo de los elementos, en la mayor posibilidad de enredar, alargar, y dilatar el procedimiento? ¿Acaso no es éste, instrumento para el proceso y el último un medio para hacer cumplir las normas ordenadas o pactadas? ¿Por qué, cabe repetirlo, porque cada vez el procedimiento predomina sobre el proceso y el derecho sustantivo?

m) Lo que interesa es la actividad de tres sujetos: demandante, jurisdicente y reo. Esta trilogía puede darse y en efecto aparece con mucha frecuencia en el arbitraje.

Y que no se diga que esta figura es exclusiva del derecho privado, primero porque en el ámbito internacional, donde lo civil se pierde entre lo transgresional que caracteriza al derecho penal, el arbitraje es casi lo único factible al lado de las negociaciones, menos razonables y más susceptibles de ser impuestas por la parte fuerte.

En seguida, porque en países como los anglosajones, se utiliza el arbitraje para lo que se denominan los *torts*, manifestaciones cercanas o paralelas a los *cuasidelitos*. Y, desde el ángulo de la teoría pura, no hay razón suficiente para excluir al arbitraje del derecho público —penal, castrense, internacional, labo-

²⁰⁷. *Magistratura y justicia*, Madrid 1928.

²⁰⁸. "Consideraciones acerca de la institución de la asesoría", en *Estudios de derecho procesal civil*, Caracas 1956, pp. 199 y ss.

²⁰⁹. *La naturaleza de la función judicial*, Trad. Eduardo Ponsa, Bs. As., 1955.

²¹⁰. *El poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Bs. As. 1965.

²¹¹. *Manual de organización y atribuciones de los tribunales*, Santiago de Chile, 1954.

²¹². *El jurado. Ley sobre su establecimiento en España, con comentarios y formularios*, Valencia, 1888.

²¹³. *El juez*, La Habana 1967.

²¹⁴. *Organización judicial española*, Madrid 1952.

²¹⁵. *Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'actio publique*, Paris 1926.

²¹⁶. *El ministerio público federal en el nuevo régimen*, México 1942.

²¹⁷. *La vida del abogado*, Trad. Lorenzo Quintana, Barcelona 1955.

²¹⁸. *Vocación del abogado*, Bs. As. 1954.

²¹⁹. *Abogacía*, Bs. As. 1954.

²²⁰. *El abogado, alma y figura de la toga*, Madrid 1956.

²²¹. *La abogacía en España y en el mundo*, Madrid 1955.

²²². *Honorarios de abogados y procuradores*, Bs. As. 1948.

²²³. *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Bs. As. 1963.

²²⁴. *Abogados y jueces*, Bs. As. 1959.

²²⁵. *La abogacía soviética*, Trad. A. Herraiz, Moscú 1959.

²²⁶. *La administración de justicia*, México 1961.

ral, administrativo o constitucional, como se viera en el caso de la expropiación petrolera mexicana, en que el mismo presidente de la República fue designado árbitro—.

Esa línea de corriente alterna que a cada paso se interrumpe, que puede desviarse, entrecruzarse con otra secuencia y, en fin, alargar indefinidamente el proceso al que debiera servir con la mayor eficacia, esa línea es la causante de tantas y tantas fugas y retrocesos.

Las clasificaciones más útiles son aquellas que destacan la calidad eventual del procedimiento, su secundariedad frente al proceso. En la medida que una ley supedita las conexiones fácticas a la eficacia procesal, en esa misma dimensión se encontrará el valor de la institución.

No hay duda, no podría haberla, que el procedimiento es imprescindible, porque no hay otro camino para acoplar las conductas que conectándolas; pero esa necesidad de conducirse conforme a un rito o trámite previsto, no puede justificar la casi espontánea generación de complicaciones.

En muchas ocasiones fuerza es multiplicar las incidencias, como cuando un tercero se ve afectado por el embargo de sus bienes en un juicio seguido entre otros dos sujetos ajenos a los derechos del tercero; o bien cuando los medios para confirmar las pretensiones civiles están afectados de violaciones penales y hay que desviarse hacia este tipo procesal.

Pero si bien no cabe cortar tajantemente las incidencias, tampoco debe propiciarse que cualquiera cuestión se sustancie desnaturalizando el natural y primitivo desenvolvimiento del proceso y su procedimiento principal. Ciertamente, sin la certeza del procedimiento que proviene de su formalidad y aún de su severidad, más que un caos, se llegaría a la ineficacia tan perjudicial para la vida social; pero de ahí a conducir todo problema a una secuencia interminable hay una diferencia insalvable.

n) De la misma manera que la actividad procesal resulta clasificable por los datos de su condicionalidad, lo procedimental encuentra en las circunstancias los principios de división más adecuados.

Tres son las condiciones de cualquiera relación jurídica, se ha venido repitiendo: los supuestos, los requisitos y los presupuestos.

Por razón de los primeros, los actos en que se concretan esas relaciones tienen, o al menos invocan un antecedente jurídico. No acontece que, como al contratar, nada haya que explicar y sea la voluntad de llegar al acuerdo lo que determine el convenio.

En las relaciones dinámicas, y el procedimiento pertenece a ellas fundamentalmente, legal y aun jurídicamente, siempre se supone que hay un antecedente trascendental, puesto que va del pasado al futuro.

Si en lo procesal el supuesto es un conflicto jurídico, en lo procedimental es meramente un hecho o una situación jurídicos, necesitados de una consideración autoritaria —permiso, licencia, autorización, concesión, revocación, anulación, certificación, autenticación y demás—.

También existe, como en la relación procesal, el requisito. Para el accionar ese

requisito se concreta en lo procedimental, puesto que aquí surgen impositivamente la forma, la temporaneidad, la precisión de las subjetividades, el idioma, el formato si la ley lo exige —como suele suceder en lo civil, en lo mercantil, en lo internacional, en lo constitucional o en la casación—, aunque se dan ejemplos de actuación sin formato —para la defensa en la Procuraduría del Consumidor, del trabajador, del ejidatario, y aún en juicios de mínima cuantía: municipales, populares o de paz y demás.

En lo procedimental, la necesidad lógico-jurídica del acoplamiento de los actos, impone una forma, un tiempo, un lugar, un idioma y unas subjetividades precisas.

Por último, para lo procesal hay que hablar del presupuesto de la competencia, en tanto que para lo procedimental está la vía. Para comprender mejor tal extremo, puede recordarse el caso insólito en que el presidente de Colombia sugirió una consulta popular para saber si había consenso o al menos criterio mayoritario para reformar la Constitución. Los partidos opositores se limitaron a argumentar que tal *consulta* era una forma o vía desconocida en la legislación colombiana, que no se trataba de un referéndum, en el que basta contestar afirmativa o negativamente, pero siempre de manera categórica. Aquí, se dijo, la tal consulta era una novedad, una vía no prevista en ninguna parte del derecho vigente.

Mientras que respecto de las condiciones del accionar, específicamente del inicial, demanda o acusación, se dan las excepciones, para regularizar las condiciones del *instar* procedimental se da, primordialmente la anulación, sin faltar la mera conversión de lo irregular en regular.

o) Ha existido una cierta tendencia a clasificar los actos procesales y los procedimentales que, desde luego, no se han dividido con claridad y precisión, por los medios para su impugnación o por el objeto que persiguen.

Estas y otras perspectivas son posibles. En realidad nada hay que obste a utilizar un *principio divisionis* en virtud de una cualidad, de una propiedad o de una circunstancialidad.

Lo que debe cuidarse, no ya por razones lógicas, sino prácticas, es que la división o clasificación encontrada tenga trascendencia, tanto en el método, como en la técnica y aun en la sistematización.

Así, efectuar una composición a la manera de la llevada a cabo por James Goschmidt,²²⁷ conduce a mirar, respectiva y sucesivamente, en el ánimo de obtener, en el de simplemente pedir, en el escueto de afirmar, en las aportaciones de prueba y, por tanto en los actos judiciales, los datos clasificatorios.

Pero, en primer lugar, no se ha hecho una previa discriminación entre actos procesales y actos procedimentales, de manera que cualquiera de esos actos pertenecen indistintamente a cualquiera de estos dos campos.

Sin embargo, la separación es sumamente fácil cuando se recuerda que la instancia en lo procesal es la acción, único derecho dinámico proyectivo.

²²⁷. *Teoría general del proceso*, pp. 43-188.

Poco importará si lo que se busca obtener, afirmar o aportar es de una naturaleza o de otra, porque estos fenómenos se presentan indistintamente en el proceso y en cualquier otro procedimiento.

Goldschmidt dice que "Los actos de obtención pueden definirse como aquellos actos de las partes que se encaminan a impetrar una resolución de contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez".²²⁸

No es necesario advertir que el autor está atraído por la consistencia psicológica del acto, lo que le resta objetividad jurídica. Pero sí conviene observar que esa obtención resulta factible y hasta común y corriente en cualquier tipo de procedimiento: convencional, administrativo o legislativo, que no son instituciones procesales.

Impetrar una licencia para construir una casa-habitación, aportar los medios de confirmación de las pretensiones se dan en cualquier trámite de importación o exportación de mercancías, y afirmar que se está en el caso previsto por la ley para obtener un crédito industrial, es frecuente y hasta cotidiano, ahí donde el gobierno ha creado fondos de fomento.

Es evidente que los actos, procesales y los procedimentales, tienen una finalidad; pero la naturaleza jurídica no se confunde con el objetivo. Es verdad que los actos, puestos en la división más sutil factible, pueden agruparse de diversas maneras. Los habrá por su forma: oral o escrita, por su tiempo extra o intraprocedimental, y podrán ser de petición, denuncia, querrela, queja o reacertamiento; pero el acto como tal se mantiene intocado.

XIV HECHOS Y ACTOS EN EL PROCESO

140. Del cúmulo de acontecimientos que se presentan en la realización del procedimiento, en puridad de cualquier procedimiento, pero ahora interesa el procesal, se han formado dos grupos denominados hechos y actos jurídicos.

Por hecho suele entenderse cualquier suceso ajeno a la voluntad del hombre, y parece que la fórmula más sencilla para identificar los hechos, es observar la posibilidad o imposibilidad de imperar sobre ellos. El mandato, la simple orden, serán inoperantes ante los hechos, mientras que en relación con las conductas productoras de actos, la situación es la inversa.

Desde luego, el contraste hechos-actos, abarca a las conductas omisivas de los actos propiamente tales. De manera que el deber de no hacer, el deber de omitir, también es referido como un acto, aunque la realidad es que se trata de una conducta de no acto, omisiva.

Si los hechos entran en las relaciones jurídicas, imperativas por esencia, la cuestión que necesita ser precisada es cómo resulta factible tal conectiva. Lo cierto es que en el ámbito procesal, se han hecho variadas aplicaciones, por ejemplo, se habla de la conclusión anticipada del proceso por hechos ajenos a la voluntad del juez y de las partes, y también se ha estudiado la consistencia material del fallo, discriminando lo que no está mandado por la ley y la parte ordenada en la voluntad de los sujetos procesales.²²⁹

Se ha llegado, por el mismo autor,²³⁰ a hablar del proceso como un hecho, lo que ciertamente es una *contradictio in terminis*.

Puede convenirse en que los hechos acontecen o se sucederían aun cuando no existiera el derecho, incluyendo aquellas conductas humanas como las reacciones instintivas, y hasta las mecánicas o mecanizadas y los hábitos que siendo conscientes no requieren razonamiento actual.

Pero entonces, también será necesario convenir en que el derecho no puede imperar sobre el mero hecho, porque hace falta lo indispensable, que es la voluntad para obedecer.

De ahí que si se habla de *hechos jurídicos*, tenga que precisarse que se está frente al caso en que los hechos comunes y corrientes entran como premisas o supuestos. Se parte de un hecho para mandar un acto: si transcurridos tres, nueve o quince días, no se actúa, se tendrá, se ordena tener, por perdido el derecho a hacerlo eficazmente.

²²⁸. Op. cit., p. 102.

²²⁹. Jaime Guasp, *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona 1943.

²³⁰. Op. cit., p. 10.

Sin embargo, es frecuente, en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, hablar de hechos por contraste al derecho.

a) El concepto de hecho, dentro de la rama procesal, tiene trascendencia, en especial en los planos de la recurribilidad, dado que las legislaciones suelen establecer la condición consistente en que al llegar a la última instancia, no se debata ya sobre hechos.²³¹

La cuestión de distinguir entre lo fenoménico y lo estrictamente jurídico, ha sido ardua a través de los siglos, precisamente por la falta de connotación de los conceptos y su tratamiento con relatividad.

La problemática se forma, en este caso, con dos raíces que corresponden, la primera, a la calificación de juridicidad de lo fáctico, y la segunda, a su contraria, la tendencia analítica de separar esa juridicidad de lo meramente factual.

La paradoja, entonces, consiste en tomar los acontecimientos como versiones jurídicas y no jurídicas de la realidad. Ello es factible por virtud de una transposición de ideas, que lleva lo conceptual a los hechos y simultáneamente busca separar lo estrictamente fáctico, convirtiendo a lo conceptual en un objeto distinto.

Identificar lo puramente factual para que no llegue a la casación, *verbigratia*, es una operación que puede llegar a lo improbable. Obedece tal problemática a que se parte de esas dos raíces, cuando en realidad no hay más que las circunstancias y su conceptualización como premisas. Así es, porque si se trata de hechos ajenos a la voluntad subjetiva, o de conductas personales, lo que es objeto de la relación jurídica es su idea, su noción.

Las leyes, la doctrina y la jurisprudencia, predicán de lo fáctico con lenguaje normativo, y si se trata de simples hechos, no pueden ubicarse sino en el supuesto o premisa de la predicación. Pero prácticamente, es factible separar al concepto de hecho, incluido el acto, del concepto normativo.

Aquí habrá que recordar que las normas pueden tener tres cometidos: o definen y entonces, por ser normas (deber ser), no están describiendo, sino determinando imperativamente —el autor de la norma, quien efectúa la toma de posición es el legislador, el destinatario del deber, deber de entender así y no de otra manera lo definido, es el gobernado—, o establecen una consecuencia, no sólo cuando castigan, sino cuando sancionan en general y cuando ordenan cierta conducta posterior, o imponen una prestación, relaciones bilaterales de pretensión a prestación, ya sea convencional o institucional.

b) La dificultad inicial para hablar del hecho puro y de la pura norma, se encuentra en la circunstancia que el primer sector sólo importa para el segundo, en la medida que éste lo introduce en una relación de deber ser.

A su vez, la norma tiene que expresarse de alguna manera: por palabra escrita, por palabra hablada, por signos y por símbolos, como ya quedó anotado al hablar de los monumentos, de las señales de toda clase: luminosas, de colores, de sonidos y percusiones, etc.

Todo ello confluye a la primera distinción: se trata de averiguar qué, en una manifestación cualquiera, es simplemente hecho y qué es derecho. Coexisten, conviene repetirlo, la presentación, la aparición fáctica y su sentido jurídico una vez que el derecho la califica, una vez que la norma la atiende, sea como premisa, como supuesto o antecedente que es donde se ubican los hechos por antonomasia o, bien como consecuencia, como resultado querido o mandado, que son los actos y omisiones de la conducta propiamente humana.

Si se desea, es posible contemplar el hecho separado del derecho. Desde luego, esto no sólo es factible sino cotidiano tratándose de lo meramente fáctico ajeno a la voluntad humana. Los fenómenos naturales son perceptibles por sí, fuera de toda concepción jurídica.

En cuanto a la conducta humana, también cabe suponerla sin calificación jurídica, aunque cuando se le capta en la interferencia, en la interrelación subjetiva, ya no es fácil la separación, porque lo propiamente jurídico es el deber ser de esa interconexión.

Pero la llamada cuestión de hecho en la casación ha sido “uno de los pocos problemas jurídicos en los cuales no ha podido hacer mella ni siquiera el transcurso de toda una centuria.”²³² Y aunque no cabe olvidar que los tribunales han, no parangonado ni igualado la llamada problemática de los conceptos indeterminados —*contrario a las buenas costumbres, buena fe, equitativo, adecuado*, etc.—, sino que los han complicado con la noción de hecho, lo cierto es que se está ante dificultades de concepción.”

Tal parece que separar los hechos de sus regulaciones es algo imposible, si antes no se advierte la diferencia entre un dato del conocimiento y su conceptualización. Porque los hechos son fenómenos que vienen a convertirse en el objeto de la predicación jurídica, en la medida que se les toma como el supuesto, si son meros hechos, o supuestos y consecuencias, si son conductas.

c) El hecho importa al derecho en la medida en que es conceptualizado en la relación jurídica. Pero sucede que el hecho entra en la normación de dos maneras, o más propiamente, con dos signos lógicos de cantidad.

Cuando se trata de la norma legal —codificada, aprehendida en la costumbre o en el uso, o meramente en la tradición—, el hecho entra genéricamente, vale decir, se le toma abstrayendo sus notas caracterizadoras, lo que da un número lógico de general en la judicación.

La otra manera, es cuando el hecho es significado en lo individual de su apariencia física. Por lo general, esta manera de referirse al hecho se encuentra en la relación de valor lógico-individual.

Dado que una reducción de las relaciones jurídicas al mínimo lógico, da tres fórmulas, que son el mandato, la promesa y el pacto, el hecho como tal, el físicamente perceptible, está en la significación de estas relaciones individualizadas.

²³¹ Horst Henke, *La cuestión de hecho*. Bs. As. 1979; Piero Calamandrei, *La casación civil*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1943.

²³² Horst-Eberhard Henke, *La cuestión de hecho. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, Trad. Tomas A. Banzhaf, Bs. As. 1979, p. 3.

Queda anotado que la extracción de las notas constitutivas o caracterizadoras de los hechos, formando su concepto definitorio para predicar sobre el mismo en una norma, da el sentido genérico de lo fáctico, de manera que esta judicación no puede ser calificada de *hecho* para los efectos técnicos de distinción frente al derecho.

Así, la compraventa o el robo son hechos que entran en las proposiciones jurídicas, tanto si son las genéricas y definitorias, como si son las individualizadoras de sendos casos.

Por compraventa se entiende:... Y por robo se entiende también algo característico. Ahora bien, referirse a los hechos como notas abstraídas de la materialidad, es dar una caracterización genérica, en tanto que hacerlo respecto de la expresión física individualizada es presentar un hecho jurídico, no concreto precisamente, sino complejo en su materialidad con notas que, obviamente, van más allá de las que sirvieron para la predicación en la norma genérica.

Decir que el convenio es un acuerdo de voluntades es, ahora sí, concretar en la abstracción no más de dos notas de la facticidad: el acuerdo y las voluntades; pero encontrar el convenio en un caso especial, es observar un complejo de datos, de entre los cuales habrá que entresacar los coincidentes con la definición normativa, dejando el resto para la integración de las circunstancias discutibles.

Si lo que se discute en el juicio es la primera parte porque, por ejemplo, no quepa hablar de acuerdo o de voluntades, el problema será meramente de derecho. En cambio, si el conflicto versa sobre la composición del acuerdo o de las voluntades en un caso particular, se tendrá un conflicto sobre hechos. Las partes, por ejemplo, no tienen que confesar sobre los conceptos de acuerdo o de voluntades, no son hechos.

d) Lo fáctico en el proceso trasciende a la sentencia, de manera que lo aparecido o traído al seno de la serie, tendrá su mayor importancia al fallar el conflicto, que puede ser sobre hechos o derecho.

Es preciso convenir en que los hechos ajenos a la voluntad humana, son tenidos en cuenta por las normas sólo para ordenar esas conductas, de manera que finalmente acontecerá que el acto no está producido por el hecho, sino ordenado por la norma en vista, sí, de un hecho. Y por último, la inactividad no es un hecho sino una conducta omisiva.

La finalidad de observar la aparición de hechos y conductas en el proceso, está en la necesidad de preverlos para su correcta reglamentación. No se trata de clasificar cada hecho conforme a su naturaleza científica, verbi gratia, físicos frente a químicos, biológicos ante los sociológicos y demás, es al llegar al ámbito de la juridicidad que el fenómeno entra en la invariación normativa.

Para el derecho lo importante es si el hecho (y la conducta) resulta previsible o imprevisible, concomitante o simultáneo, modificable o inalterable. Esta enumeración puede ser el principio de división clasificatorio.

Lo que deberá explicarse será el menor o mayor grado de imprevisibilidad, lo convencional de la separación entre concomitancia y simultaneidad, que representa la aparición del hecho fuera o dentro del procedimiento; y respecto de la

modificabilidad, la realidad es que se refiere al objeto y no al hecho mismo en cuanto acontecer. El hecho del aluvión, por ejemplo, conduce al resultado físico de una adhesión que jurídicamente se conceptúa como accesión. La modificabilidad opera sobre los resultados, porque los sucesos son irreversibles, incluida la conducta humana.

Otro capítulo que también necesita de una aclaración es el relativo a la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor. Doctrinariamente se mencionan ambos como formando parte de los hechos; pero la verdad es que en la fuerza mayor opera una voluntad, que no por ser ajena, deja de ser humana. En cambio, en el caso fortuito son las cosas, son los hechos los que producen causalmente el impedimento, la alteración o la creación de una situación no querida por el sujeto.

En el proceso suelen regularse, por economía de lenguaje, conductas de sujetos indeterminados, como si fueran hechos. La pérdida, el extravío o la destrucción de un expediente se consideran hechos; pero si se elimina el supuesto de la destrucción que puede ser ocasionada por causas ajenas a la voluntad humana, tanto la pérdida como el extravío han de tener un autor humano, si bien puede desconocerse su identidad.

e) El tema de los hechos jurídicos se ha visto complicado con la idea de los conceptos indeterminados.

Se está ante esas nociones de generalizada invocación que tienen sentido pero carecen de significación.

Fritz Schreier²³³ explica que la ausencia de significación se da en expresiones como *abracadabra* y, en general, donde no hay objeto de intuición, lo que es diferente a expresión con significación pero sin objeto, como el cuadrado redondo.

Pues bien, los conceptos indeterminados que la jurisprudencia alemana ha estudiado, tales como el de culpa burda, considerado el fallo fundamental de la Corte Federal de Justicia,²³⁴ no son sino expresiones carentes de objeto de conocimiento.

La realidad es que se trata de situaciones de relatividad en que el concepto indeterminado aludido por la ley, es apenas, un miembro de la ecuación que se forma en cada caso. Así, cuando el comprador considerado de buena fe, pasa por alto el derecho de propiedad de su demandante, con culpa burda, se ha tomado la expresión como punto de referencia para que el tribunal califique en cierto caso lo pertinente. Al ser el miembro de una ecuación fáctica, esto es, constituida caso por caso, se le confunde con un hecho, cuando no pasa de ser un valor casuísticamente establecido.

Otro tanto sucede con los términos utilidad, interés u orden públicos o sociales. Son miembros de la ecuación que se establece cuando el tribunal juzga un caso

²³³ *Conceptos y formas fundamentales del derecho*. Trad. Eduardo García Máynez. México 1975, pp. 36 y ss.

²³⁴ BGH 10, 14. Henke, op. cit., p. 1.

especial. Ese pronunciamiento ha establecido un valor. No hay, antes del fallo, un objeto de conocimiento que signifique orden, interés o utilidad públicos o sociales. Pero si hay la expresión inteligible en sí, ausente de objeto, que el legislador ha empleado como carta blanca, para que sea el juzgador el que en cierta situación constituya la ecuación de valor.

Los conceptos indeterminados no pueden ser parangonados con las normas por su falta de significación, pero tampoco son hechos, puesto que no se encuentran en la circunstancia. Son valores que resultan de la ecuación judicialmente establecida; de manera que si el legislador prohíbe que se suspendan las resoluciones administrativas cuando se refieran a centros de vicio —otra expresión abierta, sin significado preciso—, porque afectan o atañen al interés público, no está haciendo sino dar un término de la valoración, que el juez vinculará con el obtenido del caso en conflicto, para calificarlo de interés público, valor relativo alcanzado nada más en esa sentencia.

XV LA CLASIFICACION DE LOS ACTOS PROCESALES

141. Las perspectivas que se elijan para ir separando los actos del procedimiento pueden ser subjetivas: actos del juez y de las partes, de terceros auxiliares, de terceros colaboradores, de terceros intervinientes y aun de terceros ajenos.

Tal parece que ésta fuera una división relativista que merece poca seguridad teórica, porque si para clasificar al acto es menester averiguar de quién proviene, se corre el peligro de hacer depender la naturaleza del acto de la calidad del sujeto, lo que más parecería una clasificación de personas.

Otro punto de vista sería el estrictamente teleológico, de manera que se estaría ubicando al acto en los fines que, además de no ser siempre obtenibles, llevan en sí la peculiaridad que varios actos pueden servir al mismo objetivo, con independencia que las metas que se alcancen no sean las primariamente perseguidas.

También se piensa en distribuir a los actos entre las fases del proceso y del procedimiento, las primeras menos extensas que las segundas, puesto que se limitan a la postulatoria, la probatoria y la conclusiva, en tanto que el procedimiento, desde luego tiene una o varias fases previas ya sea para preparar el proceso, para asegurar bienes y personas, para provocar inclusive la formación del proceso a través de la llamada *acción* de jactancia; y después de terminados los alegatos, hay fases resolutivas en que se dictan las sentencias, y, aparte de la segunda y posteriores instancias en que cabe un segundo o tercer proceso según sea el sistema jurídico aplicable, vienen las fases ejecutivas.

Todo ello es motivo de confusiones, puesto que con frecuencia la clasificación enumera indiscriminadamente actos procesales al lado de los procedimentales. Por ejemplo, es claro que la acción, el accionar y el reaccionar son actividades procesales, en tanto que las meras peticiones, las denuncias, las querellas, las quejas y los reacertamientos son propias del procedimiento, aunque se produzcan a propósito del proceso.

Una denuncia de extravío de un expediente, una petición de nulidad de las notificaciones, una querella contra la parte opuesta por indebida conducta procesal, una queja contra un funcionario por indolencia o mala fe y un reacertamiento que busca la revocación de decisiones incidentales, son todas actividades posibles dentro de un proceso, que tienden a confundirse con la acción por antonomasia, sobre todo porque los juzgadores son proclives a dar vista a la contraria o a correrle traslado de las instancias meramente procedimentales que, en buena lógica podrían ser resueltas de plano.

Se advierte que la clasificación es algo más que un ejercicio teórico.

Las Constituciones políticas modernas consagran la bilateralidad de la instan-

cia y de la audiencia de las partes, de manera que si no se separan actos procesales de actos procedimentales, se estará complicando el curso de los trámites sin justificación alguna.

El juzgador debe ser un técnico en derecho, conocedor de su ley, la procesal, y en ese plano, ha de distinguir lo procesal de lo meramente procedimental y, sin que ello conduzca a la negativa de audiencia de la contraria, una es la posibilidad de opinar y otra la de accionar.

Desde luego, sería inadecuado apartar los actos procesales de los procedimentales en virtud de su presencia dentro o fuera del proceso. Sería tanto como prejuzgar por causas circunstanciales. Lo procesal, sin embargo, pertenece a esa línea de corriente continua que lleva de la postulación (presentación del conflicto) a la confirmación (de las pretensiones, inclusive utilizando la prueba) y a las conclusiones (por medio de alegatos).

Hay, pues, un primer dato, un principio de división. Todo aquello que se enlace, que esté unido a esa línea de corriente continua que es el proceso, será actividad procesal, que necesariamente irá expresada en la actividad procedimental perceptible.

No importará, por ende, que dentro del proceso se formen incidencias que ameriten tratamiento bilateral. Así, las excepciones procesales que el reo hace valer *in limine litis*, suelen requerir trámites bilaterales, porque la falta de personalidad o de capacidad, la incompetencia o los impedimentos del juez, la litispendencia o el caso juzgado y aun las condiciones de procedibilidad, el compromiso en árbitros o el interés, son problemas que han de tratarse frente y con las dos partes.

a) Hay una primera distribución de la actividad: la procesal y la procedimental, y si se quiere clasificar a la primera, se tendrán las tres categorías ya conocidas: la acción, la jurisdicción y la reacción.

Su liga, conviene insistir hasta la saciedad, está en la línea de lo procesal. De otra manera dicho, no es a base de sumar acciones y reacciones con jurisdicciones, que se forma un proceso.

Por el contrario, es sobre la base del proceso que esa trilogía camina ininterrumpidamente, a menos que el procedimiento con sus interminables incidencias la complique, suspenda o deforme. Los ciclos van avanzando a través de lo que José Chiovenda²³⁵ denomina la preclusión: "La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda *precluso*".

b) El acto, como la emisión de voluntad que queda exteriorizada, suele tener dos o más intenciones: unas procesales y otras procedimentales, y cuando son estrictamente procedimentales, unas van hacia objetivos inmediatos, otras hacia fines de mediano alcance y las demás hacia metas de largo alcance.

De la misma manera que en lo tocante al antecedente productor del acto se han

distinguido, por lo menos, tres factores, así en la apreciación teleológica cabe analizar varios elementos.

"Concluiremos pues que, *lato sensu*, deben distinguirse tres categorías de móviles: 1o. El móvil que desempeña el papel de causa directa e inmediata de una obligación, y que forma parte integrante del acto de que es contemporáneo, nada evoca del pasado, y de ningún modo prevé el futuro; se le califica ordinariamente de causa: por nuestra parte preferiríamos llamarlo móvil intrínseco y orgánico y también móvil intencional, puesto que es uno de los elementos constitutivos del acto, el cual no podría existir sin él; en realidad, es más bien una parte integrante de la intención, que un verdadero móvil". "2o. El móvil que se refiere al pasado, que representa los antecedentes del acto, que ha desempeñado un papel determinante, y en que se ve, según el lenguaje habitual, el simple motivo; y que preferiríamos llamar causa o determinante. 3o. En fin, el móvil que penetra en el porvenir, que revela el fin de la operación y que la condiciona; es el móvil por excelencia, el móvil-fin o móvil teleológico, *causa finalis* de los glosadores".²³⁶

Sea cualquiera el criterio que merezca la tesis anterior, no hay duda que se apoya en el hecho de la conjunción o reunión de dos o más factores mentales en un acto exteriorizado.

Así como el individuo es impulsado, es movido por diversos impulsos, unos descubiertos y otros encubiertos; de la misma manera en un solo acto tiene pretensiones procesales y procedimentales: al accionar quiere o busca constituir un proceso y por la estructura material de su acto persigue satisfacer los requerimientos de la conectabilidad. Quiere mover a la jurisdicción y provocar la reacción desde el ángulo procesal y quiere entrar en un acomodamiento físico en lo procedimental.

Es por ello que la clasificación de los actos tiene que reconstruirse, puesto que no cabe ya hablar de las calidades procedimentales como si fueran datos o notas procesales. Ciertamente, en ambos campos hay condiciones, pero las propias del procedimiento se perciben en la circunstancia, mientras que las atinentes al proceso han de intelegirse, han de examinarse críticamente, son condiciones estrictamente lógico-jurídicas.

c) Antes de continuar por la vía de las clasificaciones, es preciso insistir en el fenómeno de la bivalencia del acto jurídico dinámico específico del ámbito procesal.

Es cierto que el mismo acto: demanda o acusación, es, al mismo tiempo procesal y procedimental. Surge, entonces, el problema de advertir, reconocer cada unidad: la procesal y la procedimental en uno y el mismo acto.

Tal cuestión es, sin embargo de solución accesible a la reflexión objetiva. El acto, como lo viera Jossierand, entre muchos autores, tiene, no uno sino varios sentidos mentales; para este autor, está el móvil que suele llamarse causa (psico-

²³⁵. Principios de Derecho Procesal Civil, Trad. José Casáis Bantaló, Madrid s/f T. II, p. 395.

²³⁶. L. Jossierand, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, Trad. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr., Puebla 1916, p. 30.

lógica), el motivo determinante, y el fin o sentido teleológico de la conducta. No hay, en realidad, imposibilidad física ni mental, para acumular estos sentidos en un acto, y tampoco la hay para expresar los atributos al proceso y al procedimiento.

El sentido procesal está en la *proyectividad*. El accionante busca, persigue la trilateralidad, no arroja, por así decirlo, su conducta ante los demás y espera de ellos cualquiera respuesta, sino que intenta, y debe lograrlo si se cumplen las condiciones legales, vincular a su conducta la de otros dos sujetos: un juez y la parte contraria.

Pero la misma conducta, el propio acto tienen un sentido procedimental sin el cual no se plasmaría en la materialidad de una secuencia: y ese sentido es la conectividad. El acto se aproxima al acto, el sujeto se acerca y conecta con otro sujeto y ello con un sentido legalmente previsto: llevar la conexión a una secuencia que ahora no tiene el preciso esquema de la trilateralidad, sino que se limita a la bilateralidad: el que insta se conecta con el beneficiario de su instancia y nada más.

Por ello, cuando el procedimiento se emplea para otros esquemas como los administrativos o los legislativos, la conexión está lejos o fuera de una proyectividad. El sujeto de la instancia en una petición busca, desde luego, como señala Josserand, un fin, pero ello no convierte a su promoción en acción procesal, no le da trilateralidad, no le hace instancia proyectiva, sino meramente acto conectivo.

Señaladas esas propiedades del acto, o por mejor decirlo, del actuar, resulta que la clasificación que se intente ha de ubicarse en el campo respectivo: de la simple conectividad si se trata del acto procedimentalmente considerado, de la compleja proyectividad si se quiere clasificar al accionar.

XVI LAS FASES PROCESALES

142. La clasificación de la acción procesal, o para decirlo más adecuadamente, del accionar, ya que en este vocablo se deja entendida la proyectividad característica de este tipo de instancia, tal diferenciación puede obedecer a dos perspectivas, la primera corresponde a la apreciación unitaria, la segunda a la ubicación funcional.

Desde el punto de vista unitario, que significa la captación de la elementalidad en cada supuesto, en cada hipótesis de la clasificación, se ha de hablar de: acción, jurisdicción y reacción.

La instancia proyectiva va pasando por esas estancias subjetivas y, por ende, si la acción se inicia en una persona para llegar a otra a través de una tercera, entonces es menester identificar la calidad que corresponde a cada una.

Y ya que, ante todo, el accionar llega al juez, titular de la jurisdicción, como también lo es el árbitro privado, será este segundo actuar, el que lleve a la unidad llamada jurisdicción. Y dado que ese accionar no termina en la esfera del tercero imparcial, sino que avanza, teórica y legalmente, hasta la parte contraria, para que ésta tenga ocasión de expresar sus puntos de vista, la conducta de la misma será otro tipo, otra unidad procesal: la reacción.

Y no hay más, procesalmente hablando, pero lo habrá si ahora se pasa al procedimiento, porque aquí, las unidades son apenas dos: la instancia que provoca y el acto autoritario.

Cualquiera de las instancias conocidas: la petición, la denuncia, la querrela, la queja o el reaccertamiento, originan también otros tantos procedimientos. Y los hay oficiales o autoritarios, como en el campo parlamentario, en que hay simplemente intervenciones y dirección procedimental.

Tales instancias simples, para contrastarlas con el accionar procesal, se dan también en esta institución, de manera que habrá necesidad de distinguirlas del accionar, aunque se produzcan dentro del mismo proceso.

Una petición de fecha para la audiencia que no vaya en un accionar, será instancia procedimental de obtención, como quiere la doctrina, especialmente Goldschmidt.²³⁷ Los actos que no son de la clase anterior, dice el autor,²³⁸ se califican de obtención y, sintomáticamente, añade: "Se encuentran más o menos en la periferia del proceso", lo cual se debe a que junto a declaraciones unilaterales de voluntad, menciona a los convenios y después a las participaciones de

²³⁷ *Teoría general del proceso*, op. cit., p. 101.

²³⁸ Op. cit., p. 148.

voluntad, que deberían serlo de conocimiento también, pues al lado del allanamiento del demandado, que es una reacción procesal, señala a la confesión que es participación de lo que se sabe por hecho o constancia propios, y que es otro accionar procesal.

En tin, el autor habla de actos reales como la presentación de documentos, con lo que en realidad, viene a caer en lo estrictamente procedimental aunque con el calificativo de realidad.²³⁹

Otro autor, Francisco Carnelutti,²⁴⁰ comienza por establecer el criterio que cabría calificar de lógico-jurídico, y de ahí que se le haya considerado superior a Goldschmidt, y que consiste en distinguir, supuestamente, entre actos del campo técnico y actos del campo del derecho.

"Los actos procesales se distinguen, ante todo, según la función técnica que a cada uno de ellos está encomendada, es decir, según el modo como cada uno de ellos concurre a alcanzar la justa composición del litigio... Y según el diferente modo o tipo de dicha trascendencia, no se distingue ya el valor técnico, sino el valor jurídico de los actos procesales; por ello, tras su clasificación técnica nos ocuparemos de su clasificación jurídica".²⁴¹

Si la atención se reduce a las anteriores expresiones, éstas resultan ininteligibles o inexpressivas, pero es en lo que sigue, en la enumeración de los grupos, que se va apreciando el dicho criterio dual.

De la clasificación técnica se infieren los siguientes tipos: actos de gobierno —disposiciones, órdenes, instancias—, actos de adquisición procesal —afirmaciones, exhibiciones y aprehensiones—, actos de elaboración procesal —inspección, administración, notificación y documentación—, actos de composición procesal —conminación, y transformación—.

Clasificación jurídica: a) por su efecto: eficacia de los actos jurídicos, hechos procesales constitutivos, hechos procesales extintivos, circunstancias procesales impeditivas y circunstancias procesales modificativas. Según la finalidad: finalidad práctica y efecto jurídico de los actos procesales, actos jurídicos transitivos, actos jurídicos intransitivos, actos jurídicos mixtos; actos procesales facultativos, negocios procesales, proveimientos procesales, cumplimientos procesales, actos procesales necesarios, actos procesales debidos, actos procesales ilícitos. Por su estructura: cualitativa, cuantitativa, operaciones procesales, inspecciones procesales, declaraciones procesales, actos procesales simples y compuestos, actos procesales continuados, actos procesales colegiados, convenciones procesales, acuerdos procesales, y contratos procesales.

A poco que se reflexione sobre estas clasificaciones, en especial las de Carnelutti, que son las que más han impresionado a la doctrina; se llega a la conclusión que se está ante una mixtura, una desconexión de perspectivas y una caprichosa disección.

Es indudable que las conductas pueden verse en su forma o expresividad, y también en su finalidad, o en su razón de ser; pero cuando se intenta encontrar el *principio divisionis* de algo homogéneo o genérico, lo que se persigue es la diferencia específica.

Si se observa un objeto en la circunstancia, cabe clasificarlo por su apariencia: sólido, líquido o gaseoso; pero si hablando de su cualidad sólida, se sigue la enumeración de objetos y al siguiente se le distingue por su color, al otro por su precio y al de más allá por su pertenencia al particular o al funcionario público, en definitiva, sin que haya habido errores en las propiedades, faltará la lógica distribución por clases (clasificación).

Acontece que o la índole técnica es jurídica, tanto como la así llamada en particular, o se está hablando de actos regulados por el derecho y otros que le son ajenos. Un acto de gobierno, por ejemplo es de eficacia procesal y estas calidades no hablan de dos naturalezas distintas sino de dos ámbitos diversos. El proveimiento que ordena citar a las partes para algún acontecimiento, es, tanto un mandato, una orden o acto de gobierno, como una conducta que tiene eficacia. Pero también son eficaces las afirmaciones que se califican de adquisiciones procesales. Y tan se está, no clasificando sino contemplando lo mismo desde puntos de vista distintos, que, por ejemplo, las inspecciones, son actos de elaboración procesal por razones técnicas, y actos jurídicos por su estructura procesal. Pero entonces clasificar significaría ver lo mismo desde ángulos diversos de manera que lo clasificado vendrían a ser las perspectivas y no los objetos de conocimiento: un edificio, una construcción tomada desde el oriente sería diferente si se le tomara desde arriba; pero ello no le distinguiría de otro objeto sino de otra perspectiva.

Precisa repetirlo: la clasificación ha de tomar las unidades del género y mostrar su diferencia específica. ¿Cuál será esa diferencia? Dependerá del *principio divisionis*. Si se parte del volumen, será distinto a considerar el peso pero ello no será un sentido clasificatorio. No puede abandonarse la perspectiva: el volumen para hablar de mayor o menor cantidad del mismo y, no del color o valor del objeto.

²³⁹ Op. cit., p. 151.

²⁴⁰ *Sistema de derecho procesal civil*, T. III, pp. 3 y ss.

²⁴¹ Op. cit., p. 4.

XVII

ACTIVIDADES PROCEDIMENTALES

143. Una serie proyectiva de instancias significa la cotidiana realidad de los tribunales y, en su caso, de las sedes arbitrales; es el continuado actuar de la trilogía subjetiva (salvo el caso de contumacia). Esa actividad se consigna normalmente por escrito, en un acta, término que en el derecho romano, dice Manzini,²⁴² se refería a lo que realizaba el magistrado en el ejercicio de sus funciones, por escrito o sin escritura. En el Bajo Imperio, acta parece designar lo que en derecho italiano y en el francés se denomina proceso verbal. Puede decirse que por acta, frente a acto, se entiende la constancia del último, su objetivación escrita.

Si la actividad procesal pudiera compendiarse, se formaría un conjunto de actas, operación fascicular que es como le llama Carnelutti,²⁴³ por la cual se evita la dispersión de los documentos y se logra formar volúmenes al tenor de las normas aplicables. Por otra parte, agrega Carnelutti,²⁴⁴ no sería posible encontrar los fascículos singulares si no existieran registros donde se hacen las respectivas anotaciones.

Como advierte Manzini,²⁴⁵ el proceso se desarrolla mediante una serie coordinada de actos. Lo que importa liminarmente es determinar, como él lo hace, si estos actos, orales o escritos, se realizan sólo por los sujetos de la relación procesal es decir, proyectivamente, o por el resto de personas que de cualquiera manera intervienen en la serie.

Ello lleva de la mano a la diferencia entre proceso y procedimiento, porque unos pueden ser sujetos del proceso y del procedimiento, mientras los restantes son sólo sujetos del procedimiento, al limitarse a peticionar, como al pedir se les excuse por inasistencia justificada, denunciar, como al declarar lo que saben, querellarse, como al manifestar haber sido indebidamente coaccionados por alguna parte, quejarse, como al declarar ser su voluntad se sancione a quien indebidamente les ha multado, o intentar un reacertamiento, como al pretender se condone el castigo que se les impuso.

Cabe, ya se ha señalado, que un sujeto, no llamado originalmente por la ley para ejercer cierta actividad, la lleve a cabo, como cuando de hecho el secretario preside las audiencias, porque esta transgresión de la práctica forense, no es suficiente para derogar el precepto.

²⁴² *Derecho procesal penal*, T. III, p. 3, nota 1.

²⁴³ *Lecciones sobre el proceso penal*, T. III, pp. 127 y ss.

²⁴⁴ *Op. cit.*, T. III, p. 128.

²⁴⁵ *Op. cit.*, T. III, p. 3.

a) La actividad en cualquier procedimiento y no sólo en el judicial, está influida por las circunstancias físicas, tanto como por las intelectuales.

La historia del proceso y, la comparación de instituciones nacionales, ofrecen la doble faceta de la coincidencia en lo esencial y la discrepancia en lo circunstancial. Por más que en todos los tiempos y lugares se haya dado una especial atención, o una gran preocupación por la administración de justicia, las diferencias sociológicas, las variedades materiales, las heterogeneidades de apariencias personales, muchas veces provenientes de los cargos oficiales, como los sacerdotales frente a los militares, o los parlamentarios contrastados con los arbitrales, etc.; todo ello contribuye a individualizar los juicios, y a acontecer que lo factible en unos juzgados es inadecuado para otros tribunales.

Las circunstancias trascienden hacia la regulación procesal, de manera que la relatoría o informe del secretario, es más propia de un tribunal colegiado que de un juzgado monocrático, y también por su composición es comprensible que ciertos procedimientos paraprocesales se asignen al juzgado y no al tribunal, como sucede con los embargos, las aprehensiones, y las ejecuciones en general.

Un proceso en la plaza pública a la manera de los encomendados a los pretores en los primeros tiempos, tiene que contrastar con un juicio en los locales cerrados de la actualidad. Y un procedimiento escrito es propio de circunstancias distintas a las que se dan en el juicio por jurados.

En las comunidades rurales, los juzgamientos se realizan a la manera del viejo Tribunal de Aguas de Valencia,²⁴⁶ donde el gremio, agrícola o mercantil como en las Lonjas, toma por su cuenta la función, de manera que la actividad de personas legas se desenvuelve en escenarios necesariamente distintos a los locales oficiales.

La circunstancia, cuantificadamente, está en lo que rodea a la actividad, no en aquello que confluye a su realización como el tiempo, la forma ni el espacio en su acepción genérica. La circunstancia, por lo demás, atañe al procedimiento más que al proceso.

b) Pocos autores han tratado de la circunstancialidad, y cuando lo han hecho, como Carnelutti,²⁴⁷ hablan de las circunstancias impeditivas y modificativas, si bien, este autor lo hace con referencia a los actos que intenta clasificar.

Por lo general, los autores atienden el rubro en lo penal, Henri Capitant²⁴⁸ explica que la palabra deriva del latín, propiamente del verbo estar alrededor de, empléandose en expresiones como circunstancias agravantes o hechos previstos expresamente por la ley y en atención a los que el juez está obligado a pronunciar una pena más severa, y circunstancias atenuantes, que en sentido lato son hechos

²⁴⁶ Victor Fairén Guillén, *El Consulado de la Lonja de Valencia y las Ordenanzas de 1952*, en *El juicio ordinario y los planeamientos rápidos*, Barcelona 1952, donde se menciona otro tipo de tribunal, de la misma ciudad, en que la ordenanza citada le atribuye un doble carácter de órgano arbitral de amigable composición y de organismo corporativo autónomo afecto a la Secretaría General Técnica de Comercio, p. 255.

²⁴⁷ *Sistema*, T. III, pp. 74 y ss.

²⁴⁸ *Vocabulario jurídico*, Trad. Aquiles Horacio Guaglianone, Bs. As. 1961, p. 111.

que autorizan y aun obligan al juez a pronunciar una pena inferior; y en sentido estricto se refieren a las atenuantes judiciales, que por oposición a las excusas legalmente atenuantes, son hechos que se dejan a la apreciación del jurado o del juez para disminuir facultativa y aún obligatoriamente las penas.

Cuantificativamente, esto es, contemplando la realidad procesal, puede apreciarse la importancia de las circunstancias en los servicios que presta la *American Arbitration Association* con sede en Nueva York, la que ofrece un juicio arbitral privado e informal, diseñado para concluir rápidamente, práctico y de bajo costo, sin faltar su ordenación procedimental. La A.A.A. es una agencia administradora y no el árbitro mismo, cuya nómina se encarga de formar. La agencia toma a su cargo el arreglo de los locales para las reuniones, así como del material que se presentará, y del personal secretarial.²⁴⁹

La A.A.A. cuida de la moralidad de los árbitros, de su capacidad técnica y clasifica a quienes integran sus nóminas por especialidades. Conserva sus listas al día y les asigna ayudantes. Todo esto se prevé para satisfacer los deseos de las partes en sus mínimos detalles materiales.²⁵⁰

Son estas las *circunstancias* que aquí se mencionan, y que tienen trascendencia en la actividad procedimental, y muy especialmente en la procesal, al grado que algunas veces, se han llamado arquitectos para que auxilien técnicamente en el diseño de los tribunales, previendo la ubicación de las oficinas, de los salones de audiencias, de las salas públicas para tomar las declaraciones de los procesados, etc.

Se comprende que no hayan estado muy desencaminados quienes, como Carnelutti,²⁵¹ han hecho parangones entre las circunstancias procesales y otros actos como los escénicos, asemejando la Corte de Assises con el teatro, con un estadio o un cinematógrafo. Se ha encontrado que el espectador vive la vida de los demás y olvida la suya propia. Basta penetrar, dice,²⁵² en un tribunal para advertir la distinción que se da entre uno que está arriba y otro que está abajo, entre un súbdito y un soberano.

Las circunstancias personales, unidas al lugar, pueden llegar a la solemnidad, de manera que se conoce la preeminencia de la Sagrada Rota Romana,²⁵³ que por efecto de su ordinaria composición de diez preladados, que deben ser sacerdotes según la reforma de Pío X, de 29 de junio de 1908, es un tribunal colegiado que por su honestidad de vida y pericia en el derecho, se compone de doctores *in utroque*, presidido por un decano y todos los miembros elegidos libremente por el Pontífice, pero pueden disponer de asesores, encontrándose adscritos al tribunal, el defensor del vínculo y el promotor de justicia, a quienes nombra el mismo

Pontífice a propuesta del colegio rotal de auditores, más los cancilleres notarios, de los que dos al menos deben ser sacerdotes, elegidos y confirmados por el Papa, y los cursores. Las partes que se presentan ante este tribunal, reciben una impresión distinta de la que tendrían en una oficina de la A.A.A. acudiendo a un arbitraje comercial, porque las circunstancias varían.

Y cambian también las circunstancias si se estudia el comportamiento de los Tribunales militares, creados por el Convenio de 8 de agosto de 1945, para juzgar a los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad, los cuales juzgaron en la zona americana a 177 individuos, en la zona inglesa a 987 acusados, en la francesa a 2027, ignorándose los datos relativos a la zona soviética.²⁵⁴ Tampoco puede dudarse de las diferencias que separaron a estos tribunales, y a sus procedimientos, de los militares comunes, desde luego por su mismo nombre circunstancial de consejos extraordinarios de guerra, y luego por otras personales, escénicas e instrumentales, sin olvidar la idiosincrasia de los jueces.

Toda la obra de Federico Sodi²⁵⁵ o la de Quintin Reynolds,²⁵⁶ no son sino relatos de juicios, en los que sobresalen las circunstancias escénicas, personales e instrumentales.

²⁴⁹ Gerald Aksén, *Arbitration of disputes arising from health, welfare and pension fund plans*, S. Francisco 1965, p. 213.

²⁵⁰ *A manual for commercial arbitrators*, A.A.A., N.Y., s/f pp. 4 y 7.

²⁵¹ *Cómo se hace un proceso*, Trad. S. Sentis Melendo y Mariano Ayerra Redlin. Bs. As. 1959, p. 16.

²⁵² Op. cit. p. 47.

²⁵³ Fernando de la Roca, *Instituciones de derecho procesal canónico*, Trad. Pacífico de Itagui, Bs. As. 1950, p. 134.

²⁵⁴ José Agustín Martínez, *Los procesos penales de la post guerra*, Madrid 1955, pp. 13 a 15.

²⁵⁵ *El jurado resuelve...*, México, 1961.

²⁵⁶ *Sala de jurados*, Trad. Carlos Gayán México 1951.

XVIII

EL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO

144. Ni el fenómeno, ni la noción del tiempo son capítulos del derecho, menos aún del derecho procesal.

Pero ello no lleva a suponer que son ajenos a su concepción, a su manifestación o a su regulación. Por tratarse de un objeto del conocimiento universal, el tiempo ha sido tomado en cuenta por filósofos y científicos, por literatos, especialmente los novelistas, y cronistas, por historiadores e historiógrafos. El tiempo es objeto de ocupación y de preocupación del hombre común, que lo utiliza en sus diarias actividades y, naturalmente, también es objeto del derecho.

A diferencia del espacio, el tiempo no está ahí, afuera y alrededor del sujeto; sencillamente no está sino que es colocado. Es el hombre quien pone tiempo al espacio, cuando dentro de él se mide el movimiento de las cosas; y luego, el acto de medir se lleva a cualquier otro objeto de conocimiento, ideal y aun imaginario. El tiempo se empleó en las matemáticas y en la metafísica:

"El tiempo es lo numerado que se muestra en el seguir, presentando y numerando, la manecilla peregrinante, de tal manera que el presentar se temporiza (sic) en su unidad extática con el retener y el estar a la expectativa patente dentro del horizonte del anteriormente y del posteriormente. Pero esto no es otra cosa que la interpretación ontológico-existencial de la definición queda del tiempo Aristóteles... Esto, a saber, es el tiempo, lo numerado en el movimiento que hace frente dentro del horizonte del anteriormente y el posteriormente".²⁵⁷

Pero fuera de esos escarceos imaginativos o simplemente discursivos, y hasta los calificados de sutiles por crípticos, el tiempo ha sido considerado jurídica, histórica y sociológicamente, como un instrumento para construir, para impulsar y para cambiar usos, costumbres y culturas: "El uso, luego el abandono de un objeto, revelan en parte al orden social del que es contemporáneo y en el que, a la vez, participa... Será necesario saber cómo y por qué se han modificado las maneras de transportarse, lavarse, vestirse, alumbrarse, distraerse, amueblarse; y la forma en que se ha medido el tiempo... El calendario, el reloj. Huellas esenciales de la trayectoria que ha seguido cada civilización y del curso de la vida correspondiente a cada hombre".²⁵⁸

a) El tiempo ha sido considerado como "la condición formal *a priori* de todos los fenómenos en general", ya que al no ser un concepto empírico, explica la

simultaneidad o la sucesión en virtud de una representación mental y *necesaria que sirve de base a todas las intuiciones*".²⁵⁹

Esta noción, que ha sido llamada una categoría de la sensibilidad, por lo mismo que cualquiera "especie viva percibe la duración y la velocidad, resiente lo reversible y lo irreversible, distingue el presente y el pasado,²⁶⁰ ha sido *arreglada* arbitraria y convencionalmente a través de la historia; y esta convencionalidad es naturalmente una aplicación del derecho.

"Cuando aparecen los grandes imperios teocráticos, los ritmos del Tiempo de los Dioses norman aun la vida social. Pero de manera más y más codificada, más y más repetida y rigurosa, el tiempo se estructura en derredor de los calendarios, y las sociedades alrededor de los sacrificios. Esto es verdad en todas partes: en Sumeria, el orden cósmico es trastornado continuamente por una gran serpiente que amenaza con reducir al mundo en el caos por la degradación irreversible."²⁶¹

Lo importante para el derecho, y luego para el derecho procesal, es verificar que el tiempo, pese a los filósofos y metafísicos, ha sido manejado, propiamente manipulado por el hombre, debido tal vez, a que los "príncipes, burgueses, y regidores controlan su propio empleo del tiempo"²⁶² donde ejemplifica señalando que: "El 8 de septiembre de 1563, Catalina de Médicis incita a Carlos IX para que siga un horario regular... La manía de rigor se impone a todos. Así, en 1579, el médico de Enrique III le propone un programa diario establecido hora por hora."²⁶³

No sólo para programaciones que hoy en día son componentes mecánicos o mecanizados de la conducta diaria, sino para aquellos en que el tiempo es el marco del desarrollo laboral—manual, artístico o intelectual como la impartición de cátedras—, el tiempo, concretado en la vulgarización del uso de relojes de apartamento desde el siglo XVI, se vuelve síntoma de una organización nueva, de la exactitud burguesa. "El reloj entra en la escena isabelina y hace, del último monólogo de Fausto, un diálogo con el tiempo: Los astros se desplazan, el tiempo transcurre, va a sonar el reloj..."²⁶⁴

Pero el tiempo, su medición, su distribución y su aplicación, cuya importancia política pasan desapercibidas; el tiempo cuyo manejo es símbolo y muestra de poder, y que aplicado al proceso puede apoyar la dictadura y la tiranía, no siempre ha sido del conocimiento público: "En China, el vínculo entre el tiempo, el poder y el calendario es más explícito que en la mayoría de los otros imperios. La capital del imperio debe poseer una Ming t'ang, una Casa del Calendario, que es prerrogativa real y signo de la solidez del poder. Constituye una imagen reducida del universo. Edificada sobre una base cuadrada, como la Tierra, está recubierta por un techo de paja, redondo a la manera del Cielo. Cada

²⁵⁹ Emmanuel Kant, *Crítica de la razón pura*, Bs. As. 1938. Trad. José del Petojo, pp. 179 y ss.

²⁶⁰ Attali, op. cit., p. 14.

²⁶¹ Op. cit., 23-4.

²⁶² Op. cit., p. 111.

²⁶³ Op. cit., 112.

²⁶⁴ Op. cit., p. 114.

²⁵⁷ Cf. *Física*, No. 11, 219 b 1 s; op. cit., por Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, Trad. José Gaos, Méx. 1951, p. 484.

²⁵⁸ Jacques Attali, *Historias del tiempo*, Trad. José Barralés Valladares, México. 1985, p. 9.

año reside en ella el soberano durante el tiempo necesario para fijar los términos del calendario.²⁶⁵

Y no siempre han sido los relojes los instrumentos de medición. “Para la inmensa mayoría de los bombres de Europa, el ritmo de la vida en el campo sigue siendo el de lo sagrado. A pesar de los relojes de las ciudades y de los conventos, las duraciones continúan midiéndose en *credo*. Se dice que un temblor de tierra ha durado *dos credos* la cocción de un buevo corresponde a un *Ave María* dicha en voz alta. El *Oxford English Dictionary* evoca, en el siglo XV, las duraciones con el nombre *pater noster wyle, misere wyle* (1450), y, en el *New English Dictionary*, se habla hasta de *pissing wyle*, lo que parece ser una unidad algo arbitraria. En los *Cuentos de Canterbury*, que datan del siglo XVI, el gallo aparece todavía en su empleo de despertador natural”.²⁶⁶

En cuanto comienza a tomarse conciencia que el tiempo, la medición de los movimientos naturales, personales y sociales, no está fuera de los seres humanos, por lo que puede ser materia de control público, oficial, estamentario o privado, inclusive que puede ser causa de luchas colectivas, entonces se le vincula con cuestiones económicas y, sobre todo jurídicas:

“Más allá de ese fantasma de príncipe, la instalación del reloj en la ciudad cambia la naturaleza del tiempo. Se pasa del *tiempo verdadero*, Tiempo de los Dioses, al tiempo mecánico, Tiempo de los Cuerpos. Los relojes mecánicos imponen, efectivamente, la sustitución de las horas variables de Roma y de las horas canónicas de la Iglesia, por las horas iguales que dividen mecánicamente a los días en veinticuatro partes de longitud idéntica: las *horas equinocciales*. Carlos V impone así el tiempo laico a las campanas de las iglesias. Solamente el inicio de la cuenta sigue haciéndose, durante mucho tiempo de manera variable según los países: en Italia la jornada comienza con la puesta del Sol; en otras partes, cuando despunta el día o con el paso del Sol por el meridiano local, hasta allí llega la pena que padece el tiempo preindustrial para desprenderse del tiempo natural. Montaigne en su *Viaje a Italia*, después de otros viajeros de los siglos XV y XVI, observa la confusión que resulta del origen cambial del tiempo entre una ciudad y otra.”²⁶⁷

Las jornadas de trabajo, supuestamente ganadas por el proletariado a la burguesía, fueron antes arrancadas por los gobernadores a los gobernantes, “el preboste de París en 1320 ordenó que en adelante, toda clase de gente que en dichos oficios —tejedores, bataneros, albañiles, carpinteros, etc.— gane y trabaje por jornada, vaya a sus tareas para trabajar en su oficio de las horas de Sol Levante a las horas de Sol Poniente.”²⁶⁸

Pero los obreros llegaron a movilizarse para hacer callar las campanas de trabajo, “con el fin de obtener que se alargue la duración de esa actividad. En Padua, la torre que abriga el reloj de Dondi es atacada en 1390. Los obreros

obtienen a veces la prolongación que quieren: en Gante, el 6 de diciembre de 1349, los regidores permiten a los tejedores que empiecen y dejen de trabajar a las horas que quieran. En 1367, en Teruán, el decano y el capítulo de la abadía prometen a los *obreros bataneros y otras gentes mecánicas* que hagan que dejen de *tocar para siempre la campana de los obreros*.”²⁶⁹

El mismo trabajo nocturno que por lo general estaba prohibido, llega a autorizarse por la presión de los obreros. “Así el 3 de noviembre de 1440, el preboste de París autoriza a los alfareros el trabajo de noche en invierno.”²⁷⁰ Luego aparecen las fiestas propiamente laicas. El lunes es de ocio en casi toda Europa. En ciertas ramas aceptan los pequeños patrones mismos esta institución y ocupan el lunes para recibir o distribuir los trabajos. En Sheffield, Inglaterra, esto es un hábito y una costumbre bien establecidos.”²⁷¹

El tiempo de las ciudades es el de los comerciantes, tiempo de los equilibrios controlados sin cesar. No obstante, aparece ya, subterráneamente, el ritmo del orden que sigue. Así como el Tiempo de los Cuerpos nace en el Tiempo de los Dioses, en el Tiempo de los Cuerpos surge el de las Máquinas. Por un extraño invento, ligado aún a la relojería: el *muelle*, y con su aplicación: el *cronómetro*.²⁷²

“El tiempo es dinero. He ahí cómo invierte el valor de los conceptos y de las palabras la ambición de la industria. El tiempo deja de estar estructurado alrededor del temor de los pobres y del deseo de cambio. Poco a poco, la vida va más rápidamente, el tiempo se identifica con el dinero. La industria se libera del control de la iglesia y de la supervisión de las policías urbanas.”²⁷³ “Por una parte, el reloj, cuando se convierte en péndola, constituye el primer sistema artificial capaz de producir alguna cosa en serie: el tiempo. Por otra parte la precisión de la medida del tiempo es, ella misma, mejorada por la producción en máquina, y por lo mismo en serie, de ciertas piezas. Esto hace bajar el costo de las péndolas y permite a las clases medias consumir objetos industriales.”²⁷⁴ “Todos y cada uno deben vivir en horas idénticas o, en todo caso, coherentes entre sí; todos y cada uno deben estar rodeados de un tiempo definido tomado al segundo, para interiorizarse de la nueva disciplina. Cuando se impone el Tiempo de las Máquinas, cuando el trabajo se paga por hora, no puede uno conformarse con relojes regulados aproximadamente, en cada ciudad, por el movimiento del Sol o por el de la arena; se requiere que sea dada la hora por un patrón común que permita regular las péndolas del trabajo y del cambio casi al minuto. Es necesario que primero se dé a todos el tiempo y luego que cada quien lo adquiera.”²⁷⁵ “Esos diferentes sistemas para difundir el tiempo quedan reunidos en uno solo, en

²⁶⁵. Op. cit., p. 40.

²⁶⁶. Idem., p. 108.

²⁶⁷. Op. cit., p. 118.

²⁶⁸. Op. cit., p. 122.

²⁶⁹. Pp. 122-123.

²⁷⁰. Op. cit., p. 124.

²⁷¹. Op. cit., p. 125.

²⁷². Op. cit., p. 135.

²⁷³. Op. cit., p. 154.

²⁷⁴. Op. cit., 274.

²⁷⁵. Op. cit., p. 201.

1910, y se crea una Oficina de las Longitudes en el Observatorio de París, en la Torre Eiffel, para recibir y coordinar las señales horarias que emiten diferentes países. Gracias a él, desde 1911 se sabe que las señales horarias emitidas por los mejores observatorios del mundo difieren todavía en varios segundos de un país a otro. Para poner término a esta situación Francia invita en 1912 a una conferencia internacional y se crea en París una Oficina Internacional de la hora, para coordinar los resultados que obtengan los diversos observatorios, deducir en esa forma la hora universal y conservarla. Esa oficina tiene a su cuidado siete péndolos, que son siete guardianes del tiempo y cuidan que sea permanente la precisión de la hora. Su instalación se retrasa hasta 1920 como consecuencia de la guerra. Después alcanza amplitud el proceso de difundir la precisión radiofónicamente. A partir de 1924, la BBC hace oír las campanas del Big Ben por radio y la hora del GMT se introduce en las casas inglesas. La manía de la precisión mide ahora cada instante que se pase fuera de la fábrica, mucho más allá de lo que exigen verdaderamente los ocios.²⁷⁶

El tránsito de los tiempos (mediciones), del tiempo ha llegado a los calendarios electrónicos, y aún se sienten nuevas técnicas y aplicaciones, pero simultáneamente, la idea del tiempo, su origen, vuelven a ubicarse en el ser humano. “Un poco más tarde (de 1953), Backman establece estudiando el crecimiento de los organismos vivos, que la evolución de su tamaño en función del tiempo universal está representada por una curva característica de cada especie. Esta curva, que se normaliza en relación con el tamaño final y se expresa en un *tiempo propio* de cada organismo, parece que caracteriza a todos los organismos vivos —con excepción, según parece, del hombre y de la gallina—. Además ofrece un punto de inflexión que corresponde a la madurez sexual. Se observa antes un aumento de la complejidad y el tiempo biológico remonta el tiempo universal. Luego empieza la degeneración del organismo, y los dos tiempos transcurren en el mismo sentido. Otras investigaciones mucho más recientes, se refieren a los ritmos propios de cada ser viviente y a la duración de sus ciclos biológicos y psicológicos. Todas ellas abren extraordinarias perspectivas.”²⁷⁷

b) Habría sido insólito, inexplicable e increíble, que el derecho, que tanto ha contribuido a la creación y aplicación del tiempo, no lo regulara convencional y arbitrariamente en el proceso.

Sin embargo, hay en la doctrina tendencia a tratar al tiempo como algo perceptible en sí, cual si no fueran el reloj y el calendario los factores a intravar en las leyes, tal y como se hace en el lenguaje coloquial.

En lo estrictamente jurídico, y con particular referencia a lo procesal, el tiempo tiene la convencional exactitud rayana en lo tiránico de las determinaciones: el ayer tiene ubicación precisa y el mañana un señalamiento concreto. El presente jurídico no requiere de adiciones momentáneas, no se encuentra entre

las coordenadas de sus extremos y se le estipula libremente, extendiéndolo y reduciéndolo.

Usos, costumbres y leyes pueden hacer que el tiempo corra de momento a momento, de hora en hora, de día en día y así sucesivamente. El tiempo comienza en el punto que marque la norma, y terminará en otro coincidente con el calendario y el reloj. Pero habrá tiempos, que se conecten con las conductas, tiempos de antes, durante y después de los actos o los acontecimientos, sin importar el curso de las manecillas del reloj o de las hojas del calendario, por más que su cómputo se haga a base de estos medios.

Presente es, jurídicamente, el tiempo del levantamiento del acta, aunque exija horas y días, a veces semanas y hasta meses. Las sentencias llevan la fecha de la audiencia, aunque se dicten y escriban materialmente en las semanas posteriores, y el juzgador señalará en el documento un tiempo único para un trabajo hecho en un transcurrir.

Conviene asentar que los juristas han sido pioneros en la concepción del tiempo, han sido quienes más aplicaciones prácticas le han dado; que han regulado la rescisión regresando las relaciones en el tiempo, que han dado efectos retroactivos a las quiebras, que han suspendido e interrumpido los tiempos de las prescripciones y de las usucapiones.

Y luego, el jurista ha recuperado su albedrío uniendo tiempos, el jurídico y el astronómico, para regular sucesiones, transcurso y series. Para Couture,²⁷⁸ el impulso procesal está dado en una relación de tiempo y no de espacio. Esto es inobjetable, pero debe tenerse siempre en cuenta que no se trata del tiempo astronómico, sino del que se regula con el movimiento ideal de las instancias, que al separar tiempo y espacio, no se hace una abstracción del último, sino una convencional determinación del primero, y que el impulso aludido no se restringe al proceso sino que se aplica a cualquier procedimiento.

No es, visto lo que antecede, sino algo obvio que el derecho positivo se haya encargado de regular el tiempo, desde el ángulo de su medición y así, por ejemplo en la mexicana Ley General de Normas y de Pesas y Medidas (publicada en el Diario Oficial de la Federación de 7 de abril de 1961), su artículo 11 establece como unidad de medida del tiempo al segundo, y lo define como el intervalo transcurrido entre dos culminaciones sucesivas del sol medio por un mismo meridiano.²⁷⁹ Por tanto, el segundo viene a ser el 1/86,400 del intervalo entre esas dos culminaciones.

Es interesante observar que las vinculaciones entre esa unidad y las nociones de las normas procesales son meramente convencionales, porque cuando la ley ordena se hagan constar las respuestas del testigo en la misma audiencia, el tiempo que transcurra, medible con el reloj mecánico o electrónico, es realmente indife-

²⁷⁶. Fundamentos. 1a ed. p. 84.

²⁷⁹. Artículo 10. del Reglamento de la Ley sobre Pesas y Medidas, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de diciembre de 1928, donde se mencionan como múltiplos al minuto, la hora y el día.

²⁷⁶. Op. cit., p. 209-210.

²⁷⁷. Op. cit., p. 238-239.

rente para el resultado legal, por lo que no importa si la declaración se vierte al segundo, al minuto o a la hora. Y cuando el secretario acude ante el juez para conocer su acuerdo, toma nota y procede a redactarlo, sin que pueda decirse que, en virtud que la documentación se hizo días o semanas después, la fecha del acuerdo es otra y hay desconexión.

XIX

LAS DETERMINACIONES TEMPORALES EN EL PROCEDIMIENTO

145. No es aceptable la idea de Vincenzo Manzini,²⁸⁰ en el sentido que el tiempo deba considerarse como algo meramente práctico para el derecho.

Desde luego va implícita en esa idea la que entiende al tiempo como un hecho productor de derecho, lo que es inaceptable, porque está establecido, inclusive filosóficamente, que el hecho aparece en el mundo del ser, mientras el derecho pertenece al deber ser. Sin embargo, en las exposiciones de Manzini se concuerda en señalar que para los juristas, el tiempo viene en las medidas que los griegos denominaban *prothesmia*: horas, días, meses y años. El tiempo, entonces, lo daban esas medidas del movimiento.

Las determinaciones jurídicas que recuerda Manzini, aparecieron en las constituciones del Duque de Saboya, declarando que los meses eran de treinta y un días, y Menochius aclaraba que cuando se hacía mención de un mes con relación al principio del mes en que se efectuaba una conducta, como el 23 de agosto que tiene treinta y un días, el mes terminaría el 23 de septiembre y sería de treinta y un días; pero si comenzaba el 23 de septiembre, terminaría el 23 de octubre y el mes sería de treinta días. Bossius indicaba que si el estatuto hablaba simplemente del plazo de un mes, el mes tendría treinta días, pero si decía un mes a partir de tal acontecimiento, se entendía el mes efectivo siguiente.²⁸¹

Estas dudas y tal vez lagunas normativas, son objeto de tratamiento lógico-jurídico, ya sea por el mismo legislador a quien en algún momento se consideró el intérprete natural, o por el juez que efectivamente lo es. Tal mecánica es conceptual porque conceptual ha sido el tiempo, muy especialmente el jurídico y más el procesal.

Lo que destaca en esta parte es la ductilidad de la regulación del tiempo, esto es, de la medición, del movimiento, porque tanto cabe que el derecho utilice el reloj o el calendario para ubicar los acontecimientos dentro de sus coordenadas, como que parta de los hechos, de los acontecimientos para establecer las temporalidades.

En lo primero están los plazos: transcurso de tiempo, que comenzando en un momento cronometrado, concluyen en otro posterior. Así, la ley concede veinticuatro horas para inhumar un cadáver, pero esto puede realizarse antes del final; puede mandar que se conteste una demanda dentro del plazo de nueve días y cabe hacerlo en su curso.

²⁸⁰. *Derecho Procesal Penal*, T. III, pp. 68 y ss.

²⁸¹. *Op. cit.*, T. III, p. 68, nota 134.

a) En el derecho procesal, el tiempo se cuenta, ante todo, como lo había precisado Kant,²⁸² por razones de sucesividad o de simultaneidad.

Lo general, la actitud dominante en el legislador es la sucesividad, porque, además, coincide con el sentimiento normal, el que ve en el tiempo el devenir de las situaciones; es la posición del sujeto que envía su atención hacia el futuro o su recuerdo hacia el pasado.

De una manera natural, las partes y el juez están pendientes de lo que aconteció para encontrar la resolución en el mañana. Y del mismo modo que las conductas se conectan al inicio y al final del curso del reloj y del calendario, se hace otro tanto con otros acontecimientos y con otros actos.

Pero no es necesario que la sucesividad tenga dos extremos determinados, y basta uno solo, ya sea al principio o al remate. Y tampoco es indispensable que los extremos se refieran al reloj o al calendario.

Vuelve ahora a surgir la conveniencia de distinguir los derechos estáticos de las normas dinámicas, porque si bien en la circunstancia material se da obviamente la sucesividad, uno es el caso de esa continuidad por obra de disposiciones autónomas como en la venta a plazos o con condiciones suspensiva o resolutive, y otro el de la aparición encadenada por la unidad normativa como en todo procedimiento, es decir, en toda norma de significado dinámico.

El tiempo de la norma estática aparece, por ejemplo, en la disposición legal que vincula la calidad de heredero con el fallecimiento del autor de la sucesión; no hay aquí un procedimiento y, por tanto, el factor tiempo que incide en el deber ser, está implicado en una regla autónoma que puede ser el origen de una dinámica unitariamente consignada en el procedimiento sucesorio. Se observa que al hablar de norma autónoma frente a regla o reglamentación unitaria, no se está sosteniendo que sean proposiciones singulares, porque pueden consistir en una pluralidad de artículos, muchas veces dispersos por causa de una técnica legislativa especial que interpole disposiciones de un sentido entre otras de sentido diverso y hasta de naturaleza diferente, como acontece cuando luego de regular los actos de demanda y contestación, se destinan capítulos a clasificar los medios de confirmación llamados pruebas, para seguir con los alegatos.

Así pues, si la sucesividad se da, tanto en la normatividad estática como en la dinámica, y hasta cabría decir que es en la última lo natural, la diferencia no está en el tiempo sino en la regla.

b) Frente a la sucesividad se encuentra la simultaneidad, la cual se da al coincidir el metro —la medida, la señal— con la conducta, y a veces con el acontecimiento ajeno a ella.

Si bien los extremos de la sucesividad concurren con el reloj o el calendario en sendos puntos convenidos, la simultaneidad atañe a la concomitancia en un solo punto del reloj o calendario y el hecho previsto.

En consecuencia, simultaneidad hay también en el sector estático tanto como

en el dinámico del derecho. La diferencia está, otra vez, en la inclusión de la simultaneidad en reglas del tiempo autónomo, o normas unitarias.

En lo estático, civil, mercantil, laboral administrativo y demás, se conoce la estipulación de obligaciones y sus condicionantes para cierto momento futuro. Hay simultaneidad en la prestación y el reloj o el calendario. Aquí no importa el ocurrir de los momentos previos, sino por ser el antecedente del punto de reunión.

Con más claridad que tratándose de la sucesividad, aquí se advierte el estatismo de la regla sustantiva, porque lo que se mueve es la realidad circunstante, pero la significación de la norma se da en un punto de encuentro prefijado.

Ahora la dificultad está en la simultaneidad, casi propia de lo estático, que pertenece al procedimiento, a la regla dinámica. Como resulta comprensible, la fusión de conducta y momento medido por el reloj o el calendario, no es lo dinámico, sino su inmersión en el procedimiento, el que algo así se haya incluido en la secuencia.

La disposición atinente a esta simultaneidad no es autónoma, como en el caso del derecho estático, sino que está ligada, forma parte de un total unitario y, es éste el que se ha dispuesto con dinamismo.

Nada impide el creador del derecho, de la reglamentación singular, prever una simultaneidad independiente del correr del reloj. Sencillamente se hablará de él cuando dé los datos de la concordancia. Así, cabría decir: tan pronto se entregue la suma de dinero se hará el trabajo o se dará la contraprestación pactados. Hay, inclusive, la fórmula de la convención de contado,²⁸³ por lo que si se pacta una enajenación, cabe prever la tradición del objeto simultáneamente al pago de su precio. Esta, naturalmente, será una norma estática si viene en una regulación autónoma o será dinámica si va en un conjunto unitario, procedimiento de remate.

c) Aunque por sus características de arbitrio y convencionalismo humano, el tiempo es dúctil o maleable, en realidad sólo las matemáticas y el derecho le han encontrado aplicaciones de reversibilidad. En matemáticas y en las ciencias y técnicas que las aplican, cabe el conteo al revés; y en el derecho es factible la retroactividad.

La presunta imposibilidad de volver al pasado, desaparece en lo jurídico, porque no se está ante el fenómeno causal, como tampoco se está ante ello al marchar del múltiplo hacia la unidad o viceversa.

Dado que el lenguaje del derecho son las proposiciones imperativas, se vería una contradicción en ordenar hacia el pretérito, pero lo que se impone son conceptos, cuya significación son conductas que tendrán que aparecer más adelante, dando sentido a una situación que surge, no de ese pasado, sino del contenido normativo presente.

²⁸² Op. cit., p. 179.

²⁸³ "M. adv. Inmediatamente, luego, al instante, al punto o... diferente a la versión al contado. m. adv. Con dinero constante, con pago inmediato en moneda efectiva o su equivalente". Juan Palomar de Migual, *Diccionario para juristas*, México 1981, p. 310.

Si la conducta futura no puede borrar la conducta pasada, en cambio los valores pueden ser sustituidos y los que representan los actos de ayer, pueden ser suplantados por los de mañana. La reversibilidad no se opone al futurismo del imperativo, son los actos posteriores los que se valoran con signos que corresponderían a las consecuencias de actos diversos a los sucedidos. La expropiación de los derechos del sujeto cuyos títulos se anulan, permite dar valor positivo a diferente titulación, y así, recomenzar la transktividad jurídica desde un origen jurídico sustituto, nacido hoy, con valor aplicable a un momento de ayer, para efectos de mañana.

i) Otras manifestaciones de reversión normativa, del numeroso catálogo que se ha formado a través de los siglos, son ampliamente conocidas en la actualidad, como el retracto, la resolución, la revocación, la rescisión y la nulificación. El retracto²⁸⁴ tiene el significado de dejar sin efecto una transmisión anterior de una cosa, quedando sin efecto la transmisión anterior, mediante el cumplimiento de ciertas condiciones, derecho que puede ser convencional o legal.

Convencionalmente se da cuando el vendedor se reserva el derecho de rescatar la cosa vendida, cumpliendo las condiciones pactadas o impuestas por la ley. El retracto legal es el que por ministerio de ley se concede a algunas personas para subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del adquirente.

Su historia, comentan de Casso y Romero de Cervera y Jiménez-Alfaro, se encuentra en las leyes mosaicas, particularmente en el capítulo XV del Levítico y con la modalidad gentilicia o familiar. El derecho romano no conoció el retracto legal, pero sí el convencional en el llamado pacto de retroventa, admitido por las Partidas.²⁸⁵ Algunas legislaciones como la mexicana lo tienen proscrito en cuanto pacto de retroventa.

El retracto legal es conocido en el caso de los comuneros, de los colindantes, del enfiteútico, el censo o créditos litigiosos, el arrendamiento rústico por el que ciertas personas ligadas a un contrato de arrendamiento de estos predios, tienen derecho para adquirir la finca transmitida, subrogándose en el lugar del comprador; o el retracto arrendaticio urbano, que también corresponde por ministerio de ley al inquilino del local o del negocio.

ii) En el ámbito procesal, existe la importante figura de la retroacción de la quiebra, por virtud de la cual, al declararse ésta, se dejan sin efecto ciertos actos realizados por el quebrado desde que se constituyó en estado de insolvencia, demostrado por el hecho de que el pasivo exceda al activo de su negocio. La anulación atañe a los actos efectuados en la época en que podía contratar válidamente. Como la fecha en que se dicta la sentencia judicial, es distinta de la en que realmente el sujeto se encontraba en situación de insolvencia, las legislaciones suelen autorizar al tribunal para determinar la fecha de la

efectiva cesación de pagos, o sea, el momento al que han de retrotraerse los efectos de la declaración.

Un sentido opuesto al de la invalidación se encuentra en la revalidación, acto por el que una relación adquiere validez y eficacia con efectos retroactivos muchas veces.

iii) La revocación es, probablemente, una de las figuras reversivas de mayor importancia en todo el derecho, y en particular en el procesal. Su efecto es sobre un acto ya realizado, operando sobre su sentido jurídico a través de una declaración de voluntad, por la que se deja sin efecto un acto anterior, cuya existencia o subsistencia dependen de esa voluntad.

Hay diversas modalidades en el estudio de Casso y Cervera,²⁸⁶ así, para el derecho civil, la revocación de actos fraudulentos, de donaciones, de mandatos, de testamentos, de mejoras y de legados. Para el derecho mercantil la de actos fraudulentos también, de la comisión mercantil, del poder conferido al actor, de la licencia concedida a la mujer casada para el ejercicio del comercio en el régimen español. Y para el derecho procesal, la del poder otorgado al procurador; la revocación y, cabalgando entre lo civil y lo procesal, la pretensión llamada pauliana.

iv) Por su relevante lugar en el capítulo de las impugnaciones, es necesario llevar su estudio a otra parte, recordando que hay casos de revocación *ex tunc* o con retroactividad, y de revocación *ex nunc* o sin retroactividad, particularmente en materia de propiedad, y según que hayan mediado actos entre la enajenación y la revocación, que hagan salir del poder del adquirente el bien.

v) La rescisión supone un contrato inicialmente válido, una lesión o perjuicio pecuniario para alguien. Se distingue de la nulidad por razón del fundamento, ya que la última se apoya en algún vicio o defecto de los elementos del contrato; además, por razón de la prueba, quien proponga una nulidad no habrá de confirmar más que el defecto de los elementos del contrato, mientras que en la rescisión deberá constatar el perjuicio.

Alguna vez confundida con la revocación, la rescisión es un medio de hacer ineficaz un contrato válidamente celebrado y obligatorio en condiciones normales, a causa de accidentes externos, mediante los que se ocasiona un perjuicio económico a alguno de los contratantes o de sus acreedores, en el sentir de Casso y Cervera.²⁸⁷

En cuanto a la eficacia, una nulidad no habrá de confirmar más que el defecto de los elementos del contrato, en tanto que la rescisión deberá apoyarse en el perjuicio. La nulidad no puede detenerse ofreciendo una indemnización, lo que sí sucede en algunas legislaciones con la rescisión.

Por cuanto a los modos de extinción, la nulidad la padece por la confirmación del contrato anulable, mientras que los rescindibles no son susceptibles de convalidación.

²⁸⁴. "Del latín *Retrahere*, traer atrás". Ignacio de Casso y Romero, y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro, *Diccionario de derecho privado*, Barcelona 1950, T. I, p. 3457.

²⁸⁵. Cit. I, p. 42.

²⁸⁶. Cit. T. I, p. 3468.

²⁸⁷. P. 3394.

Como supuestos se mencionan la lesión que es el perjuicio causado a la parte, o el fraude, como la existencia de un crédito anterior, un deudor doloso que tenga conciencia de no tener bienes para pagar a sus acreedores o la existencia de un adquirente de mala fe; todo ello viene a coincidir con la pretensión pauliana que se reconoce a los acreedores respecto de contratos celebrados en su fraude y cuando no pueden cobrar de otra manera.

Los efectos de la rescisión son la restitución recíproca de las cosas que fueron objeto del contrato, con sus frutos, y del precio con sus intereses. Pero en la rescisión se ordena devolver los mismos bienes y no el valor de ellos. La rescisión tiene el efecto subsidiario de la indemnización a cargo del causante de la lesión o perjuicio. Y si no fuere posible la devolución de las cosas, por haber pasado a poder de terceros de buena fe, se establece una indemnización de daños y perjuicios.

vi) La resolución es una declaración dirigida a la contraparte de un contrato concluido con plena eficacia para que sea considerado como realmente concluido.

De Casso y Cervera diferencian otras figuras, a saber:

La denuncia, porque ésta sólo extingue la relación contractual para el futuro.

La revocación, porque sólo se refiere en lo general a declaraciones de voluntad que no han llevado todavía a consumar la conclusión del negocio y rompen la atadura de la parte que revoca.

La declaración de que se rechace la prestación y se exija la indemnización por incumplimiento, porque sólo subsiste el contrato, ya que se requiere el interés en su cumplimiento.

La impugnación por anulabilidad hace valer de un vicio, del cual el negocio está afectado de antemano.

La rescisión, en cuanto la resolución no tiene carácter subsidiario ni presupone que se carezca de todo otro recurso para obtener reparación del perjuicio sufrido.

El derecho de resolución, entonces, implica una causa de extinción contractual y se incluye entre los derechos de modificación o de formación. No está sujeto a prescripción, y en definitiva, la resolución reduce un contrato válido a la nada. También tiende a poner las cosas en el estado en que se encontraban antes de contratar, con pleno sentido retroactivo; pero ello deriva o se justifica por el incumplimiento de una parte y no por causas externas.

Se habla también de condición resolutive, que es el acontecimiento futuro y objetivamente incierto, del cual se hace depender el cese de los efectos propios de la relación jurídica principal. La realización del acontecimiento ha de ser incierta so pena de configurar un plazo.

vii) Por último, la nulificación tiene su base en la existencia de vicios o defectos en la constitución de una relación. Se habla de nulidad frente a anulabilidad, suponiendo que la primera es plena o de origen en tanto la segunda puede ser sobrevenida, convalidable, de menor entidad; pero lo

importante es que para el derecho procesal, se trata del incumplimiento de las condiciones.

Fuera de que existe un desenvolvimiento histórico que ha puesto confusión en el tema, y que en algún momento se habló de inexistencia de los actos jurídicos, es suficiente anotar que en este renglón, las denominaciones de ineficacia, inexistencia, invalidez, impugnabilidad, nulidad, absoluta y relativa, resolución, anulabilidad, revocación, irregularidad y demás, señalan una posibilidad de retrotraer la normatividad. Las discrepancias de concepción y las diferencias de notas, podrán ser estudiadas más a fondo, por ejemplo en el capítulo de las impugnaciones procesales, pero la patología jurídica, que es más general que la simple transformación, la reformabilidad o la adecuación para el futuro, esa anomalía del derecho, suele dar lugar a su aplicación retroactiva, a la reversibilidad del derecho.

XX

PLAZOS Y TERMINOS EN EL PROCEDIMIENTO

146. La aplicación del tiempo al dinamismo normativo, en primer lugar, y después, la medición de ese tiempo —que es, a su vez, medición del movimiento—, conducen a la necesidad de sistematizar las fórmulas.

Un acontecer (jurídico) que desde su concepción en reglas, tiene un sentido de transitividad unificada o unitariamente predicada, tiene que resultar un acontecer en sucesividad.

Esto implica tiempo, tanto el ideal o racional, como el consistente en la medición con el reloj y el calendario. Los hechos, las conductas correspondientes al acontecer en cuestión, aparecen distribuidas en el tiempo y, con el propósito de establecer su eficacia, que es la cierta y conocida consecuencia de su realización material, ese tiempo que se refleja en las circunstancias cambiantes, es ahora objeto de análisis, clasificación y sistematización.

El ya mencionado *principio divisionis* da la simultaneidad y la sucesividad, tiene en el Derecho Procesal plena aplicación, porque la medición del desenvolvimiento de la secuencia, no puede omitir el doble sentido indicado.

Sucede que la simultaneidad no sólo está prevista, sino distribuida, de manera que en el Derecho Procesal se habla de audiencias, reuniones, juntas, asambleas de acreedores en la quiebra, deliberaciones, y convocatorias, que por su misma naturaleza requieren este tipo de manifestación temporal.

Por cuanto a la sucesividad, más natural y comprensible, aparte de la reversibilidad que se mira en las figuras ya apuntadas de la nulidad y la revocabilidad, cuenta con los casos de secuencia medidas por el reloj y el calendario, y con las que se forman a base de conexiones de conductas, sin importar la medida astronómica.

a) Inicialmente ha de hablarse de términos —coincidencia entre la conducta y el momento cronológico—, plazos, conexiones determinadas y conexiones indefinidas.

Aquí, como a todo lo largo de la teoría de la rama, la multivocidad y la equivocidad influyen desde las legislaciones a la doctrina, pasando por usos, costumbres y jurisprudencia, de manera que la inseguridad de los significados es defecto general.

Ya Jaime Guasp²⁸⁸ reconoce que las leyes positivas no distinguen con pureza entre plazos y términos, y señala que las diferencias son las siguientes: "Término es el momento en que debe realizarse un determinado acto procesal; plazo es el

espacio de tiempo en que debe realizarse pudiendo ocurrir en cada uno de los momentos que lo componen, y ambos deben configurarse como requisitos del acto procesal."

La explicación es discutible por cuanto intenta conciliar lo inconciliable, aunque sustituya la denominación por otras que tienen mayores dificultades, como el vocablo señalamiento, que sirve para los dos extremos.

La idea de concebir al término por el momento del acto, y al plazo por la serie de momentos dentro de la que puede realizarse éste, ofrece una diferencia a base de la mera ubicación de la conducta; pero ello daría apenas la posibilidad del plazo, siendo entonces imposible el término, ya que el momento (único) y el acto no coincidirán, al menos, no a todo lo largo de la conducta; el momento siempre será insuficiente para contener al acto.

b) Lo que tiene de peculiar el término no es su momentaneidad, sino la unidad intelectual. No es el transcurso astronómico el que importa, sino la conexión, inteligible más que visible.

La norma que señala un momento para una declaración, alude a un término procesal. El momento jurídico puede abarcar varios momentos astronómicos y realizarse en una sesión que, inclusive tenga que diferirse interrumpiendo su continuidad pero no su unidad jurídica.

La importancia está en la conexión convencional, no esa correspondencia de la conducta y el reloj. El testigo depone en un término, la parte confiesa en un término, el juez expresa la sentencia verbalmente en otro término y, en fin, cuando las leyes exigen la física presencia de los sujetos para coincidir con la conducta prevista, habrá que hacer referencia a los términos.

Dado que el tiempo es convencional, y el jurídico resulta más dúctil que el común, para el derecho en general y en particular para el procesal, señalar conexiones inteligibles es lo propio y natural.

Las conexiones han de ser ideales, porque entre el tiempo jurídico, meramente conceptual, y el astronómico objetivado en el reloj, no puede haber contacto físico.

El movimiento material no puede detenerse y, el instrumento que le mide tiene que seguir su ritmo; pero el tiempo jurídico mide conductas y, en consecuencia, puede detenerlas, suspenderlas, interrumpirlas, posponerlas y aun desatenderlas —no tomarlas en cuenta aunque se produzcan, por no cumplir con las condiciones de eficacia—. De ahí que algo tan ideal como el tiempo del derecho no pueda, como la conducta a la que se aplica, presentarse contiguo al reloj.

De manera que al imponer un término, jurídico, el legislador sólo hace mera alusión a los actos y a la numeración de las horas, los días, los meses, los años o los minutos, y lo mismo acontece con el juez que señala la reunión, indispensable, correspondiente con días y horas. Esto último es de la mayor importancia, porque no basta el día y es menester precisar en detalle la hora.

Hay algo más que viene a reafirmar la arbitrariedad del tiempo jurídico. La simultaneidad a la que responde no es sinónima de instantaneidad, porque de otra manera, no sería factible la actuación plural. Lo simultáneo es el tiempo fijado y la actuación prevista, esto, es, sus conceptos dados de antemano.

²⁸⁸. Comentarios op. cit., p. 178.

Se advierte que el tiempo fijado es meramente el momento numerado, y de ahí que prácticamente se le inmovilice, al reducirlo a concepto. Cuando la hora llegue, el abstracto quedará sustituido por la materialización que tiene tantas complejidades: las diez horas del día nueve, del tercer mes del año actual, serán un instante que pasará inexorablemente, haya o no comparecencia subjetiva, de modo que el término jurídico se habrá cumplido apenas con la situación, dentro de la que estarán incluidas las relaciones objeto de la convocatoria judicial.

Con frecuencia suelen combinarse términos y plazos, cuya consistencia jurídica se verá adelante. Esta yuxtaposición opera insertando el término dentro del plazo, ya que lo contrario tiene otra regla, la que deriva de la duración o práctica extensión del término, permitiendo que durante la tramitación procedimental, quepan plazos, legales o judiciales: para impugnar, ofrecer medios de confirmación y aún abrir incidentes. La versatilidad de esta invariación permite que, por ejemplo, las impugnaciones, se formulen inmediatamente a la resolución atacable, o se reserve este derecho para cuando recaiga la decisión final.

c) En tanto que, por su propia naturaleza jurídica, los términos no necesitan prorrogarse, aunque sí son susceptibles de interrupción sin que ello afecte la unidad, y también son diferibles, posponibles y transferibles; los plazos, por el contrario, son prorrogables o improrrogables, según quepa la ampliación más allá de sus límites o no.²⁸⁹

Dentro del término, los trámites pueden acelerarse, retardarse o desplazarse por interferencias legalmente previstas. En cambio, los plazos pueden ser reducidos o no, conforme lo establezca la ley que muchas veces señala un límite máximo de duración, dentro del cual puede el juez fijar la extensión efectiva.

Los plazos irreductibles son conocidos como perentorios que, al tenor de la disposición respectiva del código italiano, tienen la característica de no poder ser abreviados. Frente a ellos, la misma ley habla de plazos ordenatorios, cuando pueden ser abreviados o prorrogados, es decir, se trata de los reductibles. Parece, entonces, que los ordenatorios engloban los conceptos de prorrogables y reductibles.

Para Guasp,²⁹⁰ la principal distinción que puede hacerse, atendiendo al fin de los plazos, es en aceleratorios y dilatorios. Los primeros tienden a hacer más rápida la marcha del procedimiento, impidiendo que hayan de sufrir largos retrasos, y son los más numerosos dentro del proceso. Los segundos son los que tienen por objeto evitar que una excesiva rapidez pueda dificultar la defensa de alguna de las partes, y exigen que medie un lapso mínimo entre dos actividades determinadas.

En esta clasificación, lo atendido es el procedimiento y no los plazos, porque se da preferencia a los actos y no a la medición del movimiento procesal.

d) A partir de la división entre plazos y términos, se aprecian las características de cada uno: puntualización de los momentos, inicial y final en los plazos,

ubicación en el tiempo astronómico de los términos, reducción y ampliación de los plazos, traslación o posposición de los términos.

Todo plazo procesal tiene, pues, un momento *a quo* y otro *ad quem*, uno que marca el principio y otro que señala la meta. Esto permite regular los plazos, sea en función de los actos o del tiempo astronómico. Si se atiende a los actos, el plazo es automáticamente reductible cuando se satisfacen las actuaciones, en tanto que al observar el tiempo astronómico, el plazo se satisface en ausencia de actividad, con el simple correr del reloj y del calendario.

²⁸⁹ J. Guasp. *Comentarios*. T. I, p. 779.

²⁹⁰ *Comentarios*, T. I, p. 780.

XXI

OTRAS CONEXIONES Y SU COMPUTO

147. Lo mismo los plazos que los términos dependen de la medición astronómica. El instrumento de la medición, se ha visto, puede ser convencional y hasta arbitrario, según las épocas, las culturas y las finalidades perseguidas; pero no obstante su flexibilidad, son insuficientes para establecer la periodicidad o las etapas procedimentales, por cuanto los puntos de partida y de llegada de la medición pueden ser independientes de la temporalidad del reloj.

En tales supuestos, la doctrina,²⁹¹ ha encontrado referencias distintas, las que se ubican en el fenómeno de la conexión de conductas. Es el contacto de los actos lo que permite identificar los extremos a medir, de manera que las legislaciones suelen señalar el momento de la medición, sea antes del contacto o a partir del mismo.

Así, además de los plazos y los términos, cabe ordenar la manifestación de conductas antes que se produzca la conexión, y se tratará de un contacto *ante quem*, o bien con posterioridad al mismo y cabrá hacerlo *post quem*.

Caso especial es el de las conexiones indeterminadas, en las cuales se establece apenas un punto de referencia y se deja imprecisa la conexión durante el transcurso del tiempo astronómico. En términos generales, estas situaciones ocurren al imponerse obligaciones de dar o de hacer sin aludir a su fecha, como en aquellos casos en que se impone al subalterno el deber de informar sobre el cumplimiento de un mandato, lo que es factible efectuar en cualquier momento.

En estos últimos señalamientos se utilizan expresiones como sin retardo, sin dilación, inmediatamente o lo antes posible. Muestran en su indefinición la diferencia ante las figuras precedentes, precisamente porque lo impreciso consiste en la falta de cómputo.

Hay un punto de coincidencia: el señalamiento, que en todos los supuestos está presente. Pero en los plazos se le contempla doble: al principio y al fin. En los términos se le encuentra en el punto de coincidencia entre el acto y el momento. En las conexiones definidas está advertido en el contacto. Sólo en las indefinidas falta, porque no hay las delimitaciones susceptibles de conteo.

Hay pues, una gama de medidas del movimiento procedimental, que a veces trasciende a las relaciones estáticas en la forma de condiciones. El señalamiento por conexión definida, sin indicación cronológica no puede ser un plazo, porque en éste hay una delimitación simplemente temporal, hay certeza del transcurso

del reloj y conocimiento de los actos a realizar. En el señalamiento por conexión definida sólo hay la seguridad del contacto.

Pero las diferencias entre todas las figuras no impiden las combinaciones, que se observan mejor en el procedimiento oral, donde las palabras en seguida, después, a continuación y demás, pueden ir expresas o implícitas, y su significado de señalamiento tiene concordancia con la función del término que da unidad a la audiencia.

También en el procedimiento escrito pueden incluirse tales señalamientos, disponiendo las leyes que las excepciones, por ejemplo, se hagan valer antes de la sentencia; y no sólo ello, sino que para mayor confirmación, se agrega el que se presenten dentro del tercer día de que tenga conocimiento la parte. Aquí el señalamiento se limita a esa conexión definida, sin afectar los plazos ni a los términos y sin confundirse con ellos.

Las conexiones definidas, llevadas al plano estático o de derecho sustantivo como en la figura del derecho del tanto, donde operan como condición resolutoria o efecto rescisorio particular, se pasa a la conexión indefinida que sólo tiene sentido en el procedimiento.

a) Computar es medir, de manera que si el tiempo es la medida del movimiento, el cómputo es la medida de esa otra medida. La idea se encuentra en la fracción 1, del artículo 13 de la Ley General de Normas y de Pesas y Medidas Mexicanas, cuando expresa que por medir se entiende el acto de estimar una cantidad por medio de su relación con las unidades de su especie, ya sea por la aplicación directa de un instrumento de medir propio de esa misma especie de unidades, o por la indirecta de uno correspondiente a los de otra especie distinta, mediante el cálculo respectivo, siempre que se trate de instrumentos relativos a unidades pertenecientes al sistema adoptado por la ley.

El cómputo (legal) es la conversión de una medida en otras unidades, de manera que el plazo, por su misma consistencia de durabilidad o transcurribilidad, es naturalmente computable, o sea, medible en unidades de segundos, minutos, horas, días, semanas, meses, años y siglos. Pero no cabe la conversión de la medida del movimiento a unidades matemáticas, porque también es factible la transposición a conexiones, y si existen los señalamientos para los extremos de esas conexiones cuando son definidas, habrá de efectuarse su cómputo, que es la medición de los contactos en su producción.

Hay, entonces, dos grupos de temporalidades divididos por la computabilidad. Uno corresponde al movimiento cuya medida es convertible en otra, mientras que el segundo grupo trata de conexiones y no ya de medidas. Al primero corresponde la computación de los plazos y los términos. Al segundo el de las conexiones definidas que no tienen ubicación temporal.

Siempre hay movimiento, pero en el primer supuesto la medición es del tiempo, que a su vez midió la alteración espacial, en tanto que en el segundo hay apenas sucesión de conexiones sin que, para el derecho, importe el transcurso temporal sino los contactos.

²⁹¹ Manzini, *Tratado*, T. III, pp. 28 y ss.

b) En relación con el cómputo se habla también de unidades (legales) que no son matemáticas, sino de valor: máximos, mínimos y fijos.

Manzini²⁹² explica que el plazo fijo es el establecido por la ley con una medida absoluta, como al decir tres días, un mes, etc. Plazo máximo será la medida que tiene que transcurrir para que el acto pueda cumplirse válidamente, la que es discrecional y puede aumentarse o ser base para los aumentos, y así ocurre, por ejemplo, con el plazo para comparecer.

Cuando se establece un mínimo sin máximo, puede cumplirse el acto en cualquier tiempo después de transcurrido el primero y siempre que aún haya interés jurídico en cumplirlo y subsista la posibilidad práctica para hacerlo.

Plazo máximo es, pues el mayor límite de tiempo, asegurado con sanción de decadencia, dentro del cual puede o debe cumplirse una cierta conducta procesal.

De esta clasificación puede inferirse que los plazos fijos son inmutables, en tanto que hay otros que pueden ser movidos sin sus límites. Sin embargo, el análisis de Manzini es discutible, porque la fijación ha de referirse al tiempo y no a los actos, como cuando se habla del establecido para contestar la demanda. La manera de fijar el plazo trasciende al cómputo y no a la actuación. Si la demanda se contesta antes que termine el plazo, éste no fenece sino que opera el fenómeno de la preclusión: se da lugar a la clausura anticipada del grado.

Hay en la ideal del plazo mínimo un significado interesante, que consiste en que siempre se trata de un plazo después del cual y no antes, debe actuarse. Manzini piensa que si no se fija a la vez el plazo máximo, el acto puede realizarse transcurrido el mínimo, pero esto ya no atañe al plazo máximo, sino al subsiguiente cómputo, esto es, se trata de un mínimo inhábil y un máximo hábil o del mínimo combinado con una conexión definida.

c) El cómputo da lugar a otros conceptos que auxilian a la medición, como el *dies a quo* y el *dies ad quem*. Se trata de momentos astronómicos en que el plazo se inaugura y los en que se clausura. Así, se habla de la regla del *dies a quo* que es el siguiente al emplazamiento o notificación en que se hace saber un requerimiento a varias personas. Otras veces, las leyes ordenan que en el expediente se haga constar el día en que comiencen a correr los plazos y aquél en que deban concluir.

Además de los conceptos de apertura y vencimiento, intervienen los de solución de continuidad, suspensión, interrupción y prórroga legal. Se habla de los días en que no pueden tener lugar las actuaciones judiciales (no válidamente). La solución de continuidad puede dar lugar a un aumento del tiempo en el cómputo.

La suspensión puede ser por hechos que atañan al tribunal o a las partes y por causas de prejudicialidad y, en caso de reanudación suele exigirse la declaración judicial.

Por cuanto a la interrupción, se le vincula con datos como la muerte o extinción de alguna de las partes antes de la audiencia final, debiendo durar el

tiempo necesario para que se provea la sustitución. Se ha afirmado en las exposiciones de motivos de los códigos procesales, que los casos de suspensión obedecen a la imposibilidad de que los sujetos de la relación atiendan a su defensa en el juicio, mientras que los de interrupción aluden a la idea de la ruptura de esa relación porque ambas partes o una han desaparecido.

d) La prórroga legal debe entenderse como el aumento al cómputo y no como resultado de las suspensiones. Se presenta cuando el *dies ad quem* es inhábil y se prolonga el vencimiento al día siguiente, lo que también se emplea por razón de la distancia.

Ello conduce al corolario en el sentido que el cómputo se reduce a la medición de los transcurros que suelen calificarse de hábiles, aunque en realidad se trate de tiempo útil.

Los jueces suelen estar autorizados para habilitar días y horas inútiles cuando haya causa urgente que lo exija. Si la diligencia se inicia en día y hora hábiles, puede llevarse hasta su fin sin interrupción y sin necesidad de habilitación expresa, por ello la habilitación concuerda con la unidad del término y se aplica a la audiencia.

Queda confirmado que el cómputo se refiere a los plazos y a las conexiones definidas, ya que los términos no transcurren, jurídicamente hablando. Y de ahí se infiere que los intentos de clasificación han de referirse a los plazos, únicas mediciones en que sus extremos son movibles.

²⁹² Op. cit., T. III, p. 83.

XXII

EL ESPACIO EN EL DERECHO PROCESAL

148. La otra categoría de la sensibilidad que mencionaba Kant, es el espacio. Aquí la arbitrariedad humana opera con la extensión corporal; pero de cualquier manera, cabe considerarlo la otra coordenada de la experiencia.

La ya citada Ley General de Normas y de Pesas y Medidas, establece en su artículo 10, como unidades fundamentales para la longitud el metro, para la masa el kilogramo-masa, para el tiempo el segundo de tiempo medio, para la temperatura el grado kelvin o grado centígrado, para la intensidad de corriente eléctrica el amperio, para la luminosidad la candela, y para el sonido los decibeles.

Bien mirado, el problema sigue siendo el mismo: la medición.

El artículo 11 de la ley mexicana que secita, define al metro como la distancia, a la temperatura de cero grados centígrados, entre las líneas medias de dos trazos practicados en los extremos del prototipo de aleación de platino iridio, con sección transversal en equis, colocado dicho prototipo en posición horizontal. Y al kilogramo como la masa del cilindro circular de aleación de platino iridio que constituye su prototipo y cuya altura es igual a su diámetro. Los prototipos de metro y kilogramo son los números 25 y 21 respectivamente, asignados por la Oficina Internacional de Pesas y Medidas al Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y depositados en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

El espacio, en su expresión física, tanto como en la volumétrica, viene significado físicamente y geométricamente, en símbolos arbitrariamente convenidos y legalmente impuestos. Cuanto de él se diga, puede ser explicado a través de las normas obligatorias que rigen al sistema legal de pesas y medidas.²⁹⁵

Para el derecho en general y, naturalmente, para el procesal, el espacio, su precisión, su división, su distinción y su ubicación, son importantes. Además, se trata de un factor para descubrir la manifestación de otros igualmente trascendentes como la forma de los actos, que sin el espacio no tendría posibilidad alguna.

El espacio, asimismo, permite distinguir otros fenómenos, desde luego el jurídico, de manera que se habla del derecho nacional, internacional, transnacional, anacional, extranjero, comparado, etc. Y de la misma manera, se hace referencia al derecho aparecido como costumbre, uso o práctica en cierto lugar. Se llega a caracterizar al hecho notorio y público por el lugar en que aparece. Se habla de territorialidad y de extraterritorialidad y del espacio exterior.

a) Desde el ángulo de la generalidad, el espacio es elemento de eficacia, es una

condición para la facticidad. Amén de su mensura, se torna condición para la aplicabilidad del derecho.

Suele mencionársele a través de los vocablos territorio, lugar, sede y hasta localización. El territorio, considerado como el suelo mismo, sirvió a Maurice Hauriou²⁹⁴ para caracterizar a las naciones como los grupos de población fijados en él, y unidos por un lazo de parentesco espiritual que desenvuelve el pensamiento de unidad del grupo. El territorio es a la vez elemento de la nación y del Estado, y en el último sentido es, junto con el poder jurídico, un objeto de regulación y una parte integrante de la soberanía, indivisible en sus tres dimensiones: en la integridad del poder o de su profundidad, y en la integridad del espacio en sus dimensiones de longitud y latitud.²⁹⁵

Hans Kelsen,²⁹⁶ congruente con su distinción entre ser y deber ser, califica al tiempo y al espacio como contenidos normativos, como condiciones de validez, susceptibles de ser limitadas, ya que *a priori*, la validez de la norma se extiende a todo tiempo y lugar, mientras ella misma no se imponga limitaciones.

Pero para Amílcar de Castro,²⁹⁷ la palabra territorio tiene dos significaciones jurídicas, no siempre claramente distinguidas: como equivalente a zona geográfica, y como sinónima de extensión del poder público a determinados asuntos. El último sentido es el etimológico, porque territorio no se deriva de tierra como se cree, sino de *terrare*, con la significación de expulsar o apartar. En el Digesto se encuentra la aclaración de Pomponio, en el sentido que territorio es todo lo que está comprendido en la extensión de toda ciudad y de sus dependencias; algunos afirman que la significación de esa palabra es la de que el magistrado, dentro de los límites de su potestad, tiene el poder de apartar o repeler. El concepto vendría a confundirse con la competencia, al ser un *jusexcludendi alios*, un límite, tanto para demarcar la extensión de las facultades de la autoridad, como para impedir la intromisión en su esfera legal.

Por consiguiente, cuando la región geográfica vinculada a un Estado, a una provincia, a un municipio o un distrito, sea tomada en consideración, no como ámbito del poder público, sino como lugar donde debe actuar, conviene, según Castro, usar expresiones diversas para evitar equívocos, tales como región, comarca, circunscripción, zona, país, suelo patrio y aun territorio físico.

El poder se ejerce dentro de las fronteras físicas, pero también suele alcanzar a personas en el extranjero, sin necesidad de infiltrarse físicamente en ese país, ni de requerir el auxilio de sus autoridades —nunca comentada la situación, es insólita, asombrosa, pero efectiva, y consiste en la *competencia*, en la territorialidad mundial del Comité Olímpico Internacional, cuya carta, vigente en 1984 dice en su artículo 4: "El movimiento olímpico estará regido por el C.O.I., al cual

²⁹⁴ Principios de derecho público y constitucional. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid 1928, p. 29.

²⁹⁵ Cfr., p. 29, nota 1.

²⁹⁶ Teoría general del Estado. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona 1934, pp. 180 y ss.

²⁹⁷ Concepto de territorio, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, pp. 34-41.

pertenecen todos los derechos existentes sobre los Juegos Olímpicos. La constitución y las facultades del C.O.I. están determinadas por las presentes Normas y por los Textos de Aplicación de las mismas.- Cualquiera persona u organización que, por el concepto que sea, forme parte del movimiento olímpico, acatará la *suprema* autoridad del C.O.I. y se hallará sujeta a sus Normas y a su *jurisdicción*”. Con apoyo en esta estipulación, totalmente unilateral y ajena a toda legislación nacional o internacional, el C.O.I. sanciona y puede llegar a expulsar, de por vida y en cualquiera latitud geográfica a quienes estime infringen sus mandatos—.

Por razón de la aplicabilidad normativa, debe hablarse de territorialidad cuando los poderes se ejercen en la circunscripción propia, extraterritorialidad cuando atañen a personas domiciliadas en el extranjero, y transterritorialidad cuando no existen fronteras físicas ni jurídicas, o si las hay, el poder pasa a través de ellas.

b) La noción de territorio trasciende el campo procesal de cada país y llega a abarcar regímenes extranjeros, al aplicarse las normas procedimentales a juicios que dependen de otros ordenamientos. En principio, dice Gaetano Morelli,²⁹⁸ se excluye la referencia a ordenamientos extraños, a fin de no tomar de ellos las normas del proceso, de manera que se respeta el principio de la *lex fori* en virtud de la idea del orden público, como limitante del funcionamiento de las prescripciones del llamado derecho internacional privado, cuyas disposiciones tienden a una cierta uniformidad ante la existencia de dos o más sistemas positivos aplicables a un caso dado.

No se niega la posibilidad que un determinado acto procesal, tenga valoración, uniforme en dos ordenamientos distintos, pero ello indica que se le ha dado la misma eficacia en territorios físicos distintos, y no que un ordenamiento haya receptado al otro.

c) La presencia del derecho internacional privado es la consecuencia de la intravariación de diversos factores, el primero de los cuales es la noción del espacio, que jurídicamente es aplicado, tanto en su sentido de delimitación física, como de expulsión de potestades ajenas, todo lo cual queda englobado en la idea de territorialidad.

Pero además, se trata de conciliar la existencia de dos o más regímenes que, provenientes de territorios físicos y de potestades jurídicas distintas, tienden a ser aplicados a un caso dado, o a una pluralidad de situaciones sociales.

La problemática no surgiría o no lo haría en las proporciones en que aparece, si las relaciones sociales, y con ellas las jurídicas, no crecieran en número y complicaciones a través de las fronteras.

La denominación de derecho internacional privado, según Alberto G. Arce,²⁹⁹ fue empleada por primera vez por el norteamericano Joseph Story en 1834 y después Foelix en 1843. Expresa que la terminología es impropia porque en

general, las materias de que se ocupa no son solamente de derecho privado, como las relativas a la nacionalidad; y las de los derechos civiles de los extranjeros se reglamentan por el derecho interno. En fin, no se está ante reglas *supra* sino enteramente nacionales. De ahí que se haya hablado también de conflicto de leyes, conflicto en el espacio a diferencia del que se presenta en el tiempo con leyes sucesivas sobre la misma materia.

Como sea, el cuadro de las materias que suelen estudiarse en este campo, comprende: nacionalidad, condición de los extranjeros, conflicto de leyes, conflictos de competencia judicial, derecho penal internacional, y derecho administrativo internacional. Se afirma que sus fuentes son las leyes, las costumbres y la jurisprudencia nacionales, y más tarde se acude a las llamadas fuentes internacionales, de entre las que resaltan los tratados, las costumbres y prácticas y finalmente las doctrinas de los más afamados autores.

Naturalmente, la cuestión o los problemas de este ramo aparecen en el derecho procesal y constituyen importantes capítulos, entre los que deben mencionarse la competencia de las autoridades, las leyes sobre la prueba, y el valor y fuerza ejecutiva de las sentencias extranjeras, los exhortos o cartas rogatorias y en general la cooperación judicial internacional, que se estudian como partes relevantes en el llamado derecho procesal internacional.³⁰⁰

²⁹⁸. *Derecho procesal civil internacional*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1953, pp. 11 y ss.

²⁹⁹. *Derecho internacional privado*, Guadalajara 1961, p. 1.

³⁰⁰. Cfr. Federico Dunccker Biggs, *Derecho Internacional Privado*, Santiago de Chile 1956, pp. 31 y ss.

XXIII

EL LUGAR DE LOS ACTOS PROCESALES

149. Sin olvidar que existen estructuras procesales que por su misma composición se encuentran alejadas de la restricción espacial, dado que o son internacionales como los enjuiciamientos del Tribunal Internacional de la Haya, o son transnacionales como los arbitrajes privados, que sobre todo en el comercio exterior, están necesitados de este tipo de soluciones; fuera de estas hipótesis, es menester ubicar espacialmente a los actos dinámicos.

La localización del proceso es una vinculación de la figura con determinado sistema jurídico positivo, lo contrario, debe insistirse, se presenta ahí donde el orden normativo aplicable se desata de las prescripciones de un cierto Estado.

Otro será el problema complejo, de si el resultado de los procesos exorbitantes, puede ser acogido por el ordenamiento nacional, y también si cabe colaborar a su desarrollo.

Entonces, lo primero es definir y distinguir el lugar de las actuaciones, porque ello tendrá la doble trascendencia de identificar la legislación aplicable y también de percibir la norma apropiada, según el tipo de conducta que se tenga en mente.

Mientras que al considerar la sentencia, se le asocia con su proyección universal, sea para advertir su limitación o para confirmar su ilimitada extensión, tratándose de los medios para confirmar las pretensiones deducidas en el proceso, se acude a las normas del lugar en que se desenvuelve el juicio.

Hay, porejemplo, lugares fijos que se vinculan forzosamente con cierto tema, como el relativo al asiento del juzgado, en tanto que otros dependerán de la actividad a desplegar, como en el caso del embargo de bienes o de aprehensión de personas.

Presentar la demanda y consignar al reo, alegar en estrados o efectuar la defensa, llevan a pensar en la sede del tribunal; pero notificar, citar, emplazar, requerir, inspeccionar, levantar planos, secuestrar o depositar cosas, sugieren actos fuera del edificio judicial.

Dado que la eficacia jurídica de las conductas de todos los sujetos intervinientes, no sólo de los juzgadores y de las partes, sino de los auxiliares y colaboradores, de terceros convocados a cooperar y aun de aquellos que en su momento afirmarán su desinterés, todas esas conductas tienen una razón jurídico-procesal de ser, sus efectos y consecuencias están preestablecidos y ello constituye su eficacia.

a) Habrá que comenzar por la delimitación del espacio, para llegar a lo detallado de la localización.

En su inicio, el espacio se divide por razones políticas, de manera que la positividad del régimen jurídico se fusiona con la idea de competencia, y ésta lleva a calificar de legítimos los actos de la autoridad efectuados en su circunscripción. La eficacia de la conducta del funcionario está, consecuentemente, en razón directa de la adecuada ubicación de los sujetos: ni la autoridad podrá emitir órdenes hacia el exterior válidamente, ni podrá salir de su circunscripción revestida con la misma potestad.

Es importante reflexionar sobre este fenómeno, porque a través del tiempo, se ha llevado a cabo una transposición de conceptos, de manera que hoy se habla con toda naturalidad de la división de la competencia por razón del territorio, como si aquella fuera la base y éste el factor o el *principio divisionis*, cuando lo contrario es lo pertinente: es la existencia de un territorio como marco de la legislación lo que hace vigente a la competencia.

De otra manera expresado, no se concibe la creación del derecho estatal sin la demarcación del espacio. Podrá haber, y hay, un derecho privado aespacial, geográficamente ilimitado, porque se refiere a los particulares que transitan libremente por el mundo. Pero un derecho público, emitido por un Estado sin referencia espacial determinada es inconcebible.

El mismo Estado, se ha dicho ya, puede convenir, pactar reglas de derecho que prevean conductas públicas en otros territorios, pero entonces, al igual que el derecho privado, se está haciendo alusión a una normatividad convenientemente internacional o transnacional.

Decir competencia pública o autoridad territorial es lo mismo ideológicamente, porque la potestad del funcionario le viene de una legislación que tiene presupuestadamente una delimitación espacial.

La misma operación de planimetría que entraña la creación de un Estado, es la que resulta de otorgar competencia a cierta autoridad. No cabe otorgársela sino en un marco de referencia espacial. Se es juez en determinado lugar, y no puede designarse un juez y después meditar sobre el territorio que se le encomendará. No cabe elegir un presidente municipal y después buscarle una adscripción. No hay un diputado o un senador que tengan el carácter de reserva, para cuando se presente una vacante en algún lugar y algún nivel (federal, estatal e inclusive internacional como el Senado europeo o los pensados para Centroamérica, etc.). Nombrar a un funcionario, sea cualquiera el procedimiento que se siga: elección popular o designación superior, es, al mismo tiempo, simultáneamente, pensar en su circunscripción. Por ende, no hay competencia por territorio, sino el territorio de la competencia.

b) Así como se divide el territorio para permitir el establecimiento de una competencia a todo lo extenso de su superficie, de la misma manera se le divide para la válida o eficaz realización de determinados actos.

Se habla, aparecen entonces los conceptos de sede y localización, que vienen a ser los extremos opuestos de otros, también relativos y políticos, de la división territorial de un país, de una República, que llegan a constituir una federación, sus Estados o provincias, sus distritos y sus municipios.

Al componerse o integrarse y al descomponerse o fraccionarse, el territorio (su concepto) va apoyando, sustentando potestades, competencias, validez y eficacia de las conductas expresadas en su ámbito.

Si el capítulo geográfico ha tenido importancia notoria en la historia de los países, al grado que todavía ahora se pregunta qué es Europa, o América, Asia, Oceanía o África, si sus cambiantes límites son muestra del arbitrio en el manejo del concepto, cuando se pasa al plano procesal, ese territorio se muestra dúctil y flexible, al grado que va distribuyéndose entre los diversos campos que le utilizan.

El espacio resulta superficial en la agrimensura o para determinar la propiedad inmueble, pero se transforma en volumétrico al operar con los muebles. Constitucionalmente la población se apropia nada más que de la superficie y el subsuelo permanece en el dominio de la nación; pero el resto, tanto el espacio aéreo para las comunicaciones a través del mismo, o los mares y océanos para el derecho internacional son volúmenes susceptibles de incluirlos en las regulaciones.

Para la actividad procedimental en general, y no sólo para la estrictamente procesal, el espacio es determinante, porque si en lo último lo que prevalece es el aspecto eidético, en el procedimiento lo espacial es indispensable. El contacto se efectúa en lo superficialmente perceptible y por ello la necesidad de la localización de las conductas:

Las leyes ponen especial atención en los lugares, desde el asiento o sede del tribunal, la porción del espacio en que se ubica la oficina receptora de documentos, el local de las audiencias, el reclusorio de los privados de libertad, hasta la indeterminada caracterización del domicilio, que en los términos de las últimas reformas y tratados internacionales, va desde el lugar de la principal residencia o asiento de los negocios, a la simple estancia cuando se desconozcan los anteriores.

Validez y eficacia de los actos por razón territorial, es lo que informa al derecho internacional privado y también al proceso común.

XXIV

FORMA, REGULARIDAD Y ANOMALIAS PROCESALES

150. Finalmente, el derecho sirve a la conducta humana. Podría decirse que para el común de los hombres, es la manifestación de esta última lo único que se observa, lo que más se persigue al imponer o convenir reglas de dar, hacer o no hacer.

Y la conducta tiene una forma que es lo percibido con los sentidos. A esta apariencia ha venido calificándose de debida o indebida, de correcta o inadecuada, de transgresional activa o pasiva y demás.

A falta de su manifestación circunstancial, la conducta queda desde otra perspectiva, como la psicológica, puede ser entendida como un movimiento del ánimo aunque no llegue a la superficie personal, esa conducta que captan los sentidos es la que el derecho considera.

Hay aspectos internos o psicológicos que algunas ramas jurídicas, como el derecho penal, toman en cuenta para clasificar a las conductas objeto de sus regulaciones; pero si, por ejemplo para distinguir la intencionalidad de la involuntariedad, o de la preterintencionalidad, se acude a datos de la conciencia, de la subconciencia y hasta de la inconciencia, bueno será distinguir entre la ponderación, el análisis o simplemente la indagación psicológica y la forma jurídica.

Después de todo, si la conducta, psicológicamente ubicada en lo interno del individuo, no llega a la superficie de la persona, aunque los penalistas y los criminólogos se ocupen de esas observaciones psicológicas, su tarea será indiferente al derecho.

Es, pues, la forma de la conducta la que llama la atención de todos, de legos y de profesionales, de legisladores y de jueces. Forma es, ante todo, expresión, manifestación, aparición o no de actos, porque también en la abstención hay conducta.

a) Inicialmente, la forma de la conducta es susceptible de ser clasificada, según que vaya o no, expresada en palabras. A su vez, la palabra será hablada o escrita y en el último caso se tratará de la calidad del escrito: público o privado, documento o instrumento, etc.

Conducta expresada en forma distinta a la palabra es la consignada en los monumentos, en las marcas o señales y, desde luego la actuada en gestos, posiciones de las personas y de las cosas y, en general, la cosificada u objetivada.

De todas ellas se ocupa el derecho, cada una de las formas de la conducta llega a tener trascendencia para la vida social, y por ende, cada una va siendo valorada positiva o negativamente; lo indiferente, difícil de ejemplificar, es casi siempre conducta sólo personal.

b) Dado que existen varios niveles de lenguaje jurídico, la forma de la conducta, que es lo importante en uno de ellos, sirve para comprender el extremo de la regularidad normativa.

Hay, debe haber una correspondencia entre el significado de la norma y la forma de la conducta a que se refiere. Desde luego, el derecho, en su nivel conceptual, deja implicada la forma, si no es que la selecciona de manera expresa. Como sin forma no hay conducta normada, la verificación del cumplimiento del precepto se realiza a través de las formas.

Es concebible que el destinatario de las leyes y los convenios atienda a la conducta mirando a las formas, porque éstas son las que sirven a, o permiten la expresión.

Pero hay algo más, para el derecho, la forma llega a adquirir relevancia porque responde a la necesidad de certeza; de manera que cualquiera figura, por ejemplo, el pago, la aceptación, la contratación, el matrimonio y hasta la defunción, tienen una forma normada, una expresión o constatación, una objetivación o captación que las leyes imponen para percibir la regularidad de la conducta o de la aparición de los hechos que importan a sus disposiciones.

La revisión de cualquiera legislación muestra un doble juego de reglas, unas van hacia la conducta calificable de contenido y las otras hacia la conducta ubicable como formal.

La relación que se establece entre la normatividad de fondo o de contenido y la de forma es de condicionalidad. La forma aparece como el requisito necesario para que opere la eficacia.

Es obvio que el derecho positivo, la normatividad vigente, no se elaboran buscando la producción de formas, sino de conductas cuya significación tiene el sentido de obligaciones y derechos; pero el cumplimiento de éstos debe ser percibido por la comunidad, por aquellos a quienes importe su realización, a través de las formas.

Pretender y prestar sin expresión son imperceptibles, y pretender o prestar de cualquiera manera, sin respeto a la forma establecida por la ley aplicable, son conductas irregulares, en las cuales falta el requisito que condiciona la eficacia.

La forma, entonces, aparece graduada por las leyes, se va de un mínimo de expresión constante, a un máximo de objetivación rodeada de constancias especiales. Se suele hablar de forma frente a formalidad y ante el paso siguiente del formulismo que culmina en la solemnidad. Hay, inclusive, formas que llegan a valer por sí.

La posibilidad de remover (conceptualmente) las formas, permite cambiar las técnicas legislativas, aligerar o recargar las condiciones.

c) La regularidad, que significa estricta correspondencia entre la previsión normada y la conducta expresada, no tiene la calidad de absoluta. Hay, forzosamente, un margen de incumplimiento que se origina en la libre voluntad humana, no encadenada, en el plano jurídico, como lo está en el causal.

Pero el derecho cuenta con vías de corrección, o al menos de detención de este tipo de conductas. El derecho es coercible, lo que significa que sus mandatos

incumplidos llevan a consecuencias, también debidas, que resultan perjudiciales o gravosas para los obligados.

Por su coercibilidad, el derecho parece encadenar caprichosa o arbitrariamente las situaciones sociales, ya que si no se produce el efecto vinculado con la regularidad, si se origina un resultado que no necesariamente se reduce al hecho desfavorable, sino que se extiende hacia relaciones que las leyes se encargan de crear, sean o no queridas por los sujetos.

Por ejemplo, no será perjudicial ni gravosa la disposición que otorga derechos de sucesión a los hijos ilegítimos, porque el autor de la herencia ha dejado de existir y sería absurdo hablar de efectos en su contra; pero la coercibilidad del derecho encuentra aplicación al establecer una vinculación de antecedente a consecuencia, de manera que el descendiente hereda como si la conducta del *de cuius* hubiera sido regular.

Es comprensible la sanción, como una ejemplaridad de los resultados no queridos que, por la irregularidad se establecen legalmente. La sanción atañe, tanto al contenido como a la forma, y sus especies van, desde el castigo que impone una pena, a la falta de eficacia de la conducta sancionada.

En el proceso, y desde luego en el procedimiento, las consecuencias de la irregularidad son más impresionantes e inmediatas, por la naturaleza dinámica de las relaciones, que las enlazan progresivamente; de manera que la ineficacia legalmente prevista, trasciende a situaciones posteriores y las macula en grados marcados por cada legislación, al tenor de su técnica, sus directrices y sus metas.

Lo que resalta es la diferencia con las ramas estáticas o derecho sustantivo, en donde las irregularidades pueden no producir las consecuencias de la coercibilidad porque el tiempo transcurrido haga olvidar u oculte irremediamente los defectos. En lo procesal, la inmediatez de las conductas enlazadas permite advertir las fallas de una manera más inmediata, y por lo mismo, su sanción surge casi simultáneamente.

d) La anomalía, propia de la irregularidad, tiene consecuencias que van de un menos correspondiente a un vicio susceptible de ser convalidado, a un más del vicio invalorable.

A través de los regímenes históricos se ha hablado de diversas figuras, y se han intentado varias teorías que no alcanzan la calidad de completas ni de uniformes.

Desde luego, es conveniente advertir que en el proceso, y también en el procedimiento, el doble juego normativo exige una separación entre el llamado contenido, el fondo o la relación sustantiva, y el continente o forma procedimental. Para la coercibilidad del contenido, de la normatividad discutida en el proceso, cabe la eficiencia; para la propia del continente está la eficacia.

Desde la acusación o desde la demanda y hasta la sentencia, hay un recorrido en el que cada normatividad tiene, sufre y produce distintos efectos, no por la concreción de sus pretensiones y sus prestaciones, sino por la regularidad de sus apariciones. Así, a la acusación o a la demanda, sigue forzosa, inelectablemente una resolución jurisdiccional llamada auto. Que el auto ha de producirse, no cabe dudarlo y en esto consiste la eficacia de las relaciones dinámicas.

Si se observa desde el extremo opuesto, se advertirá que por la hipótesis misma que se establece, cuando se habla de relación dinámica, se está ante una cadena que no puede dejar de mostrar el seguimiento de pretensiones y prestaciones, de manera que hablar de eficacia es decir, de otra manera, que dada la manifestación de una primera conducta, necesariamente se encuentra la expresividad de otra.

Pero las conductas, encadenadas en su deber de expresión, están previstas en cuanto continentes, de modo que su contenido es nada más que previsible; y si a la necesidad de aparición de la respuesta ha de calificársele de eficacia, a la posibilidad de obtención de la respuesta pretendida se le considerará simplemente de eficiencia.

Es importante descubrir que entre eficiencia y eficacia, existe una relación de condicionado a condicionante, de manera que de no satisfacerse el condicionante que atañe a la eficacia, la eficiencia que corresponde a lo condicionado dejará de aparecer. Podrá, pues, tenerse razón en lo pedido, pero si se carece de adecuación en la manera de pedir, no habrá la eficacia de la que depende que pueda haber eficiencia.

Es claro que la eficiencia, de por sí, tiene su propio régimen, de manera que aun dándose la eficacia de las relaciones dinámicas, si lo pedido no se justifica, la pretensión será ineficiente o deficiente.

e) Distinguidas la eficacia y la eficiencia procesales, al retomar el hilo de la regularidad, se confirma que cada estrato sigue sus propias eventualidades, y si bien puede haber irregularidad tanto en las vinculaciones de eficacia, como en las de eficiencia, debido a su peculiar composición, las consecuencias aparecerán distinguibles.

En ambos casos se aprecia que uno es el tema de lo debido, y otro el de las condiciones respectivas, de eficacia o de eficiencia. No hay relación jurídica alguna incondicionada, todas se ubican en una circunstancia normativa específica, que de faltar o modificarse, altera la composición (*rebus sic stantibus*).

Estas condiciones son susceptibles de clasificación, considerando su momento (jurídico) de vinculación. Las hay que sedan con anterioridad y son los supuestos. Las hay concomitantes a la relación correspondiente y son los requisitos. Y por último, aquellas que aparecen con posterioridad a la realización de la conducta respectiva, si bien se conocen o están previstas de antemano, y son los presupuestos.

La condicionalidad de las relaciones dinámicas establece la regularidad de las secuencias, en tanto que la atinente a las relaciones de fondo crea su justificación. De ahí que, tanto al demandar como al acusar, el doble juego de las condicionalidades se separe, y pueda observarse la eficacia de las instancias por la regularidad de sus condiciones, frente a la eficiencia de las pretensiones por la justificación de las suyas.

Todavía más, mientras la eficacia en el dinamismo se percibe inmediatamente, ya que el juzgador procede a dictar el auto debido tan pronto conozca de la promoción; la eficiencia de las pretensiones ha de producirse más tarde, cuando

se dicte la sentencia, si bien, durante el proceso se verá reforzada por la aportación de los medios que confirmen lo afirmado inicialmente por el demandante (actor o acusador).

Las líneas de desarrollo de los fenómenos de eficacia, que atañen al instar sucesivo y constante, y de los fenómenos de eficiencia que sólo se consolidan al final de la serie, se entrecruzan sin fundirse, o sin confundirse, por lo que las leyes procesales tienen disposiciones especiales para la regularidad de la eficacia y para la correspondiente a la eficiencia.

Aunque en la experiencia se tiende a considerar o a sentir que hay mayores probabilidades de triunfo cuando las instancias o el accionar y el reaccionar se desenvuelven normalmente y con toda eficacia; lo cierto es que el pronunciamiento ponderará el fondo: el conflicto de pretensiones y prestaciones sustantivas. Lo que la eficacia propicia es la posibilidad del estudio, sin ser causante directa del vencimiento final.

f) Si la regularidad, en cada plano (de eficacia y de eficiencia) es resultado del cumplimiento de las condiciones del actuar y del pretender, la irregularidad vendrá a aparecer en la hipótesis contraria.

A través del tiempo se ha venido hablando de nulidad, anulabilidad, inoponibilidad, invalidez o ineficacia. Se ha buscado una clasificación que, más que responder a un *principio divisionis*, tenga una específica consistencia que, finalmente, no se ha logrado.

El tema se ha complicado cuando, desde el final del siglo XVIII, aparece el constitucionalismo, por virtud del cual, además de las condiciones indicadas, aparece la atinente a la jerarquización.

Ya que la condicionalidad de cualquiera relación jurídica comienza con los supuestos, se comprende que entre ellos se encuentren tres elementos indispensables: i) la habilidad jurídica que deja supuesta, a su vez, la identidad personal, ii) la voluntad, y iii) el objeto.

Se supone habilidad jurídica para cada relación contraída. Cuando en una conducta hay dos o más relaciones, como ya se ha visto en el campo procesal que conjunta pretensiones sustantivas con procesales estrictamente dichas, la habilidad se enlaza a cada una; lo que coordina con los fenómenos de eficacia y eficiencia, pues si para accionar se exige habilidad procesal, para el contenido de lo conflictivo también hace falta su respectiva habilidad. Habrá, entonces, una posibilidad de ineficacia si el sujeto que insta no puede, legalmente, hacerlo; y cabrá una ineficiencia o una deficiencia, si el mismo sujeto no puede pretender la sentencia.

La inhabilidad del accionante tiene su propio mecanismo de regularización, que no puede confundirse con el atinente a la inhabilidad del pretensor.

Por cuanto a la voluntad, está fuera de duda que una es la expresada en lo sustantivo y otra en lo procesal. Tal vez ésta dependa de aquélla, por lo menos en las relaciones privadas, no así en las de derecho público como sucede en los casos penales; en todo caso, su existencia y subsistencia es el supuesto de la procesal.

Y el objeto, que resulta de la conjunción de pretensiones y prestaciones

convenidas o provenientes de un mandato, es sencillamente el justificante de la relación. Esta carecería de sentido si le faltara el para qué de su construcción. Un pacto o una orden sin objeto equivalen a su inexistencia, y es obvio que la proposición jurídica carente de significado, que es el objeto, no tiene por qué figurar en el mundo de lo normativo.

g) Sobre estos factores es que se han elaborado las tesis de la validez o invalidez de las relaciones jurídicas. No se ha mantenido el concepto romano de nulidad, y del primitivo proceso formalista y quirritario, se ha derivado un encadenamiento de palabras que hoy en día carece del mismo significado.

A la habilidad, la voluntad y el objeto, se han ido añadiendo elementos tales como la forma, el tiempo, el lugar, y otras circunstancias, que han hecho difícil, si no es que imposible, elaborar una teoría pacíficamente aceptada.

Una cuestión que ha llegado a alcanzar importancia, es la de determinar si las irregularidades producen sus consecuencias de plano, o si es necesaria la intervención de la autoridad. La inclinación general hacia la última alternativa, ha llevado a figuras especiales, como aconteció en el siglo XVI con la aparición de los procedimientos denominados *judicium rescindens* para deshacer el contrato, cuando el consentimiento había sido obtenido por error, dolo o lesión; y el *judicium rescisorium*, que no podía intentarse en primer lugar, por lo que la obligación rescindida tenía por objeto la restitución de las cosas que las partes se habían intercambiado.

Al lado de las consideraciones valorativas de las nulidades absolutas frente a las relativas, se incursionó sobre las nulidades prescriptibles y las imprescriptibles o perpetuas.

Sin mencionar otras manifestaciones, como las llamadas nulidades causativas o respectivas, o la aparición del proceso de rescisión frente al de restitución que exigían el otorgamiento de carta real para estar autorizado a accionar, lo importante radica en ese afán por ir demarcando las especies, artificiales o arbitrarias, de las irregularidades, que llevó, inclusive, a la implantación de la figura de la inexistencia, como algo diverso a la nulidad, por no necesitar de la disposición legal —como ejemplo, se aludió a la inexistencia de matrimonio, si se contraía entre personas del mismo sexo, aberración que no requería de la expresa sanción del legislador, por ser obvia—.

La variada terminología ha restado precisión al capítulo de las irregularidades, sin olvidar la tentativa de jerarquizarlas, yendo de un mínimo a un máximo de gravedad, lo que permitiría, hipotéticamente, distinguir entre las situaciones necesitadas de la intervención judicial, y aquellas en que la sanción operaría automáticamente.

Pero todo ello ha sido motivo de complicación que, ante los problemas de la práctica, parece innecesaria, bastando que el legislador establezca las consecuencias según las figuras, las relaciones o las circunstancias a valorar.

h) No hay significados precisos, y por consiguiente, no puede haber definiciones de cada tipo de irregularidades; pero existen posiciones específicas y características circunstanciales que pueden justificar las clasificaciones.

Así, uno es el caso de las irregularidades de origen y otro el de anomalías surgidas con posterioridad a la aparición de las relaciones afectadas.

Otra cuestión es la atinente a la posibilidad de convalidar o no esas relaciones afectadas de irregularidades, y así también, la posibilidad de invalidarlas o su contraria.

Hay irregularidades frente a todos y las hay que no cabe hacerlas valer frente a algunos.

También acontece que las leyes establecen anomalías que sólo pueden declarar el juzgador, frente a otras que no necesitan tal sentencia, sea porque así lo determina la ley o por obiedad.

Hay declaraciones de invalidez que se retrotraen, y otras que sólo operan para el futuro.

En principio, todo este cuadro puede conducir a combinaciones de la mayor variedad, dependiendo del arbitrio del legislador. Lo que no es procedente es sostener que hay categorías que *a priori* tienen ciertas y determinadas características, de manera que no es adecuado calificar unitariamente un conjunto como propio de una figura. Nada obsta, en abstracto, para combinar la irregularidad originaria con la anomalía invalorable pero invalorable, eficaz frente a todos y no necesitada de declaración judicial, que produce efectos retroactivamente.

Se podría calificar esta figura como nulidad absoluta, si arbitrariamente así lo indicare el legislador, pero siempre quedará la posibilidad que en otro régimen, la irregularidad originaria sea convalorable y no eficaz frente a todos, aunque no necesitada de declaración judicial, pero sin producir efectos retroactivos.

Y por este camino, las intravariaciones de datos llevarían a la pluralidad de figuras, cada una propia de cierto sistema positivo, propia, también, de especial institución y aun condicionada a una ideología variable en el tiempo.

Pero no debe olvidarse que la doctrina se ha mostrado interesada en elaborar una o varias teorías que, *a priori* sostenidas, han venido transformándose, al menos en su aplicación práctica.

Por lo demás, la ineficacia y la ineficiencia por irregularidades, por operaciones consecuentes con el sentido de coercibilidad del derecho, como antes se ha visto.

XXV

LA COMUNICACION PROCEDIMENTAL

151. Del connatural aislamiento personal, el individuo sale hacia la sociedad a través de la comunicación. Se han mencionado diversas formas de la conducta, del conducir intenciones, pretensiones, aspiraciones y finalidades hacia los demás. El cumplimiento del ciclo conectivo establece la comunicación.

De ese indeterminado número de formas o maneras de manifestarse la conducta, el derecho y sobre todo el procesal, selecciona las formas que sirven a su certeza.

Hay lenguaje cuando una cosa se emplea como signo de otra. El signo concientemente concebido para representar algo es llamado por la lógica símbolo. Las letras simbolizan aquello que los signos evocan en la mente.

No es posible trazar una línea que separe tajantemente el signo del símbolo, por más que en el lenguaje desarrollado de lo estricto, la diferencia es del todo inequívoca.

Los signos pueden ser naturales o artificiales, lo que equivale a decir que son convencionales. La clase más simple de lenguaje es la de los gestos, donde los signos son demostrativos o imitativos y por ello se les llama naturales. Tal tipo de lenguaje no serviría para toda significación, de manera que se acude a lo convencional que es deliberadamente ideado para representar algo, adquiriendo una significación relativamente fija, que permite comprenderlo como referente a algo definido en todas y cada una de las ocasiones en que se le emplea. El lenguaje de los gestos puede entañar el uso de signos convencionales, y lo mismo acontece con la escritura pictográfica; pero para que el pensamiento pueda ser desarrollado, se necesita un conjunto de signos arbitrariamente ideados que no son, en modo alguno, imitativos.

Es el pensamiento quien necesita del conjunto de los signos arbitrariamente ideados, que constituye el lenguaje no representativo. Las palabras pertenecen al campo especial de los símbolos, y a través de ellos es que se adquiere o trasmite el conocimiento. Comprender un signo equivale a saber qué significa. El comprender un símbolo verbal es saber el referente que representa. En consecuencia, un sistema de signos arbitrarios es un lenguaje desarrollado.

El lenguaje utilizado con el propósito de la comunicación requiere de dos personas como mínimo: el oyente y quien habla. Si en la comunicación hay algo que el oyente no conozca, en cambio siempre habrá algo que los dos sepan. La base de la experiencia común forma el contexto dentro del que ocurre la comunicación

a) El lenguaje de símbolos ha llegado a tener tal importancia lógica, que

actualmente se concibe a la ciencia como un sistema completo, congruente y verificable de los símbolos; con lo que, inclusive ha llegado a efectuarse una transposición que deja en un plano secundario a los conceptos y pone el acento, el énfasis en las palabras.

Pero en el lenguaje simbólico se presenta el problema de la definición de los signos. Ante todo conviene recordar la diferencia entre una frase demostrativa y una descriptiva. La demostrativa señala algo para su consideración, en tanto que la descriptiva adscribe características. Si respecto de la primera no hay más dificultades que las inherentes al señalamiento, es decir a la mostración de los objetos; en cuanto a la descriptiva su construcción depende de la rama del saber en que se le emplee. El mayor arbitrio proviene del empleo técnico de los símbolos, y al mismo tiempo, la mayor dificultad en la definición está en la verificabilidad del término.

El riesgo que se corre en las frases descriptivas es la falta de correspondencia, la mala interpretación de los interlocutores, que aumentará si las experiencias comunes son menores.

La función principal del lenguaje es comunicar información y para la ciencia es la única; por ello la actitud científica tiene necesidad de crear una terminología, que es el conjunto de términos técnicos que tienden a la precisión, a la unicidad de la referencia. Al lado del uso científico está el emotivo, en el que se busca la reacción del oyente, sin pretender decir una verdad o una mentira, este lenguaje es también calificado de poético o metafísico.

El fin de la comunicación científica puede ser desvirtuado si el expositor, consciente o inconscientemente emplea ambos tipos de lenguaje. El fracaso del hablante puede depender del uso incorrecto de los símbolos, o del hecho que éstos no refieran al oyente el mismo referente. El empleo de metáforas en la argumentación es en gran medida emotivo, si no es el resultado de un pensamiento oscuro.

Frente a la precisión se alude a la vaguedad. Todas las palabras son, más o menos vagas, considerándose que la precisión es un ideal inaccesible. Las palabras precisas son altamente sensibles a los pequeños cambios de referente. Si en el lenguaje común esto tiene constante importancia, para el científico es determinante. En el derecho, concebido como ciencia, la precisión es tarea inicial y de permanente transcendencia.

El poder expresar hacia el exterior las meditaciones, es la base de la comunicación. Cada expresión, sobre todo en cuanto el lenguaje es un sistema, sirve para la comunicación llevando a otras experiencias cognitivas ligadas al primer signo; pero además sirve para la organización de la vida, para apoyar las reglas de conducta y demás decisiones.³⁰¹

b) Así como la formación progresiva de la expresión es también de la propia convicción, la del trabajo científico depende de la capacidad de crear fórmulas que correspondan a exigencias dadas.

³⁰¹ Andrzej Gzregorczyk, *Hacia una síntesis metodológica del conocimiento*. Trad. Pedro Rojas, México 1967, p. 17.

El ideal del empirismo es la conexión entre la palabra y la experiencia, pero el ideal de la lógica es establecer una estructura interna de la teoría que describa la realidad. Se ordena, clasifica, generaliza, se formulan hipótesis y leyes, se sacan las conclusiones y el trabajo científico resulta la organización de un lenguaje común de experiencias ligadas a ciertas declaraciones. Los modelos precisos dominan la reflexión científica, asegurándole eficacia y éxito.

Como el derecho es una ciencia, puede hablarse o pretenderse su conversión en teoría y para ello tendrá que pulirse el lenguaje.

La comunicación de principios y reglas, la transmisión de intenciones y fines será más precisa, cuanto más fácilmente se logre su verificación. Este es un punto importante en la terminología jurídica, porque el derecho no se encuentra plenamente en la experiencia, ni es posible emplear sólo signos demostrativos. La teoría jurídica se apoya en los símbolos descriptivos, respecto a los cuales se discrepa de un jurista a otro, de una a otra rama, de una legislación a la siguiente.

Con todo, el derecho ha de ser tratado científicamente, con un lenguaje que tenga en el contexto general una significación completa, congruente y verificable: esto es lo que puede darle claridad y precisión, no la belleza literaria, ni la poética metáfora.

El lenguaje del derecho no puede comprenderse sólo con la práctica, y es menester elevarse a la teoría, precisamente porque su lenguaje es integrativo, tiende a constituir sistema, y no se agota con la relación de aquí y ahora.

Como lenguaje primariamente de imperativos lógicos, éstos han de formar una malla congruente, un tejido de proposiciones que complete el total o el máximo de conductas sociales, conductas que vendrán al verificar el significado de cada regla. El derecho es la ciencia, es el sistema de símbolos congruentes y socialmente válidos.

XXVI LA COMUNICACION EN EL PROCESO

152. La comunicación viene a presentar la insalvable diferencia entre la materialidad procedimental y la idealidad procesal.

Mientras que en el último, la vinculación de conductas se hace intelectivamente, descubriendo y confirmando el sentido proyectivo de los actos; es imposible descubrir en la instancia física el carácter de acción procesal. Es verdad que la secuencia se intuye directamente, pero la sucesividad de las comunicaciones no es la proyectividad del accionar. En las comunicaciones, los hiatos procedimentales tienden a desaparecer y la secuencia fluye, pasando por entre las conexiones. Para la doctrina la comunicación ha llegado a ser garantía constitucional, y se afirma que consiste en que el demandado o el reo hayan tenido debida noticia, que puede ser actual o implícita, dándoles la razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el de declarar por sí mismos, presentar testigos, documentos relevantes y otros medios de confirmación; y se agrega que el tribunal ante el que los derechos son cuestionados, debe estar constituido de tal manera que dé seguridad de su honestidad e imparcialidad, pero habría que añadir que también debe ser adecuada su estructura para la comunicación procesal.³⁰²

La comunicación, tratada procesalmente, toma otra función, lo que no le resta las que lógicamente le corresponden; pero en lo jurídico se persigue la seguridad. La comunicación responde al principio, o mejor dicho, a la directriz de la debida audiencia, y por ello son importantes, desde la gramática a la psicológica y de la sociología a la lógica.

De manera que del campo de los meros signos naturales, se pasa al terreno de las objetivaciones, y esto permite que la función judicial alcance rango institucional, público y general. Es importante advertir que la utilización del dato lleva a emplear el lenguaje demostrativo y un elemento en vez de total y, por otra parte, del mero empleo de los símbolos como medios, se llega a la consideración de su escrituración como forma de acreditar las relaciones jurídicas.

El lenguaje demostrativo va tomando una posición formal, va desplazando otros medios y se convierte en el seleccionado para confirmar el cumplimiento del mandato. Es así como surge la notificación que toma el papel protagónico de la comunicación. La notificación, totalmente envuelta en la escritura, es la certeza que el derecho procesal necesita para hablar de la comunicación debida.

Las actuaciones del proceso son comunicadas por medios formales, y de ahí el procedimiento escrito.

³⁰² Cf. Couture, *Fundamentos*, cit., p. 150.

a) Por comunicación jurídica ha de entenderse el lenguaje demostrativo, que es el que emplea el notificador y no el que utiliza el ordenador. Separar ambos niveles es permitir la correcta regulación de cada función. Al juzgador toca ordenar y emitir sus mandatos en símbolos que forman frases descriptivas; pero el actuario tiene a su cargo el lenguaje demostrativo que integra el objeto de su acto.

Debe recordarse que el secretario, el actuario o el escribano, están utilizando el simbolismo para mostrar, para señalar conductas, hechos, circunstancias o situaciones ajenas. Por su parte el juzgador ordena y en su mandato utiliza los símbolos que describen o caracterizan su voluntad.

Otra distinción importante es la que corresponde a la información, la que puede alcanzarse a través de distintas representaciones objetivas, como las fórmulas, los diagramas, los signos taquigráficos, los organigramas, los planos, los colores, los logotipos y demás señales.

La información puede ser impersonal y directa, mientras la comunicación tendrá que ser personal e inmediata. De ahí que el lenguaje descriptivo que usa el juez vaya oralmente al secretario o a los asistentes a la audiencia, mientras que el propio de los actuarios o de los encargados de las actas sea demostrativo, que se limite a informar. En realidad, este tipo de lenguaje presenta signos que sirven para que el destinatario del mensaje se forme internamente el conocimiento (*se in-forme*).

Lo que interesa al derecho es la manera de hacer la comunicación, y en determinadas circunstancias, la identidad de los sujetos hablante y oyente. Tal vez, en cierto momento, la comunicación entre demandante y reo esté prohibida, o bien entre parte y abogado; en cambio, la ley establecerá la necesidad de realizarla, como sucede entre el juez y las partes.

La información, en cambio, por su carácter impersonal, está destinada a la generalidad de los sujetos, y toca al derecho precisar cuándo cabe y en qué circunstancia está excluida; esto se mira en esas reglas que aluden a la publicidad y al secreto del proceso.

Se alcanza a ponderar todo el peso de la comunicación, a medida que se revisa la complicada composición de los tribunales: uno o varios juzgadores —los tribunales colegiados pueden pasar de la veintena—, sus secretarios, auxiliares, oficiales —algunas legislaciones consideran a los abogados con tal calidad—, los terceros implicados —como testigos y peritos— o interesados —coadyuvantes, litisconsortes, etc.— y las mismas partes: un mundo de comunicaciones.

b) Se ha llegado a concentrar todo el trabajo de los tribunales en el término actuaciones. Aguilera de Paz y Rives³⁰³ inicia su análisis a partir de este común denominador; pero en realidad, entre éstas y las comunicaciones, existe la misma diferencia que podría encontrarse entre el puente que une las orillas del río y sus riberas.

La comunicación es una actuación, pero no toda actuación es una comunica-

ción, primero porque puede ser información y segundo porque cabe actuar sin comunicar como en las operaciones fasciculares o de formación de los expedientes, su agregado y cosido, etc. Por lo demás, en el procedimiento se dejan huellas escritas de ciertas actuaciones, consideradas principales, y se eliminan otras que carecen de trascendencia, pero que se efectuaron materialmente.

Se confirma que la comunicación, en tanto expresión material de la conducta, se ubica en el procedimiento completamente. Será propio del proceso el significado, la inteligencia o entendimiento de los símbolos, pero en la materialidad de las conexiones, es apenas la comunicación lo perceptible, y será la *in-formación* lo importante.

Aunque en el foro tienen significación propia y finalidad especial, las notificaciones, las citaciones, los emplazamientos y los requerimientos coinciden en caracteres comunes de forma y de objeto que es el hacer saber las resoluciones judiciales; de ahí que, inclusive, se llegue a comprender toda la gama con la voz genérica de notificación, de *notum facere*.

Las leyes procesales se ocupan, en primer lugar de las notificaciones, porque su aplicación es de uso más frecuente en todo el procedimiento, en razón de la eficacia que, sobre todo las providencias judiciales, requieren a fin que los perjudicados con ellas puedan utilizar los recursos procedentes y se practique la efectividad del derecho de defensa.

Notificación, en su más amplia aplicación, según la doctrina de Aguilera de Paz y Rives, significa el acto por el que se hace saber en forma legal a alguno un mandato judicial, en lo cual coincide parcialmente con la citación y con el emplazamiento mas como las resoluciones de los tribunales no son iguales, se impone, para su determinación y diferenciación de consecuencias, el empleo de un tecnicismo apropiado, que limite y especifique el concepto legal.

En sentido más estricto, entonces, se reduce la notificación a la actuación encaminada a hacer saber a los interesados cualquiera resolución con objeto que surta sus efectos en cuanto al destinatario.

De otra parte, se ha llamado citación al acto de poner en conocimiento de alguna persona un mandato del juez o tribunal, para que concurra a la práctica de alguna diligencia judicial es, por tanto, el llamamiento al citado para que asista a un acto determinado.

El emplazamiento es el llamado a la comparecencia a juicio dentro de plazo determinado, a fin que use de su derecho so pena de sufrir el perjuicio jurídico a que hubiere lugar.

Y el requerimiento es el acto de amonestar o intimar en virtud de resolución o mandato judicial, a una persona, sea o no litigante, para que haga o se abstenga de hacer alguna cosa.

Aunque suelen confundirse citación, emplazamiento y notificación, dice José de Vicente Caravantes,³⁰⁴ hay notables diferencias entre ellas como lo indican sus efectos y su misma etimología.

³⁰³. *Tratado histórico, crítico, filosófico y de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, Madrid 1856. T. II, pp. 53 y ss.

³⁰⁴. *El Derecho Judicial Español*, Madrid 1904. T. II, pp. 397 y ss.

La etimología de citación viene del verbo *cieo*, que significa mover, incitar, llamar a voces: *vo cito*, porque la citación se hacía por voz de pregonero, como lo demuestra la ley 7, Dig., “de in integ. restit.”, y la 3, Dig., *de jud.* Confirma también la exactitud de esta etimología el objeto de la citación, significando el verbo *cieo*, del que deriva el verbo *cito*, cierta impulsión o apremio, al mismo tiempo que prontitud en la comparecencia o presentación.

Según la ley 1, del título 7 de la Tercera Partida, por emplazamiento se entiende el llamamiento que hacen a alguno para que venga ante el juzgador a defender su derecho o a cumplir lo mandado, esto es, la promoción de una demanda, apelación u otro recurso, se ponen en conocimiento de una persona, para que en el plazo que se le señale conteste a la primera o se conforme con ella, y se oponga o adhiera a la segunda, o se presente a usar de su derecho. Se le llama emplazamiento por la designación del plazo dentro del cual debe comparecer la persona, pues esta designación es lo que constituye la esencia del acto, por lo que siempre que mandan las leyes efectuar el emplazamiento disponen se haga la mención del plazo.

Por notificación se entiende el acto de hacer saber alguna providencia para que la noticia dada a la parte le pare perjuicio en la omisión de las diligencias que deba practicar en su consecuencia, o para que le corra un plazo. Se dice que cuando la notificación se hace con el especial objeto de que se haga o entregue una cosa, se llama requerimiento.

XXVII PRECLUSION, CADUCIDAD Y DECAIMIENTO

153. La eficacia en el derecho procesal, que establece la certeza en la graduación de la serie, lleva a la figura de la preclusión, la cual aparece cuando la situación de los actos alcanza el objetivo legal o hace superflua la continuación.

El primer ejemplo está en el proceso civil, cuando el plazo fijado para la contestación de la demanda transcurre con independencia de la inactividad del reo. Acontece, entonces, algo procesalmente parangonable al supuesto de la contestación; inclusive, se prevé la misma consecuencia para el extremo en que se da una respuesta inadecuada, pero respuesta al fin al cabo.

La preclusión tiene, por ende, el efecto de clausura de los grados del proceso, sea porque se cumpla con el acto ordenado, bien porque transcurra el plazo inútilmente, o porque aparezca un acto que excluya el cumplimiento.

Chiovenda³⁰⁵ ha explicado que dio este nombre a la figura, empleando un término de las fuentes, que se encuentra usado en la *poena preclusi* del derecho común, salvo que en la preclusión moderna se prescinde de la idea de pena.

Se trata, entonces, de un término chiovendiano que en la ley de enjuiciamiento española se denominaba la caducidad del derecho y pérdida del trámite. En Chiovenda es más el efecto, más la pérdida, la extinción que el modo, que la manera o los elementos de su producción. Porello entiende que se produce i) por no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los plazos perentorios o la sucesión de las actuaciones o de las excepciones; ii) por haberse realizado un acto incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o la realización de un acto incompatible con la intervención de impugnar una sentencia; y iii) por haberse ejercido ya una vez válidamente la facultad: consumación propiamente dicha.

La mayor utilidad de la tesis chiovendiana está en haber permitido diferenciar las situaciones. Si Bülow había visto la preclusión en la rebeldía, en la confesión o en el juramento, en la competencia y aun en la *cosa juzgada*, Chiovenda destacó el efecto principal del nacimiento de un derecho: *actio iudicati*, pero también y normalmente, el originar una simple situación jurídica en el sentido de Kohler, como contenido de un mero elemento de derecho, de un efecto.

a) La situación jurídica, así entendida, se apartó de los derechos condicionales y de los eventuales, que son aquellos a los que falta algún elemento esencial. Esta situación se presentaría en casos en que la inactividad de la contraria o su mismo concurse en el sucesivo instar, serían las condiciones que

³⁰⁵. *Instituciones*, cit. T III, pp. 299 y ss.

permitirían, con otros elementos, conducir el debate a la resolución de fondo y aun determinar su contenido en ciertas circunstancias.

La preclusión se aparta de la *cosa juzgada* en que no surte efectos en otros procesos, si bien Chioyenda tiene que hacer la salvedad de la confesión frente a la *ficta confessio*, porque la primera si trascendería mientras la segunda se limitaría a ese juicio.

Lo cierto es que esa última explicación tiene su razón de ser en el dato importante de la eficiencia frente a la eficacia. La confesión es un medio para confirmar pretensiones, de manera que produce el resultado de apoyo que no tiene la *ficta confessio*, cuyos efectos de eficacia derivan del dispositivo de la preclusión. Este último tipo de conducta de la parte no es admisión sino imputación judicial y, en cuanto tal, es una actuación que cierra el grado procesal.

Hay pues, frente a la tesis chioyendiana, la indispensable observación que la inactividad es lo que produce la preclusión y no lo confesado o supuestamente admitido. Una vez confesada una conducta, cabe alegar nulidad de error o violencia sin que ello impida la preclusión, pero si la eficiencia del acto; y específicamente, el declarado confeso (*ficta confessio*) puede confirmar en contrario, sin que, tampoco ahora, se afecte la preclusión del grado procesal.

El tratamiento de la preclusión en Chioyenda conduce a conclusiones discutibles, como cuando intenta distinguir por razón de esta figura entre el caso juzgado y cuestiones intraprocesales. Chioyenda cree que la sentencia es la preclusión en torno al fundamento de la demanda, de manera que el caso juzgado no puede volver a proponerse y si, por ejemplo, se declara nacido el derecho de propiedad o de servidumbre precluirá la cuestión acerca del título del demandante, pero no estará aún acreditada la existencia actual del derecho y el demandado podrá oponer todavía la usucapión, el no uso, etc. La cuestión compleja de la existencia del derecho puede escindirse, salvo lo que establezcan las leyes nacionales, y cada una será objeto especial de preclusión.

Desde luego, no se trata de la preclusión como lo estima el autor, sino del caso juzgado que es otro problema. Pero además, si las legislaciones admiten la litis abierta, esto es, la posibilidad de demandar por un título y no por todos se estará ante algo casuístico.

b) Han llegado a emplearse como sinónimos los vocablos preclusión, caducidad y perención, lo que hace necesario precisar que en la caducidad el tiempo opera como plazo al que debe añadirse el incumplimiento de los actos.

La preclusión aparece en el plazo, en el término y aun en la conexión definida, porque no es el tiempo, sino los actos lo que produce la eficacia de clausura de los grados.

En cuanto a la perención, se trata de un fenómeno distinto, que atañe al derecho mismo, el cual desaparece o muere por el simple transcurso del tiempo.

La preclusión tiene otra cualidad, según la doctrina,³⁰⁶ consistente en su

elasticidad, por la cual se entiende el hecho que el orden de procedencia de los varios actos procesales se prescriba de una manera precisa y rígida, de suerte que si el acto no se realiza, la parte decae del poder de realizarlo, o bien se deja a ésta que lo lleve a cabo con cierta libertad para escoger el momento más oportuno sin señalar el perentorio de decadencia.³⁰⁷

El tema es apropiado para volver sobre la importancia de la forma y su diferencia ante la fórmula y la formalidad. Desde luego, aquélla es imprescindible en toda conducta, mientras la fórmula atañe a los datos exigidos para reconocer eficacia y la formalidad es la severidad del comportamiento.

Siempre hay forma, inclusive cuando el derecho prescinde de seleccionar una en especial. En cambio, la fórmula para presentar una demanda, por ejemplo, suele venir indicada, así sea en sus generalidades, por la ley. Esa fórmula que a veces alcanza a la precisión de las palabras inmutables, se presentará formalmente cuando al hacerlo se satisfagan reglas de protocolo preestablecidas, como el lugar, la hora, los tratamientos entre los sujetos y demás cortesías.

Sin duda, la preclusión se relaciona con las fórmulas, porque si el proceso se estructura a través de grados y fases precisos y de ubicación estricta, la preclusión vendrá a apuntalar el avance.

Entonces, la llamada flexibilidad³⁰⁸ no será sino la aplicación del principio de alternatividad, dejando al justiciable la elección de las secuencias. Siempre que se cumpla con las fases y sus cometidos, la ubicación de los grados será secundaria, porque el objeto de cada tramo se cumplirá, sin mengua del avance del encadenamiento total.

c) Queda explicado que por razón de la preclusión, de la flexibilidad o de la preclusión flexible, los grados procesales se integrarán necesariamente y sólo habrá diferencia en la forma de hacerlo.

En los *Estudios en honor de Hugo Aslina*, Luis Juárez Echegaray³⁰⁹ publica una colaboración intitulada *La preclusión*, en la que, fuera de la contribución de Chioyenda, los demás autores destacan algunos de sus efectos, como la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal, por el solo transcurso del tiempo, sin insistir sobre su esencia y finalidad, que es la pérdida de la facultad procesal por el hecho de haberse alcanzado el límite señalado por la ley para el ejercicio de una instancia.

Con esto se anticipó una idea discutible, sosteniendo que la preclusión tiene como esencia la pérdida de un derecho procesal por fenecimiento del límite temporal; después se ha agregado que también precluye por actuar como debe ser y por actuar en sentido excluyente; y que ese límite no es siempre el máximo ni el señalado por la ley, como se ve en el término (audiencia) y en las conexiones definidas.

El aspecto negativo de la preclusión no es el importante, porque lo determi-

³⁰⁶ Ignacio Medina Lima, Noticia de la preclusión en el anteproyecto de código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, en *Revista de la Escuela de Jurisprudencia*, T. XII, Núms. 47-48, pp. 177 y ss.

³⁰⁷ *Id.*, p. 185.

³⁰⁸ Cfr. Calamandrei, *Instituciones*, cit., p. 256.

³⁰⁹ Bs. As. 1946, pp. 353-368.

nante es el avance de la serie. La preclusión asegura la marcha, garantiza o tiende a hacerlo, la adquisición dando eficacia a la instancia.

La preclusión se enlaza a la exigencia de jurisdicción, porque una vez presentada la instancia el juez no puede demorar ni entorpecer la integración del grado. La preclusión es el caso típico de la contumacia llevando a resultados de congruencia el principio de integración. No es que se busque la pérdida del derecho, lo cual sería demasiada mezquindad, lo que se persigue es la fijeza del derecho, de la situación jurídica, dando eficacia al instar de las partes.

Como el proceso no es una actividad simultánea sino sucesiva, para que la serie se forme es necesario aplicar la preclusión, pero ésta no es la sucesión sino la integración que la hace posible: primero se integra y luego se forma la sucesión.

La preclusión no se manifiesta por la imposibilidad en sí de actuar, sino que ésta es consecuencia de la preclusión que cuando se presenta por haber actuado lo debido, lo incompatible o por haberse dejado de actuar, hay clausura del grado, que no se presenta por el simple transcurso del tiempo si el grado ha quedado abierto, lo que sucede cuando las leyes imponen el acuse de la contumacia.

Pese a lo dicho por la doctrina, la aplicación de la preclusión en el sector de la eficacia, trasciende a la eficiencia, cuando se le combina con la litis abierta. La posibilidad de ampliar y transformar la demanda o la contestación cambiando el debate, y lo mismo en lo penal al permitirse que el tipo se altere si los hechos son los mismos, esto viene a significar una derogación de la preclusión y se hablará de preclusión flexible como si se apoyara tan sólo en la temporalidad astronómica. Pero en realidad la preclusión ha sido combinada con la idea de litis abierta, lo que es factible porque no hay incompatibilidad entre esas figuras, porque la litis abierta no interrumpe ni altera la preclusión, sino que ambas se acoplan para hacer posible la acumulación de pretensiones, la variación del debate o la innovación que ello entraña.

La preclusión, en las hipótesis de alteraciones operó clausurando los grados procesales, lo que no impide acumular pretensiones nuevas ni modificar las anteriores, porque los actos de eficiencia irán en sendas instancias preclusivas.

d) La consumación significa el agotamiento inútil de la ocasión. Y aunque agotamiento y preclusión han sido unidos, ni siempre ha sido así, ni es pertinente la sinonimia o la consideración de especies de un género común o la subordinación de un concepto al otro. En los ordenamientos en que no se conoció la contumacia, pudo haber plazo susceptible de consumirse sin originar la preclusión.

Por ejemplo, existe la denuncia del pleito a tercero. Si mirando a cierto código que no pasa de ser una alternativa de derecho positivo, se dijere que la denuncia debe hacerse al contestar so pena que el derecho precluya, que caduque, perezca o decaiga el derecho, se estaría aceptando el sentido sin percibir el significado.

Si se dice que el derecho a denunciar ha precluido, el oyente no sabrá si hubo denuncia, si no la hubo o si en vez de denunciar se contestó haciendo valer

defensas de fondo. De ahí que cada situación necesite de una proposición adecuada y unívoca.

En el proceso se dan los seis tipos de instancias: petición, denuncia, querella, queja, reacertamiento y acción. Si bien se observa, unas tienen ocasión precisa y otras no; y así, para *pedir* copias certificadas no hay momento único, para denunciar un impedimento no se está al avance del proceso sino a la aparición del dato; para la queja por retardo en la administración de justicia siempre habrá ocasión propicia a partir del retraso; y la querella contra el colitigante, los testigos y peritos, dependerá de su conducta o de sus actos a lo largo del juicio. Cada instancia, pues, será eficaz, integrará su grado, no conforme al tiempo sino al avance procesal.

Hay cuestiones procedimentales que necesitan observación particular, porque la preclusión procesal no les afecta, como acontece con el embargo precautorio, con su levantamiento, con su modificación (cambio de depositario), etc. Y en lo estrictamente procesal, se tiene el ejemplo de la absolución de posiciones que puede pretenderse eficazmente hasta antes de citación para sentencia en algunas legislaciones.

e) Estas figuras responden a lo que se ha llamado política procesal. Dado que el proceso se divide forzosa, ineludiblemente en fases y grados, aparece lo que se ha denominado orden consecutivo y ocasión procesal.

O hay un orden consecutivo y, por ende, un seguimiento por tramos necesariamente previstos, o en lo hay y, entonces, lo que se mira es el caos kafkiano, sin razón y sin comprensión. El orden corresponde al actuar, a cierto actuar, al realizar que disponga o elija el legislador, y por ello se establece una ocasión.

La ocasión puede estar regida, en su duración o permanencia, por el tiempo astronómico, por la conexión de conductas o por los actos simplemente.

Sea cualquiera la fórmula, si las actividades previstas para esa ocasión se efectúan, el orden consecutivo debe operar. Aquí, se diría figuradamente, se ha consumado la ocasión, aunque en realidad lo que se consume es la actuación.

Cabe que esta última sea incompleta, que falte una de las conductas previstas y que, entonces, se dé alguna de estas hipótesis, bien que ya no pueda efectuarse, bien que sí quepa su realización. De cualquiera manera, el orden consecutivo tendrá que presentarse, por lo que si ya no cabe la expresión de lo omitido, ahora sí, se habrá consumado la ocasión y más propiamente, se habrá consumido. En la hipótesis contraria se hablará de flexibilidad, pero no de la preclusión, sino de la consumación: a lo actuado en la ocasión se añadirá lo realizable en el futuro.

Si, en fin, la ocasión se presenta y la actuación total falta, entonces lo que prepondera es el tiempo astronómico y, transcurrido el lapso legal, tendrá que hablarse de caducidad, de envejecimiento inútil del proceso, lo que obligará a darle muerte, a terminarlo.

Siempre, como se ha visto, está en el centro el concepto de ocasión, de manera que el efecto inevitable será un orden, una secuencia, inclusive cuando por razón de la flexibilidad tenga que permitirse que la conducta omitida se efectúe tardía o posteriormente.

Cabe que la ocasión no sea estrictamente procesal, que no esté dentro sino fuera de la serie, ya porque todavía no se inicie, o porque haya concluido. Si la ley prevé una ocasión, esto es, un tiempo astronómico o convencional para actuar, habrá que actuar.

f) Y no será porque falte el orden consecutivo que pueda perderse la ocasión, porque ahora lo que interesa es dar lugar a la iniciación de esa serie, sea porque comienza el proceso o porque sigue en un segundo período o instancia (sinécdoque de acciones y reacciones).

En los órdenes constitucional, administrativo, fiscal, laboral, electoral y demás, suele concederse un plazo, que corre a partir de la manifestación del acto a combatir y hasta cierto día *ad quem*.

Este plazo recibe el nombre de plazo de decadencia, porque el derecho a pretender eficazmente, esto es, a accionar con resultados legales, vive apenas durante su transcurso, al cabo del cual se vuelve inútil.

Es en vano tener derecho a pretender sentencia que controle, anule, o revoque la conducta combatida, porque si decayó el derecho de accionar, o simplemente de instar cuando se trata apenas de procedimientos impugnativos, no tendrá cabida siquiera la promoción extemporánea.

Y otro tanto acontece cuando lo que decae es el derecho de recurrir, de ir a la segunda instancia, porque nuevamente el transcurso del tiempo inútilmente, hace que se pierda la ocasión.

Todo ello, se comprende fácilmente, es distinto a que se pierda o muera por razón del tiempo astronómico más la inactividad del interesado, el derecho sustantivo.

Se habla ahora de la prescripción, que es el reverso de la moneda, en cuyo anverso se da la usucapión: adquisición de un derecho por el transcurso del tiempo usando y gozando de un bien ajeno.

La prescripción tendrá que declararse en la sentencia final, mientras que la preclusión, la consumación o el decaimiento, se declaran en la ocasión procesal o metaprocesal propicia.

Pese a la importancia que la doctrina ha querido darle a la preclusión, se confirma que el centro de atención debe ser el concepto de ocasión.

XXVIII MODOS DE CONCLUIR EL PROCESO, SUSPENSION E INTERRUPCION

154. La consumación va de un mínimo que corresponde a un grado, a un máximo que significa el proceso todo. Se presenta el último extremo ya en la caducidad, aunque también puede ser consecuencia del decaimiento del derecho a impugnar, de manera que faltando la última o posteriores instancias, queda firme la no atacada y con ello termina el total de las series.

Las demás maneras de dar fin al proceso se han clasificado de normales y anormales o imprevistas, aunque previsibles. Desde luego, entre los modos normales, sobresale la sentencia, porque significa la culminación de todo el desarrollo, sobre todo la de última instancia, que llega a tener el carácter de firme.

Suele también suceder, sobre todo en los procesos de control, como la casación europea o el amparo americano, que todo concluya con un sobreseimiento; esto es, con una resolución que sin entrar al fondo del conflicto, dé fin al proceso, lo que, ratificado o producido en última instancia, deja firme tal resolución.

Como el sobreseimiento, hay otros dos extremos que dan muerte a la serie sin estudiar el fondo. Tales son el desechamiento *in limine* de la acción, y la declaración de improcedencia, que se presenta durante el desenvolvimiento de la serie, impidiendo que llegue al momento de sentenciar (o de sobreseer).

A partir del sobreseimiento, cabría hablar ya de modos anormales de conclusión del juicio. Y por este camino, se encuentran los casos de las situaciones naturales, como sucediera en México en 1985, cuando un sismo hizo se perdieran los expedientes de los procedimientos escritos, junto con los edificios destruidos. Centenares de juicios tuvieron que reproducirse, muchos desde su inicio porque las partes o los juzgadores, no conservaron constancias de su avance.

Estos fenómenos naturales —inundaciones, incendios, etc.—, aunque previsibles, no están calculados en la vida normal de los tribunales, lo que contrasta con otras situaciones que, no siendo tampoco normales, están previstas en la legislación procesal.

Tales son, desde luego, la muerte de una o ambas partes, cuando su presencia es indispensable, por cuanto no versan derechos disponibles por medio de terceros. Es claro que, cuando puede entrar al proceso un sustituto, la serie continuará, pero si, por ejemplo, en materia penal, se juzga sobre la libertad del reo, no cabe pensar en otro sujeto que venga a suplantar su actividad, ni siquiera so pretexto de que lo hace por limpiar su honra.

a) Para Enrico Redenti³¹⁰ el curso del proceso en primera instancia puede

³¹⁰. *Derecho procesal civil*, cit., T. I, pp. 485 y ss.

quedar más o menos en suspenso por orden del juez. El primer caso de suspensión obedece a la necesidad de coordinar el juicio civil con el penal o con el administrativo, a efecto de lo cual, se hace la denuncia al ministerio público, para que deduzca la pretensión punitiva que corresponda, dejando entre tanto suspensa la actividad en lo civil.

En este autor, la idea viene expuesta con relación a la interdependencia de causas, de manera que con el fin de armonizar las decisiones, se impone suspender uno de los procesos si no es que se ordena su reunión.

Llega a considerarse el caso oscuro y problemático, en que se pide la suspensión de un juicio por la invocación de la autoridad del caso juzgado, en otro que está sujeto a impugnación; aquí, la ley italiana parece establecer una suspensión facultativa del juez, y la providencia deberá considerarse ordinatoria y de simple oportunidad.

La suspensión es para Redenti la manera en que el proceso entra en un estado transitorio de reposo, y sólo al cesar la causa de la suspensión o que venza el plazo de la que conceda a instancia de parte, podrá reanudarse el proceso.

En el caso que el proceso se reasuma, si se efectúa nueva audiencia, se efectuará desde el punto a que se había llegado y en el que apareció la detención. Si había plazos en curso, comenzarán a correr desde el día de la nueva audiencia.

Por cuanto a la interrupción, se alude a la muerte de una de las partes o del procurador, y también a la cesación de la capacidad para comparecer, y a su caso contrario de adquisición de la misma; situaciones que se distinguen en el hecho de que en unas hay cambio de partes sustanciales y procesales, y en las otras sólo lo segundo. Estos casos, llamados disparejos por Redenti, son recogidos bajo la rúbrica de la interrupción, que no se presenta cuando se trata exclusivamente de personas que componen un órgano como el ministerio público o fiscal.

Tampoco durante la interrupción pueden llevarse a cabo actos del procedimiento, aunque la legislación italiana considera las distintas situaciones, según que se haya constituido o no el juicio, lo que trasciende a la procedencia o improcedencia de la interrupción, y puede llevar a la nulidad de lo actuado o a la declaración de contumacia y aun a la extinción del proceso.

El interés parece radicar en la reanudación, que tratándose de la nueva audiencia se hace desde el punto a que se había llegado. Tampoco durante la interrupción puede actuarse y lo que importa, según Nicola Jaeger,³¹¹ son los efectos de cada figura los que prácticamente son los mismos: en las dos está prohibido realizar actos procesales, salvo los proveimientos de urgencia, pero los plazos en curso se detienen para comenzar a correr cuando el procedimiento continúe o se reanude.

La diferencia, entonces, agrega esta doctrina, viene dada por sus condiciones que son sensiblemente diversas, en cuanto la causa de la interrupción es siempre subjetiva y consiste en el inhabilitarse del sujeto necesario para la subsistencia del contradictorio, mientras que la causa de la suspensión es objetiva y puede

identificarse con el defecto temporal de una de las condiciones del poder del juez.

No hay, pues, ni en la doctrina, ni en la legislación³¹² un significado científicamente preciso para cada caso. En ninguna parte se prevé la inutilización del plazo anterior, tal y como se comenta para la legislación argentina;³¹³ y no parece trascendental que la interrupción se produjera por ministerio de ley, y la suspensión por determinación judicial, porque la separación seguiría siendo un criterio relativo; y de ahí que finalmente ambos términos hayan sido asimilados como se ve en las leyes mexicanas.

Cabría, desde luego y parangonando el fenómeno con el tratamiento en lo civil, disponer que el plazo para contestar se interrumpiere por la denuncia del litigio, significando con ello que el tiempo transcurrido se inutilizaba, de manera que sería propio de la suspensión la demanda contra menores e inhabilitados, a fin que no corriera o no comenzara a correr el plazo sino a partir de la designación del representante correspondiente.

b) La suspensión o la interrupción que no puede considerarse todavía como una categoría precisa, puede convertirse con el transcurrir del tiempo astronómico en una manera de terminar el proceso. Para sólo mencionar un caso del dominio público, en virtud de los sismos de 1985, muchos expedientes se perdieron en los tribunales de la ciudad de México. El tiempo ha transcurrido sin hallarlos, por lo que ha sido preciso, ante la falta de documentos que permitan su reposición, darlos por terminados, con todas las consecuencias que puedan imaginarse en los distintos campos.

Hay otros casos que provienen, no de hechos naturales (aunque anormales), sino de causas atribuibles a las partes. Si los incendios, inundaciones, sismos o destrucciones de cualquiera clase son casos fortuitos, los hay que son de fuerza mayor como las huelgas, las guerras, las invasiones y demás.

A su lado, las conductas de los sujetos que Jaeger llama necesarios para configurar al proceso, pueden ser las originadoras de la paralización, temporal o definitiva del proceso.

Se habla del desistimiento y de la renuncia y se les vincula con la preclusión, pero en realidad debe vérselos desde la perspectiva de la posible terminación del proceso.

Inicialmente se creería que si el demandante ha dado lugar al juicio, no debería ser él quien provocara su anómala terminación; pero no sucede así, porque razones de distinta naturaleza pueden conducir a la renuncia y al desistimiento de su parte.

Es pertinente tener en cuenta que la actividad provocada por la demanda o la acusación es compleja, que intervienen los reos y los juzgadores más sus auxiliares y colaboradores. Apartarse del proceso no puede ser tan sencillo como iniciarlo, y

³¹¹ *Diritto processuale civile*. Torino, 1944, p. 468.

³¹² La mexicana considera el punto en el código federal de procedimientos civiles, artículos 288 y 291, y el distrital menciona la interrupción del plazo de caducidad en el 157 bis.

³¹³ Hugo Alsina, *Tratado*. T. I, pp. 757 y ss.

Víctor Fairén Guillén³¹⁴ encuentra en el desistimiento una actividad compleja que a partir de la declaración de voluntad del demandante, conduce al abandono de la primera instancia o del recurso.

En palabras de Fairén Guillén, el desistimiento opera en sentido inverso al escrito constitutivo del proceso, porque extingue la litispendencia y deshace el vínculo pretensional.

Cabe la posibilidad que el demandante no intente una renuncia al nuevo ejercicio de su pretensión, lo que, desde luego no puede ocurrir en el estadio impugnativo. Se advierte que el extremo es distinto al supuesto en que el sujeto se aparta definitivamente del juicio.

Hay aquí una visión certera del acontecimiento procesal: de un lado, a riesgo de reanudar el plazo de la prescripción sustantiva, el sujeto abandona ese procedimiento, con toda seguridad para iniciar otro por la misma pretensión. De otro, lo abandonado es el derecho mismo, la supuesta titularidad de fondo, por lo que se hace materialmente imposible volver a acudir a los tribunales en defensa eficiente de ese derecho sustantivo.

De ahí deriva el que en la práctica suela exigirse la bilateralidad en el desistimiento, porque la renuncia del demandante a obtener sentencia favorable implica la pérdida también de la expectativa del reo, quien debe tener oportunidad para meditar y decidir.

Eduardo J. Couture³¹⁵ ha considerado que el desistimiento es uno de los problemas más turbulentos del derecho procesal, porque la renuncia del derecho no es fenómeno procesal sino sustancial y además de desistimiento y renuncia hay abandonos que no caben en esas figuras.

Couture encuentra cuatro casos o aspectos distintos de la renuncia desde el punto de vista procesal: i) la del derecho incluida por el legislador; ii) la de la acción, dado que para el legislador acción y derecho son sinónimos; de manera que en seguida aclara que la renuncia de la acción por antonomasia, deja subsistente el derecho, así como hay derechos sin acción en las obligaciones naturales; iii) renuncia del juicio que implica la del conjunto de actos procesales concretos ya realizados; en esta renuncia el actor se reserva el derecho de iniciar otro juicio por el mismo motivo; iv) renuncia de un derecho procesal concreto, como al escrito de réplica o de dúplica, a la declaración de un testigo, al derecho de apelación y demás, casos en que no se abandona ni el derecho ni la acción ni todo el juicio iniciado, sino un acto procesal concreto.

Parece que los problemas que han preocupado a la doctrina han sido la bilateralidad del desistimiento y la relación entre la renuncia a la acción con la del derecho sustantivo. Lo demás, como la clasificación de Couture, es realmente algo secundario y hasta sin mayor trascendencia procesal y científica, porque

abandonar el ejercicio de derechos concretos es propio de los títulos facultativos.

Pero retirarse del proceso es una actitud que tiene paralelo con la que consiste en no acudir voluntariamente, tanto así que vistas las figuras desde otro ángulo, es lo que ha permitido a Francisco Carnelutti³¹⁶ hablar de excluyentes y a sus seguidores de equivalentes procesales.

La nómina comprende, a más del desistimiento y la renuncia, que se suponen provenientes del demandante, al reconocimiento, la confesión y el allanamiento que se aplican al reo, sin olvidar la transacción o las convenciones y cuerdos que son de ambas o de todas las partes de un procedimiento bilateral o colectivo como el concurso.

Acontece que estas categorías pueden ser analizadas y sistematizadas desde capítulos diversos de la ciencia procesal. Aquí se les ubica y conecta con las maneras de terminar (anómalamente) con el proceso, pero pueden vincularse con su exclusión o las actitudes del reo.

Con la exclusión fue que Carnelutti hizo la relación y, por ende, no atendió a la conclusión o finalización del proceso, sino a su impedimento. En tal caso, tendrían que formarse parejas de actitudes, por lo que a la renuncia del futuro o probable demandante, se enfrentaría la aceptación del presunto reo, y desde luego la convención entre ambos para no ir al juicio.

Desde el punto de vista de las actitudes que puede asumir el reo, cabe hablar de confesión —que también suele vincularse con la demanda, ya que el actor afirma y, por ende, admite los hechos que narra por ser propios—, reconocimiento y allanamiento.

Así contempladas estas figuras, que se vinculan con el derecho sustantivo y no con el instar procesal, sólo encuentran paralelo en la renuncia. Pero todavía cabe que el demandante y el reo transijan o pacten durante el proceso —y aún después de terminado, como cuando la ley mexicana permite ir al arbitraje dictada la sentencia, inclusive la de segunda instancia, lo que se explica por razones prácticas, ya que más vale obtener algo de un insolvente o de un renuente contumaz, que quedarse con un fallo inejecutable o ineficiente—.

Para reubicar estas categorías en el capítulo de la terminación anticipada del proceso, debe reclasificarse al lado de los acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes, de manera que resulta un grupo volitivo que abarca las conductas del demandante: desistimiento y renuncia, con las del reo: reconocimiento y allanamiento, siendo la confesión común para las dos partes, y añadiéndose la transacción o el convenio y el acuerdo de acreedores como medios cooperativos.

Así pues, el proceso terminará anticipadamente, no sólo cuando el demandante deje ese juicio en particular, con la anuencia o consentimiento del reo, sino cuando deje su mismo derecho sustantivo, para lo que no requiere del asentimiento de nadie. De otro lado, se dará el mismo fenómeno cuando el reo reconozca el derecho y admita los hechos, que es la figura del allanamiento.

Por ende, si sólo se da la confesión, no finalizará la serie porque quedará en

³¹⁴. El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia, Barcelona 1950, y El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil, en *Estudios*, Madrid 1955, pp. 593 y ss.

³¹⁵. *Procedimiento civil*, versión taquigráfica de Marcos Medina Vida. Montevideo s.A. T. III, pp. 68 y ss.

³¹⁶. *Sistema*, op. cit., T., pp. 183, 197 y ss.

pie la discusión del derecho; y si este se acepta, también subsistirá el proceso porque no se admitirán los hechos.

Y el convenio, particularmente la transacción, será el medio idóneo para concluir el conflicto y por lo mismo el proceso; de ahí que las leyes suelen prohiar la avenencia y aun lleguen a imponer al juzgador la obligación de acercar a las partes en una amigable composición, unas veces antes del desarrollo del juicio y otras en cualquier momento hasta antes de sentencia.

TITULO TERCERO DESARROLLO PROCESAL

I

PRETENSIONES, DEBATE Y OBJETO PROCESAL

155. Quedó asentado reiteradamente que el proceso no tiene un fin ni una justificación en sí mismo, que no se hace proceso por procesar, que no se está ni ante un juego ni ante un ensayo, no es un medio de práctica ni de clínica; el proceso, a diferencia de las figuras de derecho sustantivo o material, tiene un porqué que se relaciona con el para qué.

Pero al poner atención en el primer extremo, hay una inconciente propensión hacia la búsqueda del conflicto, y ante situaciones anómalas como la simulación o el fraude se tropieza con una falta de concordancia, ya que tiene que explicarse la existencia de un proceso sin la existencia de un conflicto jurídico, verdadero, que se ha elevado a la categoría del por qué.

De ahí que sea necesario establecer que el ingreso al proceso no es precisamente ese conflicto. Si se busca la causa (lógico-jurídica) del proceso, se encontrará a la pretensión (conflictiva).

Esto implica tener que pasar del punto conflicto, al punto pretensión, así sea conflictiva por su sentido, ya que esto último proviene de su presentación y no de una electiva existencia de la contienda anterior.

Resulta entonces, que en el proceso penal se da la pretensión conflictiva con la acusación, aunque entre el acusador (ministerio público o fiscal, ofendido o simple particular) y el procesado, no haya conflicto anterior, no haya existido contienda ni problema alguno.

Pero esa pretensión es: la afirmación de un derecho y la exigencia de su tutela. Así es, porque inclusive en lo penal, tal como ya lo viera Goldschmidt al elaborar su idea del derecho justicial material, el acusador, y él pensaba en el Estado, afirma tener el derecho de punir y exigir su reconocimiento judicial.

Más claramente se advierte el esquema en lo civil —mercantil, laboral, fiscal, administrativo, etc.—, porque ahora el demandante predica de su personal derecho material agredido, no satisfecho o violado y persigue el pronunciamiento que lo tutele.

Si hay simulación o fraude, ello es indiferente ante la condición impuesta por el sistema positivo: para que haya proceso es menester que se afirme la existencia del conflicto, y esto se efectúa a través de la pretensión conflictiva que, cabe adelantar la casuística, podrá resultar una pretensión de sentencia favorable aceptada por la contraria: allanamiento.

a) Aparte de su significado descriptivo, por el que la pretensión muestra la hipotética existencia del conflicto y presenta la exigencia del consiguiente

pronunciamiento, tiene su significado mostrativo o demostrativo en el que ubica la índole del conflicto.

Queda supuesto que los conflictos se forman en cualquiera rama o disciplina jurídicas. Tanto hay conflicto penal, como civil, mercantil o laboral o de cualquiera otra naturaleza.

Este significado mostrativo tiene efectos determinantes para la competencia en primer lugar, pero también para establecer el caso juzgado, porque el conflicto, que se distingue según su consideración en una o en otra categoría sustantivas, puede ser llevado a sedes judiciales distintas al mismo tiempo o consecutivamente, sin violar la idea de no reiterar el juzgamiento.

Así pues, una misma pretensión conflictiva muestra consistencia civil y penal, administrativa y laboral, castrense y penal, disciplinaria y política, electoral y penal, y así por el estilo.

Deducida la pretensión conflictiva en una primera sede, nada obsta para que, si existe o subsiste conflicto de otra índole, entre las mismas o diferentes partes —actores y demandados en lo civil, acusador y reo en lo penal, donde se observa que sólo el segundo es el mismo sujeto: demandado y reo—, se constituya un segundo proceso.

La prohibición que suelen consagrar las Constituciones políticas de los distintos países del doble juzgamiento, *non bis in idem*, queda respetada por cuanto el significado mostrativo de la pretensión señala al mismo tiempo dos órdenes jurídicos que la regulan: mercantil y penal, o laboral y administrativo, y demás. Pero no cabe volver a juzgar el mismo conflicto dentro del mismo círculo regulador.

Es comprensible que la pretensión sea mostrativa no de un conflicto simple, sino de uno compuesto por varias cuestiones en el mismo plano normativo; de manera que el llamado caso o lo que también se conoce como la causa procesal, se componga dentro de lo civil o de lo administrativo, de lo penal o de lo laboral, etc., de más de dos cuestiones, con lo que inicialmente cabe demandar por usucapión o por herencia, por depósito o por préstamo y así por el estilo.

Esto sí puede producir dificultades frente al brocardo *non bis in idem*, porque si se ha intentado la reivindicación por haberse adquirido el bien a título de donativo y luego se exige por compraventa o por sucesión, el significado mostrativo irá variando, pero el conflicto parecerá ser el mismo, siendo iguales las partes y el objeto.

b) El aspecto más difícil, el que ofrece mayor complejidad es el sentido descriptivo.

Mostrativa o demostrativamente hablando, la pretensión exhibe un conflicto jurídico y de cierta sustantividad, al tiempo que busca su resolución mediante sentencia; pero las leyes se han dividido imponiendo una de sustancialidad de la demanda, y otra su individualización.

Una demanda sustanciada es aquella que narra con los mayores detalles posibles el conflicto y la clase de resolución que se pide, o lo que es igual: la *causa petendi* y el *petitum*. En cambio es individualizada la demanda que se concreta en una

fórmula, en una denominación clásica o no como puede ser la pauliana frente a la petición de herencia, la publiciana a la *familiae erciscundae* frente a la reivindicatoria, a la plenaria de posesión, o a la interdictal.

La diferencia es grande, porque en la demanda individualizada, por ejemplo el caso de la acusación por fraude y no por abuso de confianza, por peculado y no por robo, los errores de calificación pueden conducir a la pérdida del juicio.

En cambio la demanda sustanciada al limitarse a narrar los hechos, somete a la consideración del juzgador el tipo de derecho que se discuta. Aquí opera el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Esta característica descriptiva del lenguaje de la pretensión, trasciende hasta los problemas de litispendencia y caso juzgado, transformación y ampliación, conexidad y acumulación de pretensiones. El significado descriptivo, más que el mostrativo, hacen que el juez determine *in limine*, la admisibilidad de la acción, su procedencia, la constitución del proceso por señalamiento o acogimiento del o de los reos, el tipo de procedimiento que corresponde a su competencia, y aun las medidas procedimentales que deba tomar, como cuando en el concurso, la quiebra o las sucesiones, ordena se recojan documentos, se dé aviso al correo, se entreguen en depósito de cierta persona, se abra la correspondencia, se designe el administrador, provisional o definitivo, se ordene el arraigo, la inhabilitación, el embargo de bienes y la indisponibilidad patrimonial y así por el estilo.

Y debe tenerse en cuenta que además del hecho que la pretensión muestra un problema conflictivo jurídicamente hablando, esto es, un problema o dificultad lógica que además es conflictivo por la intransigencia de las partes, posibilita la variabilidad del objeto lógico a juzgar: el *thema decidendum*.

c) Tres elementos han sido señalados para la identificación de la pretensión, con la cual se confunde constantemente a la acción. Ellos son las personas, lo que se pide y el por qué del pedido: *personae*, *petitum* y *causa petendi*.

Esos tres elementos han de ir mostrados, significado demostrativo, en la demanda o en la acusación. Se trata del mero señalamiento que la conducta inicial del demandante precisa y que conduce a la identificación de los datos subjetivos y por razón de las personas, del objetivo y por las demás notas.

Ya al hablar de los datos subjetivos hay discrepancias doctrinarias, porque unos entienden que el Estado o el juez como su órgano es el sujeto destinatario de la acción, en tanto que otros sólo ven dos sujetos, titulares del instar que son el demandante y el reo.

Lo cierto es que la proyectividad de la acción es diferente a la transitividad de la pretensión; aquélla enlaza el hacer, la conducta dinámica dentro del proceso, en tanto que la mera pretensión vincula a las partes con el dictado final del juez.

Pero la pretensión con su significado mostrativo del conflicto que busca una resolución, se enfrenta a la pretensión de la parte contraria y se forma un debate dentro del proceso, mismo que ha de ser el objeto, la problemática conflictiva a resolver.

Ha habido una larga confusión entre pretensión, acción y objeto del proceso, a

más del derecho sustantivo o metaprocesal. Como lo exhibiera Entico Redenti,¹ mediante el retruécano siguiente, con la acción (instancia proyectiva), se propone al juez la acción (pretensión) y el dirá si existe la acción (el derecho sustantivo discutido y a decidir).

El objeto del proceso no puede estar en el escueto instar proyectivo (en la acción), y ni siquiera en la pretensión, el pedir y su causa jurídica, sino en el derecho discutido.

Pero ese derecho, sin la pretensión que viene a ser su lenguaje descriptivo y sin la acción que es el vehículo procesal resulta indiferente para el juez, porque la justicia, en este caso, es rogada, es decir, provocada por las partes; y si una ha descrito su problema con sentido conflictivo (intransigente), la otra está obligada y tiene derecho para hacer lo propio. Por ende, al formarse un contraste entre los puntos de la *causa petendi* más los del *petitum*, lo que el juez habrá de resolver no puede limitarse a la demanda o a la acusación, sino al contraste formado con la defensa.

d) La formación dialéctica del objeto del proceso tiene dificultades de confrontación de pretensiones, que aumentan al presentarse la transformación del *petitum* o de la fundamentación, lo que se da cuando al lado o en lugar de la pretensión primitiva se hace valer otra.

Sobre la fundamentación de la demanda se presentan las dos tesis ya anticipadas. La tradicional es llamada por la doctrina de la sustanciación y corresponde a la suma de hechos constitutivos, a la vinculación fáctica aportada por el demandante. De ella fueron partidarios Wetzel, Struckman, Planck, Nikisch, Goldschmidt, Weissmann y Schönke. La doctrina de la individualización entiende por fundamento tan sólo la exposición de la relación jurídica sobre la que se basa la pretensión; y este fue el pensamiento de Wach, Schmidt, Bolgiano, Hellwig y otros.²

Lo que se discute es si los hechos constitutivos del derecho que se evidencian en la demanda o en la acusación, como violados, forman por sí la *causa petendi* o sólo sirven para individualizar una relación controvertida. Por la sustanciación se concede importancia a la alteración de la parte fáctica, en tanto que la individualización considera relevante la alteración jurídica.

En el fondo estas doctrinas no se excluyen y han llegado a compenetrarse y su finalidad ha concluido en la coincidencia. Lo que todavía les separa es el punto de vista de que parten. En un caso se va a la diferenciación de los hechos y en el otro se hace del derecho.

Lo que verdaderamente se discute es el momento que ha de efectuarse la individualización o la sustanciación, y el sujeto procesal que ha de llevar a cabo tal labor. Por ejemplo, se buscaría que el demandante sintetice los hechos, de manera que en lugar de enunciarlos, exprese el resultado idea o sea la preten-

sión jurídica individualizada. Por ello Fairén estima que la cuestión ha de estar fácticamente sustanciada y jurídicamente individualizada.³

La acumulación de pretensiones debe distinguirse de la concurrencia de normas. Según la jurisprudencia española, no se estima como transformación la adición en la réplica de una petición de indemnización de daños y perjuicios, ni la nulidad y rescisión de operaciones divisorias. Se admite que la concurrencia de normas alegada en réplica no produce transformación, y se extiende el criterio a la concurrencia de pretensiones, lo que implica que el tribunal español parte del cambio o no cambio de la fundamentación.

e) Si se ubica en un centro ideal a la pretensión, la referencia procesal ha de hacerse hacia el objeto, que algunas veces se confunde con el fin o con la finalidad, a los que en todo caso debe llamarse objetivo.

Las pretensiones que entran en contienda, ya sean sólo las del demandante contra las del reo, o las de los coadyuvantes y aun las de los terceros intervinientes que se acumulan a las otras, son las que delinear el objeto del proceso.

Tampoco ahora existe unanimidad de criterio doctrinario, Karl H. Schwab⁴ ha efectuado una amplia revisión de las tesis de distintos autores, desde la remota antigüedad con Aulo Gelio o Quintiliano.

El autor comienza por advertir que pese a los esfuerzos de largas décadas, no se ha hallado el concepto aceptable. Desde luego hay que observar que la pretensión surge desde el conflicto que antecede al proceso. Sería que es el punto que une lo sustentativo con lo procesal: lo que en la vida común del derecho es el problema convertido con conflicto intransigible, porque no lo quieren las partes o porque legalmente no quepa la transacción como en lo penal, se vuelca en el proceso para formar su objeto a través de la pretensión, la cual subsiste hasta la sentencia y más allá de ella cuando la ataca o la ejecuta en las obligaciones de dar. De manera que el objeto contiene la colisión de pretensiones, lo que implica choque de normas, de interés y de opiniones para quienes así lo vean en lo penal.

Lo que hace más difícil adoptar una tesis, de las tres que exponen Rosenberg, Lent y Nikisch y que Schwab recoge,⁵ es el fenómeno de la pluralidad de derechos materiales frente a la unidad y posible pluralidad de pretensiones procesales. Así, la pretensión redhibitoria, fundada en incumplimiento de la garantía y en la existencia del error, sólo dará un objeto litigioso consistente en la afirmación de la pretensión redhibitoria y las relaciones materiales quedan en calidad de razones. En éste y en el caso de la terminación del contrato de arrendamiento, fundada en la necesidad de la cosa para uso propio y en la conducta perturbadora del inquilino, la condena será una sola; pero es factible que se desheche una razón y se acoja otra, o que ambas se acojan o deshechen, por lo que hay que determinar la trascendencia de las razones en determinadas circunstancias, porque podrán provocar dos o más procesos que, si se siguieran al mismo tiempo llevaría a la

¹ *Derecho procesal civil* Trad. Santiago Sentis Melendo, Bs. As. 1957, T. I, p. 32.

² Victor Fairén Guillén, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela 1949, pp. 21-22.

³ Op. cit., p. 77.

⁴ El objeto litigioso en el proceso civil, Trad. Tomás A. Banzhaf, Bs. As. 1968.

⁵ Op. cit., p. 15.

acumulación por conexidad, pero si son sucesivos es discutible que fallando uno haya caso juzgado.

f) Las llamadas razones por la doctrina alemana pueden quedar en el significado mostrativo de la demanda o de la acusación y coincidir con las fórmulas de la individualización; pero también cabe que se compliquen en la significación descriptiva y se haga necesaria la sustanciación en los escritos iniciales.

Parece acertado que se identifiquen las pretensiones de sentencia con independencia de la unidad o pluralidad de derechos sustantivos y así, Rosenberg determina el objeto litigioso con criterios procesales. Es la petición dirigida a obtener la declaración, la susceptible de la autoridad del caso juzgado, la que tiene consecuencias y se caracteriza por la solicitud, y cuando es necesario, por el estado de cosas expuesto para fundamentarla.

El centro de gravedad se coloca en la solicitud, pero ni ésta ni el estado de cosas son el objeto litigioso, que en cambio se constituye por la petición de sentencia. Aquí advirtió correctamente el autor que toca al demandante elegir una o varias pretensiones de sentencia de entre el conjunto de pretensiones sustantiva deducibles. De esta manera se explica que habiendo dos hechos históricos: una letra de cambio y un contrato de compraventa, sea una sola la pretensión hecha valer la trascendente de sentencia favorable.

Habrán acumulación para Rosenberg cuando se presenten varias solicitudes pero no cuando una misma se funde en diversos sucesos, y también cuando varias solicitudes se funden en un estado de cosas o en varios: si, por ejemplo, se peticiona por el mismo estado de cosas una indemnización por daños y perjuicios y además una renta, o si por varios sucesos se exige la devolución de la cosa arrendada y una indemnización por daños. El factor decisivo es el número de solicitudes o peticiones de la pretensión procesal.

La modificación de la demanda operará por la modificación de la solicitud, pero una modificación del suceso tiene consecuencias si la solicitud o el objeto litigioso necesitan ser fundamentados para su individualización. Hay modificación si una demanda de desalojo se apoya, primero, en la nulidad del contrato y, luego, en la rescisión del mismo o en la expiración del plazo, aunque la petición o solicitud de condena de desalojo siga siendo la misma. Si todos los estados de cosas se exponen conjuntamente habrá un solo objeto litigioso, pero si se exponen uno después de otro, habrá modificación de la demanda y cambio de objeto litigioso. Sólo para las demandas de declaración de un derecho o de una relación, la modificación del estado de cosas no tiene como consecuencia una alteración del objeto

g) Se observa, en definitiva, que es en la posibilidad de alterar o modificar la fundamentación, donde aparece la transformación del objeto del proceso, porque, no obstante la opinión mayoritaria de la doctrina, la fundamentación viene dada por el derecho.

En efecto, se cree que es la norma, abstraída de la realidad a lo que hay que denominar derecho, pero el nivel de lenguaje que está significando mostrativamente: el caso, el acontecimiento fáctico, tiene por objeto de conocimiento un

hecho normado. De manera que hablar de fundamento es tanto como aludir a los hechos, al aspecto fáctico de un problema, pero a los hechos mirados desde el derecho porque distinguir entre compraventa, tradición y usucapión, es lo mismo que diferenciar hechos más su calificación jurídica.

Sería enteramente inútil ir al proceso para discutir la distancia que hay entre una figura y otra, contempladas en lo absolutamente abstracto de la ley. La alteración de fundamento es impensable si no se hace mediante datos de la realidad y la juridicidad. De ahí que sea el significado descriptivo el que más importe para determinar, para definir el objeto del proceso.

Ahora bien, la fundamentación: demanda de divorcio por abandono, o demanda de divorcio por sevicia, o por adulterio, etc., tal razón de ser de la pretensión, puede ser múltiple, esto es, acumulativa o descriptivamente plural. Sin embargo, la misma pretensión, mirando hacia el futuro, hacia la sentencia, será unitaria, porque buscará el divorcio. El juez podrá concederlo por una razón y negarlo por las demás, o concederlo o negarlo por todas.

Para la formación del caso juzgado, lo que importa es el resultado prevaleciente. Es verdad que los fundamentos pueden ser varios, y que el objeto del proceso puede formarse complejamente con todos; pero el caso juzgado, y en esto se diferencia de la litispendencia, será el pronunciamiento prevaleciente. Así, la sentencia que niega el divorcio por adulterio, no es igual que aquella que lo hace por adulterio por abandono, ni que aquella que niega el adulterio pero concede el abandono. El caso juzgado, respecto de la sentencia favorable al demandante será por el fundamento acogido; y el caso juzgado desfavorable lo será por la razón rechazada, y si lo fueren todas, los fundamentos esgrimidos habrán sido juzgados desfavorablemente.

A veces, como en la materia penal, entre el conflicto, el objeto del proceso y la sentencia hay diferencias connotativas. El conflicto se produce entre la víctima y el transgresor, el debate que forma el objeto se establece entre el acusador y el victimario y la sentencia entre el juez, la administración pública y el condenado.

II LAS PARTES Y EL INTERES PROCESALES

156. Un proceso sin partes es inconcebible y decir partes equivale a decir contendientes, aunque en ciertas hipótesis no tienen conflicto entre sí como tratándose de la materia penal, o no quieren tenerlo como en el proceso impuesto —caso típico es el de nulidad de matrimonio en que hay que ir al proceso, aunque las partes estén conformes en la invalidez—.

Hay un debate entre dos sujetos y por ello se habla de la bilateralidad, sea de las partes, del accionar o simplemente del instar y del pretender. Sin embargo, la pluralidad puede presentarse si la parte es una subjetividad múltiple, si la parte es una multiplicidad formal o pretensora y si al juez se le llama parte imparcial.

Con estas reservas y especificaciones, por parte se entiende el elemento subjetivo condicionante del proceso. Tal sujeto puede ser un individuo físico o una persona jurídica. En el primer supuesto se habla de sujeto capaz o hábil, y en el segundo de personalidad autónoma.

Ahora bien, el estudio de las partes suele hacerse luego de estudiar los órganos judiciales, pero también se efectúa luego de analizar la relación procesal o se le enfrenta a la competencia.⁶

Cuando se inicia el estudio desde la perspectiva de la persona se alcanza la calidad de parte en razón del interés jurídico. Se está frente a un dato enteramente jurídico y objetivo, lo primero porque se dejan fuera situaciones calificadas también de interés como los beneficios económicos, sociales, políticos o de índole parecida; y lo segundo, porque el interés viene dado por la situación y no la persona, esto es, se trata de considerar a la última subsumida en un círculo de regulación legal; el interés, así establecido, resulta de la posición que tiene el sujeto jurídico. Si se encuentra en el círculo considerado por la regulación legal, ostentará o invocará un interés, cualquiera que sea el beneficio o el perjuicio extrajudiciales que de ello se le sigan; por ejemplo, tanto interés jurídico tiene el demandante como el reo, el acusado como el acusador, el que venció en otro procedimiento como el vencido. Lo determinante estriba en quedar ubicado en el contexto de cierta normatividad, la que en ese momento sea materia de discusión.

En vista de ello, para identificar la subjetividad que importa al derecho procesal, hay que partir de la afectación institucional, porque debe recordarse que se está en el punto de tránsito de las normas públicas y privadas a través de la afectación subjetiva.

a) Dado que el proceso pertenece a ese tipo de construcciones jurídicas que

significan la estructura institucional, es consecuente con su naturaleza el efecto modificador de la subjetividad.

La norma procesal necesita de un destinatario que reciba la titularidad de accionante, y como su habilidad jurídica puede conducir a la mayoría de edad o a la ciudadanía, se atiende a las condiciones que convierten al accionante en parte.

La parte viene entonces determinada por la titularidad de pretensiones y prestaciones conflictivas que, faltando la realidad del conflicto, se reducen a la pretensión estrictamente procesal.

Cuando aparece la inhabilidad jurídica, la subjetividad procesal se complementa, al igual que en el supuesto de entes ideales, con la habilidad de un sujeto que, así, queda legitimado.

Cabe, desde luego, que el sujeto sea hábil y desee estar representado por otro a quien otorga poder a través de un contrato de mandato. Por ello la representación del inhábil o del ente se distingue de la del sujeto hábil, destinando la legitimación para el primero y el mandato para el segundo.

Si el sujeto es titular del derecho, titular del conflicto, y titular de la pretensión procesal, se habla de quien actúa por su propio derecho.

El problema que puede presentarse por la utilización del término pretensión en los dos ámbitos, el sustantivo y el procesal, se resuelve advirtiendo la relación con la prestación correspondiente, porque en lo sustantivo ésta se ubica en la contraparte, mientras que en lo procesal corresponde a quien debe resolver.

Pero no siempre se ha aceptado el uso de representantes y mandatarios, Ramón J. Feo⁷ recuerda que en el antiguo derecho romano se aplicaba la directriz *per extraneam personam nihil acquiri posse*. Fueron las exigencias de la práctica las que condujeron a la representación por el pueblo, por el pupilo y por el siervo, así como por el ausente y en cautividad. Tal iniciosa encuentra en Ulpiano.⁸

En el Fuero Juzgo y en códigos anteriores a las Partidas, ya aparecen disposiciones sobre poderes y procuradores. La ley 2ª, título 5º, de la 3ª Partida, indicaba que todo hombre mayor de veinticinco años que no estuviera en poder de otro, podía nombrar personero en su pleito. La ley 1ª, título 28, libro 2 de la Recopilación de Indias, ordenaba que en cada audiencia y chancillería real hubiera un número preciso de procuradores.

b) El concepto de parte no se limita a quienes verdaderamente accionan. No se entenderían entonces las fórmulas de la sucesión y la sustitución, ni las atinentes a la postulación por otro; si bien debe recordarse que también hay casos en que se pide en nombre propio por intereses materiales de otro, como acontece con el síndico y el albacea.

Quien ejerce la patria potestad, el tutor, el curador o el representante de un ente, expresan en el proceso una pretensión a ellos titulada procesalmente pero cortespontiente a los derechos o intereses de otros, inhábiles, ausentes o sin voluntad psicológica.

⁶ Cf. Carnelutti, *Instituciones*, op. cit., p. 11, pp. 174 y ss.

⁷ *Estudio sobre el código de procedimiento civil venezolano*, Caracas 1962, T. 1, p. 83.

⁸ Dig. Lib. 14, ad edict.

En lo anterior reposa la afirmación en el sentido que el proceso es autónomo pero no independiente del conflicto sustantivo. El problema consistente en saber sobre qué va a resolver la sentencia ha quedado resuelto, lo hace sobre el debate, que no es exactamente el conflicto, sino su perfil o su escorzo, que es su visión llevada al seno del proceso a través de la pretensión conflictiva, para distinguirla de la pretensión sustantiva. Esporelloque, inclusive, las partes pueden cambiar, sustituirse, sucederse, en definitiva, no son las mismas en ambos campos, y aún más, no estar sino en uno, como sucede con el ministerio público o fiscal presente sólo en el proceso.

En el contencioso-administrativo, o en el proceso electoral el partido (cuando lo hace posible la regla constitucional se encuentran una situación extrema, dado que las partes se van sucediendo, desde la acusada o acusadora (en el procedimiento por lesividad en que es la Administración la que ataca), a la que resuelve el recurso administrativo y que luego puede ser la demandada o estar sustituida por el abogado de Estado (procuradurías) y las partes finales en los respectivos procesos.

En todo esto va jugando el papel de centro de atracción el doble concepto de habilidad (jurídica) y el interés (jurídico). En cuanto a lo primero suele hablarse en lugar inicial de la capacidad, notación ambigua y hasta multívoca, que ha llevado a Francisco Carnelutti⁹ a enlazarla con los actos y no con los individuos, aunque su propósito no cristalizó al referirse a la existencia en el agente, de las cualidades necesarias para el ejercicio del poder para el cumplimiento del deber.

De cualquiera manera, hay ya una visión de lo inadecuado del término capacidad que en muchos casos —amparo, proceso laboral, etc.— se observa en los menores de edad, y también en los esclavos.¹⁰

c) No es forzoso que las partes sean las mismas a lo largo del proceso y por todas sus instancias y controles. En lo penal y en lo administrativo, por ser los órganos los que postulan y no los individuos, éstos van sustituyéndose, no sólo a medida que pasan de un plano a otro, sino en el mismo cuando los cambios de adscripción o de cargo hace necesario que otro sujeto cubra el puesto.

Y también hay sucesión, como acontece si una Secretaría de Estado ve afectado su patrimonio y corresponde a la Procuraduría General accionar, acusar o defenderse —en realidad a la nación—.

Esto exhibe la pluralidad subjetiva lineal, porque hay a lo largo de la transitivity procedimental, un cambio de estafeta que se explica en los órganos y se justifica en las personas, cuando el inhábil alcanza o recupera su habilidad y postula por sí mismo. La sucesión, ha dicho Eduardo Pallares¹¹ obedece a las siguientes eventualidades: muerte de una parte, que caiga en estado de interdicción, que sea declarada en quiebra o concurso civil, que habiendo estado inhabi-

litada recupere su plena habilidad por la cesación de esas situaciones o que deje de ser titular del derecho litigioso.

Hugo Alsira,¹² además de añadir la alteración de la relación procesal por cambio de juzgador, pone especial cuidado en distinguir entre sustitución y sucesión. En la última hay continuación de la personalidad del causante, y en la sustitución sólo un cambio de personalidad. La sucesión se ve nuevamente en el caso del fallecimiento y la sustitución en el de enajenación de la cosa litigiosa. Pese a la acuciosidad del autor, no se logra la distinción.

También en lo penal se habla del tema. Giovanni Leone¹³ lo incluye en el capítulo de la representación y la subrogación, categorías que, reconoce, han sido delineadas por el derecho procesal civil. La representación está en la escisión del legitimado y el titular en cuya esfera inciden los efectos. La subrogación consiste en la escisión entre el legitimado y el titular, y a diferencia de la anterior, se caracteriza porque el subrogante actúa, no en interés del subrogado, ni del subrogante mismo, sino para tutelar un interés superior. La sustitución es el poder reconocido a un sujeto para hacer valer procesalmente un derecho ajeno pero en nombre propio del sustituto. La subrogación penal se da cuando se legitima a un sujeto distinto del interesado para tutelar el interés superior o diverso como lo hace el defensor al actuar aun en contra de la voluntad del imputado.

d) Puesto que la titularidad, lo mismo del derecho que de la obligación se divide o escinde, la pluralidad subjetiva es consecuencia previsible, tanto en lo civil como en lo penal y en las demás ramas y disciplinas.

Ello propicia que al proceso acudan conjunta o separadamente los titulares, y muchas veces sus causantes o causahabientes. Las figuras penales, por ejemplo, se advierten en la complicidad, el encubrimiento, la coautoría y demás; las civiles se conocen con mayor profusión en la copropiedad, el condominio, la comunidad, la distinción entre propietarios y poseedores, usufructuarios, comodatarios, depositarios, arrendatarios, participantes en créditos o deudas, en inmuebles (bonos, cédulas, etc.).

Hay casos en que la transmisión del título relativo a la pretensión procesal se efectúa por mandato legal, como en la nulidad de matrimonio en que se legitima al ministerio público, a los descendientes y hasta otros parientes en línea colateral; pero también se ve en la tutela dativa o judicial y en sindicaturas o albaceazgos.

La legitimación, pues, se da como complemento de la inhabilidad jurídica y en la escisión de títulos, y de ahí se sigue el fenómeno de la transmisión que puede acontecer con los mismos inhabilitados como se ve en la sucesión del menor a título universal por muerte.

En resumen, la pluralidad subjetiva puede darse por las razones siguientes: i) escisión de los títulos, ii) complementación de la inhabilidad jurídica, iii) depósito temporal de la potestad jurídica, iv) ejercicio oficioso de título ajeno, y v)

⁹ *Instituciones*, cit., T. I, pp. 458 y ss.

¹⁰ Cfr. J.A. Seo. *Historia de la esclavitud*, donde se estudian las diversas clases de esclavos y sus distintas condiciones jurídicas.

¹¹ *Derecho procesal civil*, México 1961, pp. 119 y ss.

¹² *Tratado*, op. cit., T. I, pp. 496 y ss.

¹³ *Tratado de derecho procesal penal*, op. cit., T. I, pp. 248 y ss.

transmisión de títulos *inter vivos* y por causa de muerte, individuales o universales.

En la sucesión el primer titular desaparece y el proceso se establece con el sucesor, antes o durante su tramitación, dependiendo del momento de la transmisión del título.

En la sustitución, el ejercicio del derecho ajeno es temporal, aunque llegue a durar todo el proceso, como podría ocurrir en el depósito (embargo, secuestro, etc.), en la sindicatura o en la sucesión testamentaria o en los interesados.

Y en la escisión de títulos se contempla la pluralidad subjetiva posible y actual. Posible si no intervienen todos lo que pueden hacerlo, sea porque se reservan sus derechos o porque ignoran la relación constituida, y actual porque no es una sucesividad.

e) Pluralidad, sucesión y sustitución exigen, procesalmente, la portación de un interés jurídico.

Se trata, no de la idea sociológica, económica, política, cultural o familiar y gremial de las ventajas, de los beneficios o de los daños y de los perjuicios materiales o espirituales que atañan a los sujetos, sino del interés estrictamente jurídico.

Para que lo último suceda, tiene que efectuarse la operación ya conocida del accertamiento, pero reducido a la ubicación o posición del sujeto en la relación o situación jurídicas respectivas.

Quien tiene un título, sea de un derecho o de una obligación, quien está legitimado, quien es el sustituto, o bien el sucesor y hasta el gestor oficioso cuando la ley lo permite —por ejemplo, en el proceso contencioso-administrativo no se admite—, y naturalmente aquellos que participan del título escindible, todos tienen interés.

Pero puede acontecer que, sin ser titular de una relación en la que se encuentren preestablecidas pretensiones y prestaciones concretas, imprevistamente se afecte la esfera jurídica de un sujeto, como acontecería si se decreta una expropiación, si en el procedimiento de averiguación penal se cita a alguien para interrogarlo, si se dicta orden de cateo, si se priva de la libertad a un sujeto, si se decreta una suspensión de las llamadas garantías individuales.

En todos estos supuestos, el sujeto es colocado en la posición legal o constitucional requerida para actuar en cualquier sentido: administrativa o judicialmente y aun ante el legislador a través del derecho de petición. Tal eventualidad establece de por sí el interés jurídico, porque hace que el sujeto entre en relaciones, queridas o no, con otros sujetos, con otros órganos o autoridades.

Finalmente, el concepto de parte incluye el de interés jurídico, porque la persona que carece de éste no puede ser parte, en la inteligencia que a diferencia de lo que opina la doctrina¹⁴ no puede hablarse de la parte que actúa en interés propio y de la que lo hace en interés ajeno, porque lo que se está sugiriendo es que

el derecho o la relación sustantivos, pueden corresponder a un sujeto distinto de quien acciona procesalmente.

También cabe recordar que para la doctrina francesa, sobre todo,¹⁵ sin interés no hay *acción*.

f) Inicialmente, y tal como pudiera inferirse del adagio francés, es el derecho y es la obligación lo que identifican al interés. Pero en seguida se observan situaciones en las que tales títulos están ausentes, como a lo largo del derecho penal.

Hablar de interés jurídico del criminal parece un punto extremo, porque sugeriría un derecho a la transgresión o surgido de ella. Sin embargo sí existe el interés jurídico en este sujeto, porque de otra manera no se explicaría ni justificaría su derecho a la defensa, el cual no puede nacer de la acusación y menos de la sujeción a proceso: es un interés en la instancia porque de otra manera sería superfluo hablar de defensa.

En cambio, absurdamente o no, hay legislaciones como la distrital mexicana, que niegan todo interés jurídico a la víctima, porque constitucionalmente, se dice, la acción pertenece al ministerio público. El ofendido no puede acusar, ni ofrecer medios de confirmación, instar incidental o accidentalmente (embargos), ni impugnar, y apenas al final, podrá hablarse de un derecho a la reparación del daño si la sentencia así lo determina.

Por ende, el interés jurídico, íntimamente unido a la subjetividad, puede provenir de una relación o de una situación establecidas voluntaria o involuntariamente, como al contratar o al pertenecer a la familia o al grupo ejidal, comunal o sindical; y también puede derivarse, o de una imputación legal como en la acusación penal, o de una afectación de hecho (jurídico) como en el embargo de bienes de un tercero, o la concesión otorgada a otro sin oír al perjudicado, o la licencia o permiso para terceros con preterición o daño ilegales o inconstitucionales de un justiciable.

Se dice que el interés radica en el sujeto llamado por la ley para actuar en juicio, pero acontece que el sujeto se apersona y, sea que se le acepte o que se le rechace, su presencia misma le imputa interés jurídico para los trámites subsecuentes, como cuando peticona ineficazmente, cuando gestiona desfavorablemente, etc. Lo cierto es, entonces, que si ninguna de estas hipótesis se da, se carecerá de interés jurídico, aunque se tenga económico o social, como los casos citados por la doctrina administrativa de apertura de una escuela en lugar alejado del domicilio, la clausura de un mercado o de un rastro y así por el estilo. Los beneficios y los perjuicios son verificables, pero no entran en relación ni en situación jurídicas algunas. No hay, en estas hipótesis tutela de la posición del sujeto, por lo que los menoscabos serán meramente materiales y no jurídicos.

¹⁴. Cfr. José Becerra Bautista, *El proceso civil en México*, T. I, 1962, pp. 30 y ss., no puede hablarse de la parte que actúa en interés propio.

¹⁵. *Dictionnaire théorique et pratique de Procédure civile, commerciale, criminelle & administrative*, Paris s/v. T. I, p. 240: *C'est un principe général, en droit, que l'intérêt est la base et la mesure des actions. Pont d'intérêt, pont d'action, dit un adage.*

III

CONTINENCIA, ACUMULACION Y ESCISION PROCESALES

157. Las manifestaciones empíricas raramente, si no es que nunca, se corresponden con la simplicidad de la abstracción teórica, de manera que el conflicto se lleva al proceso de manera complicada, tanto en las cuestiones como en las personas, y esto coadyuva a descubrir que el debate no es fiel retrato del conflicto.

El conflicto debería quedar comprendido en la continencia, porque así sus cuestiones formarían la problemática a estudio, pero el conflicto, a su vez, se compone de varios problemas. Como la conexidad insinúa la vinculación de las cuestiones de un mismo conflicto, las que se han escindido para llevarlas a sendos procesos, se diría que ella permite, al menos, la homogenización de dicho conflicto, pero también acontece que se forma la conexidad de conflictos.

Entre las muchas contiendas sometidas a los juzgadores, dice Nicola Jaeger,¹⁶ pueden existir las más variadas relaciones, desde la de identidad hasta la indiferencia absoluta. Si dos o más conflictos son idénticos, es porque tienen todos sus elementos comunes y sólo debe emitirse una resolución. Esto es lo que se ha dado en llamar acumulación por conexidad.¹⁷

Pero en este punto, hay que distinguir, terminológica y jurídicamente, la acumulación de acciones, de pretensiones, de procesos, de sujetos, y de procedimientos.

Conocidas las características de cada categoría, se comprende que el accionar se acumule (se simultaneen) cuando hay dos o más sujetos que instan proyectivamente; que las pretensiones se acumulan, cuando en una o más acciones se deducen dos o más pretensiones; que hay acumulación de procesos como resultado de la multiplicidad de acciones; y que el procedimiento es acumulativo cuando se reúnen dos o más procesos, o un proceso con otro tipo de procedimientos.

Puede anticiparse que hay situaciones interdependientes, en las que nace la acumulación de una categoría sin que al mismo tiempo no se acumule otra. Tal es el supuesto de las acciones, que no pueden ser dos o más, si al mismo tiempo no se forma una serie proyectiva para cada una. Habrá, entonces, dos acciones, si hay dos procesos y viceversa.

En cambio no hay, no necesariamente, dos acciones ni dos procesos cuando hay dos o más pretensiones, porque si todas provienen del mismo sujeto habrá acumulación objetiva y un solo accionar.

a) La acumulación tiene límites y contrapartida. Los primeros están dados

por la razón y por disposiciones legales, la segunda corresponde a la escisión, figura opuesta a la reunión de expedientes y por virtud de la cual, los juicios se separan.

En cuanto a las limitaciones meramente lógicas o razonables, se tiene la diferente competencia judicial, con la cual se vincula íntimamente el procedimiento, aunque en la práctica suelen encontrarse jueces que conocen de juicios ordinarios y sumarios no acumulables; pero en realidad, esta previsión no es sino la regla competencial aplicada en situaciones de economía orgánica, es decir, cuando por razones económicamente presupuestales o políticas, se considera conveniente dar un mismo juzgado varias competencias.

En este renglón, debe hacerse excepción a las salvedades anteriores, porque en casi todas las legislaciones suele regularse la competencia del juez penal por prejudicialidad civil, pero no lo contrario, sin que se sepa cuál es la verdadera explicación, ya que ambos son juzgadores, son juristas y expertos en derecho. Pero tal vez porque el juez penal tiene amplias facultades para privar de la libertad mientras que el civil sólo para castigar indisciplinas y por medio de apremios que alcanzan apenas el arresto por horas.

Hay limitaciones especiales, como en materia constitucional y administrativa, cuando las legislaciones cercenan la competencia de los juzgados comunes y crean tribunales especializados. Y esto mismo acontece en materias tales como el derecho del trabajo, las cuestiones agrarias que inclusive se dejan al cuidado de las autoridades administrativas, el caso de los problemas ecológicos, la protección al consumidor y, en general las llamadas acciones de clase (*class action*).

Tampoco se permite la acumulación de procesos de distinto fuero, como el castrense y el penal común, ni ordinarios de distintas provincias que son autónomas en sus judicaturas.

En lo penal, dice Juan José González Bustamente,¹⁸ la regla sobre competencia es que corresponden las causas al juez de mayor categoría, y si todos fueren de la misma, a quien hubiese conocido de las diligencias más antiguas, y en seguida, al que conozca del delito más grave o al que expresamente elija el ministerio público, regla singular sobre fijación que recuerda el pacto de foro prorrogando.

De lo dicho se ha inferido que la conexidad es la coincidencia de uno o más elementos objetivos o subjetivos y acumular es el resultado.

b) Se ha establecido que un conflicto puede componerse de dos o más problemas llamados causas o litigios y de ahí se sigue que cabe pretender dos o más resoluciones en una sentencia. Este sería el primer ejemplode acumulación de pretensiones.

La continencia en la causa es por ende la situación de unidad de demanda o de acusación y multiplicidad de relaciones o situaciones jurídicas. Como cuando al importar una mercancía se involucran varias dependencias del Ejecutivo y se forman sendos problemas. Y frente a ello se verían los contratos vinculados como la apertura de crédito para exportar, más un contrato de transporte multimodal,

¹⁶. *Diritto processuale civile*, Torino 1944, p. 147.

¹⁷. Eduardo Pallares, *Derecho procesal civil*, p. 123.

¹⁸. *Principios de derecho procesal penal mexicano*, México 1945, pp. 437 y ss.

más un contrato de seguro, todo ello dependiendo de una compraventa internacional que, se comprende, puede producir un conflicto complejo.

La continencia sin embargo no conduce necesariamente a la acumulación, y por ello ciertos códigos en que se implanta la litis abierta, permiten que del complejo se deduzcan una o varias cuestiones sin agotar la continencia, porque se reserva una problemática según convenga a la parte demandante.

Hay continencias en que no es aconsejable la acumulación, como cuando se recarga de trabajo al juzgado y hace más lento su cometido. Otro extremo es el de la prejudicialidad en el que, si bien se ha acostumbrado conferir al juez penal la facultad atractiva, en realidad deben ser los competentes de otras materias quienes prejuzguen su respectiva problemática por la experiencia adquirida.

Parece que la acumulación sólo se impone cuando hay grave y manifiesto riesgo de contradicción de resoluciones; y también parece conveniente acumular, esto es, reunir en la sola competencia del juez de lo principal los procedimientos paraprocesales como el embargo precautorio, el arraigo, suspensiones de obras y actos administrativos y así por el estilo. De la misma manera que se tiende a la separación de procedimientos cuando no hay interdependencia entre sí, como la escisión provocada en la quiebra o la sucesión por tratarse de excluir bienes o derechos de terceros no vinculados al problema.

En los cuerpos legales de litis abierta tanto la acumulación eventual, como la separación sobrevenida son posibles porque se tiende a propiciar el juzgamiento particularizado. Como sea, si la economía procesal prepondera, debe recomendarse la acumulación de pretensiones, cuyo ejemplo aparece en los juzgamientos atractivos como los procedimientos universales del concurso, la quiebra y las sucesiones. Frente a la atractividad y a la acumulación, se levanta la simplicidad procesal que funda la separación de juicios.

c) Conviene tener en cuenta la recomendación de Ernest Beling,¹⁹ en el sentido que si varios procesos pueden llevarse a cabo separadamente, deben seguirse hasta el final con plena independencia, sobre todo en caso de pretensiones incompatibles.

La incompatibilidad, dice Jaime Guasp,²⁰ opera como límite legal de la acumulación inicial, y puede ser de dos clases, una de carácter material y otra de índole procesal. Materialmente son incompatibles cuando los efectos jurídico-económicos no pueden subsistir simultáneamente, como la demanda en que un arrendador pide la devolución de la cosa y la continuación del pago de rentas.

Así como en la acumulación, al tratar de la separación debe distinguirse la categoría de lo escindido: pretensión, acción, proceso o procedimiento. Por ejemplo, son acumulables la pretensión del demandante y la contrapretensión del reo, en consecuencia, también cabe que este último inicie otro juicio con su pretensión autónoma que acumuló por economía procesal.

La acumulación de proceso y procedimiento se da en la tercería, la cual es

propia de la vía ejecutiva, de manera que el tercerista inicia un proceso autónomo al presentar su oposición al procedimiento ya llevado a la etapa de ejecución. En puridad, cabría escindir proceso y procedimiento, para iniciar el primero autónomamente.

Y así como el tercero de mejor derecho puede venir al juicio de otros para excluirlos del bien discutido, igualmente puede pensarse en el establecimiento de un proceso autónomo contra el vencedor y aquí, nuevamente, lo que se impone es la economía procesal.

Sin hacer referencia al tema de la sucesión de procesos, surge la pregunta de por qué han de constituirse dos procesos habiéndose establecido originariamente la unidad. La respuesta ha de hacerse sobre la base de la legislación positiva, porque no se está satisfaciendo una necesidad lógica. Son distintas las técnicas legislativas y sus políticas, de manera que la explicación de estos fenómenos se encuentra, finalmente, en el derecho positivo nacional.

Pero no puede olvidarse que la escisión sólo tiene sentido cuando las pretensiones son incompatibles, distintas las vías o diferentes las competencias. Si en un proceso ya iniciado, se descubre la incompatibilidad de pretensiones, con independencia de la posibilidad de sustanciar los procesos simultánea o sucesivamente, cabe siempre la separación. Y lo mismo puede decirse de la vía y de la competencia, que obedecen a la directriz de la atribución de facultades públicas.

¹⁹. *Derecho procesal penal*, Trad. Miguel Fenech, Barcelona 1945, p. 122.

²⁰. *Derecho procesal civil*, Madrid 1956, pp. 264 y ss.

IV

LA PLURALIDAD SUBJETIVA

158. El problema de la pluralidad se agudiza cuando se refiere a las subjetividades. La estructura jurídica que fuera pensada para resolver conflictos entre dos, de repente se encuentra ante una multiplicidad de personas que parecen desnaturalizarle.

No sólo porque el proceso supone un diálogo entre dos contendientes y ante un tercero imparcial, sino porque se forma con instancias que se proyectan (proyectivas) desde un sujeto hasta otro a través de un tercero, queda afirmada la bilateralidad.

Pero la bilateralidad es forzosa y necesaria, por lo primero se diría que nocabe un número mayor y por lo segundo que tampoco es factible uno menor.

La realidad no concuerda con esa conclusión y con mayor frecuencia de la supuesta, al proceso van sujetos en número mayor de dos, y en no pocas ocasiones son requeridos por las partes.

Desde luego deben dejarse fuera los conflictos colectivos sobre cualquiera materia: civil (concursos), familiar (sucesiones), mercantil (quiebras y suspensiones), penal (delitos tumultuarios), laboral (paros, huelgas y conflictos económicos), etc.,²¹ porque en estos casos no se trata de verdaderos procesos sino de simples procedimientos en los que, sin embargo, pueden darse los procesos bilaterales.

La tricotomía procesal es, pues, un juez con dos partes. De ahí las directrices que suelen imponerse a los códigos: bilateralidad de la instancia, bilateralidad de la audiencia, bilateralidad de las impugnaciones y demás.

Parece, entonces, que pensar en más de dos partes sería romper el sistema, destruir la noción científica del proceso. Pero no se trata sino de una dificultad teórica aparente. En Grecia, lo mismo que en Roma, la colegiación²² del juzgador permitió distinguir entre la instrucción de la causa y la decisión del conflicto. Varios, muchos, todos los miembros del senado romano tomaban parte en el veredicto, sin que ello hiciera de la jurisdicción un trabajo complejo por lo colectivo.

a) Desde el ángulo de las partes, deben distinguirse las cuestiones atinentes a la multiplicidad de personas, de aquellas relativas a la pluralidad de partes.

²¹ Cfr. Humberto Briseño Sierra, *Los conflictos colectivos en el derecho mexicano*, México 1974.

²² Inclusive multitudinaria en las asambleas populares en las que Cicerón llegó al mayor lucimiento, al grado de haber sido nombrado pretor antes que bubieta pronunciado aún ningún discurso político, Gaston Boissier, *Cicerón y sus amigos*, México 1986, T. I, p. 47.

Es comprensible que un conflicto se forme entre grupos de sujetos y no sólo entre individuos aislados. Lo que importa es el interés jurídico.

Un grupo se compondrá de muchos individuos pero sólo de una parte, cuando el interés pertenezca al grupo como tal y no a cada una de las personas aisladamente. Tal sería el supuesto de la expropiación de un inmueble propiedad de varios titulares, copropietarios o condóminos. Reivindicar un bien de varias personas, las ubica en un extremo de interés jurídico unitario.

Y también se dan otros casos en que, sea por disposición legal, o por conveniencia de las personas, el grupo se unifica, encargando a una de ellas, llamada procurador, que gestione judicialmente lo que les convenga. Entonces la reunión recibe el nombre de litisconsorcio voluntario, como cuando varios inquilinos, demandados por terminación de contrato, se juntan para formar un frente común. El otro supuesto, en cambio, se ha llamado litisconsorcio necesario.

El litisconsorcio, fácil es concebirlo, puede ser activo: de varios demandantes, pasivo: de varios reos, o mixto: multiplicidad de sujetos en ambos extremos.

En el litisconsorcio necesario, el interés jurídico común se muestra en la circunstancia que el juzgador no puede dictar sentencia sin afectar a todos los miembros del grupo: así, el pronunciamiento contra el deudor que está respaldado por la garantía de un fiador o un avalista, necesariamente afecta a los últimos.

Se ha suscitado el problema de estructura lógico-jurídica de la inalterable bilateralidad de la relación, tal y como lo expone Carnelutti.²³ El razonamiento es de dimensiones impresionantes, pero de consistencia relativa, porque está apoyado en la circunstancia de la interdependencia de pretensiones y prestaciones: a cada pretensión corresponde una prestación y nada más.

Sin embargo, ese esquema es insostenible, porque la unidad de las categorías no conduce a la indivisibilidad de las conductas, de manera que una pretensión jurídica puede, y hasta casi necesariamente debe, referirse a más de dos conductas, representativas de otras tantas prestaciones: el derecho a recibir un pago (pretensión), atañe, tanto a la cantidad, como a la fecha, al lugar y al valor de esa suma (conversión de la moneda extranjera o de la especie: oro, joyas, etc.).

b) Sentado que un derecho, o una pretensión, puede corresponder a dos o más obligaciones o prestaciones, la identificación del interés jurídico en varios sujetos es no sólo factible sino necesario.

Para entender la posibilidad lógico-jurídica del litisconsorcio necesario, es decir, del que une por razón del interés jurídico, conviene recordar que de los cinco títulos que pueden portar los individuos (estatuto personal, derecho familiar, derecho administrativo, derecho subjetivo y derecho de instancia), sólo uno establece la vinculación directa de pretensión a prestación y es el derecho subjetivo, derecho derivado de la convención, del pacto o contrato.

Respecto del derecho familiar, por ejemplo, la ubicación de la persona en un círculo de pluralidad de individuos por hipótesis que es la familia, forzosamente lleva a la multiplicidad de relaciones simultáneas: se es hijo, sobrino, hermano,

²³ Sistema, op. cit., II, pp. 131 y ss., Instituciones, cit., I, pp. 15 y 261

etc. al mismo tiempo. De ahí que el interés jurídico en combatir la pretensión de reconocimiento de hijo, o simplemente de descendiente de alguien, afecte al grupo y, todos o cualquiera de ellos, pueda instar procesalmente.

El estatuto personal que generalmente se confunde o simplemente se funde con la llamada capacidad, cuando abarca también la nacionalidad, la profesión, el estado civil y demás, este estatuto dará lugar a un litisconsorcio necesario, si para combatir la negativa a otorgar un pasaporte es preciso demandar al titular de Secretaría, al registrador civil y aun a cualquiera otra autoridad inmiscuida en el problema.

En el derecho administrativo, donde debe quedar ubicado el derecho de propiedad, porque nadie puede ostentarlo si el Estado no lo reconoce y defiende, este derecho es un título que propicia el litisconsorcio necesario, no sólo cuando se ataca a la pluralidad de sus posibles titulares, sino cuando el propietario pretende liberar a sus bienes de las afectaciones de varios sujetos que han invadido simultáneamente la propiedad inmueble.

En el derecho subjetivo, la situación es indistinguible cuando la contratación comprende a varios individuos, ya sea como los titulares de las pretensiones o de las prestaciones. Así, en un contrato de obra, al quedar vinculado el proyectista, el constructor, el técnico y otros sujetos como los titulares de la propiedad, del derecho superficiario, de la administración del inmueble, etc., dadas las pretensiones provenientes de las responsabilidades, se dará el litisconsorcio necesario. No debe olvidarse que con la propiedad se vinculan derechos reales que llevan al litisconsorcio necesario.

c) Desde el punto de vista del litisconsorcio, las diferencias entre lo civil y lo penal son fáciles de entender. En el primer campo se atiende a las relaciones, a las vinculaciones entre pretensiones y prestaciones, mientras que en lo penal son las conductas las sometidas a juicio y, naturalmente, aun en la coautoría, es indispensable individualizar lo materialmente acontecido.

Viene ahora el litisconsorcio voluntario, en el que son otras las razones de la reunión de personas, tanto en los juicios civiles como en los criminales. No se habla ya de la unidad del interés, es decir, del fenómeno de la ubicación de todos los sujetos en un extremo de la relación o de la situación discutida, sino de la conveniencia del juzgamiento coordinado, congruente y no contradictorio.

Es así como en lo penal se recomienda unir los procesos, dada la conexidad de hechos y de calificaciones jurídicas, y en lo civil destaca la economía procesal.

Lo importante en todos los casos, es que la fórmula de la bilateralidad de la instancia, caracterizadora del proceso no se pierde, porque la unidad de interés en el litisconsorcio necesario, y la unidad de conveniencia en el voluntario, conducen a un solo accionar, sea de parte del demandante, del reo de ambos a su turno.

En lo penal, y en aquellas legislaciones que como la española, permiten accionar tanto al ministerio fiscal, como al abogado del Estado y al acusador privado, la unidad aparece al determinarse legalmente el litisconsorcio, esto es, la unidad en manos de uno de estos sujetos, por lo general del ministerio fiscal, sin

perjuicio que al abandonar el juicio o mostrarse indolente, sea sustituido.

Ya Ernest Beling²⁴ habla de la posibilidad que una querella parta de una pluralidad de demandantes o se dirija contra una pluralidad de indiciados, y así surgirá una resolución compleja que será de litisconsorcio activo o pasivo o mixto. Sin embargo, advierte que en la querella pública no puede darse el litisconsorcio activo en Alemania, porque cada uno sólo puede invocar el tribunal a que está asignado. Pero varias víctimas pueden aunar sus querellas privadas en las hipótesis de conexión, y es más dable el camino si el mismo hecho afecta a más de una persona (como se ha visto en los accidentes aéreos, terrestres y marítimos); y también pueden querellarse la víctima y un legitimado como el cónyuge del ofendido (y mejor sería hablar del sucesor de la víctima cuando es un menor o un inhábil).

En el aspecto pasivo hay litisconsorcio si el Estado o el querellante privado dirigen su instancia contra varios inculcados, cuya actividad sea conexa, y se encuentran en un litisconsorcio pasivo el inculcado y el que Beling llama cuasi inculcado. El litisconsorcio puede resultar de querellas separadas si los objetos procesales guardan conexión, de manera que se produzca acumulación, o pueden reunirse para ser tratados juntos en el plenario (el proceso por antonomasia). Cuando parten de diferentes sujetos o se dirigen a varios, nace el litisconsorcio. Pero Beling mismo reconoce que en lo penal no hay litisconsorcio necesario. Del escalón en que se encuentran la víctima y el interesado en la reparación del daño, se avanza hasta varios inculcados, hasta el caso de varios querellantes privados afectados por el mismo hecho.

d) A diferencia del litisconsorcio-voluntario en el que sólo cabe hablar de conveniencia o economía en la reunión subjetiva, el necesario, se ha visto, se justifica por la exigencia lógica de una decisión sobre el objeto del proceso que afecte a quienes tengan el mismo interés jurídico en la sentencia, es decir, que sean afectados jurídicamente por la resolución.

Hay, al lado de ese esquema, una nueva categoría que también multiplica las subjetividades, pero a diferencia del litisconsorcio en el que el titular de la acción es uno solo, y por ello no hay modificación a la fórmula de la bilateralidad de la instancia, en este nuevo supuesto, la pluralidad de partes sí se da.

Se trata de la intervención de tercero que obedece a varias hipótesis, como lo viera Nicola Jaeger²⁵ para el derecho italiano.

Ante todo puede hablarse de una intervención voluntaria, que aparece: para hacer valer un derecho propio, o para adherirse a la posición de alguna parte. Luego, se habla de la intervención a instancia de parte: de quien tenga un título en la causa común, y de quien se pretenda una garantía. Por último, la intervención puede constituirse por orden del juez cuando considere oportuno hacer venir al tercero cuando la causa sea común.

Este y otros cuadros formados por la doctrina, desde aquellos análisis hechos

²⁴ *Derecho procesal penal*, Trad. Miguel Fenech, Barcelona 1945, p. 97.

²⁵ *Op. cit.*, pp. 153 y ss.

por el Conde de la Cañada,²⁶ hasta los de Ramiro Podetti,²⁷ carecen de una perspectiva teóricamente indiscutible.

Tal vez el mejor trabajo sobre la materia se deba al venezolano Luis Loreto,²⁸ para quien la conveniencia de proteger los derechos e intereses de terceros extraños a los que integran la relación procesal y aun los de estos mismos, ha hecho surgir la necesidad de concebir y estructurar el instituto de la intervención de terceros (p. 283).

De esta manera, el problema se observa desde un ángulo opuesto, desde la tutela de los derechos e intereses de los terceros. En consecuencia, se inicia el análisis recordando la eficacia de la sentencia, que es relativa por atañer, inicialmente, a las partes.

Los terceros no deberían verse afectados por la resolución de los conflictos entre otros dos, y el instituto de la intervención permitiría evitar que, por ejemplo las sentencias constitutivas que suelen valer *erga omnes*, afectaren sin ser oídos los terceros.

Como ya se dijo al considerar el concepto de interés jurídico, esta posibilidad crea tal título, con independencia que los afectados tengan o no derechos y obligaciones vinculados a los que se discutan en el juicio.

Las mismas partes pueden expresar su voluntad para que los terceros intervengan, ya sea para ayudarles o para quedar responsabilizados en caso de vencimiento de quien llama o cita.

Aunque Loreto propone llamar a todo el conjunto con el nombre genérico de tercería, lo cierto es que todavía deben hacerse diferenciaciones trascendentes entre los terceros que entran al proceso y los que intervienen en el procedimiento de ejecución. Designarlos a todos terceristas conduciría a suponer que hay identidad de condiciones, cuando el tercerista tiene características propias que, por aplicarse a cierto tipo de procedimiento, no puede asimilarse al tipo de proceso cuando lo hay. Así el tercerista aparece en lo civil y en lo penal, en lo laboral y en el contencioso-administrativo; pero también en el simple administrativo, esto es, ante los cobros fiscales, las ejecuciones por multas derivadas de leyes administrativas, tanto como de bandos de policía y buen gobierno.

Hay, entonces, una tajante diferencia entre ser tercero que interviene por su propio derecho o interés en el proceso de otros, y ser tercerista que entra en el procedimiento de ejecución para ser preferido o para excluir a los ejecutantes respecto al bien embargado o que se va a rematar, lo que pasa en cualquier procedimiento.

Así pues, hay terceros y terceristas, los primeros para el proceso, los segundos para el procedimiento de ejecución. La bilateralidad del proceso es el problema a resolver en la intervención, en tanto que en el procedimiento de ejecución, ni hay bilateralidad sino unilateralidad del ejecutante, ni es inadecuada la pluralidad ali-

dad que, por el contrario, es propia de los procedimientos de ejecución colectiva como el concurso y la quiebra.

e) La razón de ser de la intervención del tercero, por ahora se pospone el tema del tercerista o de la tercería, establece el tipo de la intervención, de manera que aquellos que vengan al juicio para defender el derecho de las partes y que se denominan adherentes o adhesivos, son distintos de los que ingresan por su propio derecho.

El tercero adherente acude a coadyuvar y por esto también se le llama coadyuvante, por lo que si quedare al frente del debate el sujeto primario será el coadyuvado. Así se ve cuando los sujetos involucrados tienen sus respectivos derechos y un interés coincidente, pero propio para cada uno.

Hay coadyuvancia cuando propietario y usufructuario se interesan en rescindir el contrato de arrendamiento, éste no ha sido celebrado por los dos pero es manifiesto que si lo suscribiera el propietario, el usufructuario que tiene derecho como tal e interés por ser quien legalmente debe percibir las rentas, coadyuvará con el primero haciendo valer los argumentos y los medios de confirmación que estime conveniente. Si, por el contrario, el contrato fuera celebrado por el usufructuario, el propietario cuyo derecho es indiscutible, tiene también interés porque entrará en el goce de las rentas al acabar el usufructo.

Desde el ángulo del demandado, lo que Loreto llama cita de saneamiento no es sino la coadyuvancia del obligado a responder por el mantenimiento de los derechos que ha transmitido. El vendedor coadyuvará con el comprador demandado en reivindicación, confirmando sus legítimos títulos; y el cedente lo hará con el cesionario.

Pero en esta situación se presenta ya el problema verdaderamente importante del coadyuvante que, a su vez se convierte en demandante del coadyuvado. El caso es comprensible al observar que el vendedor de cosa litigiosa, acuerda con el adquirente no responder del saneamiento para el caso de evicción. Sin embargo, el vendedor es llamado para que coadyuve, aunque la sentencia desfavorable no podrá esgrimirse en contra, y esto puede ser materia de una demanda de este tercero contra el coadyuvado. Aquí, lo que se forma son dos procesos que se unirán por razones de conexidad y no por litisconsorcio necesario.

Como expresa Loreto,²⁹ las "estructuras procesales en las cuales el fenómeno se cumple y desarrolla han variado sensiblemente a través de la historia y han asumido alcance y significación diversos con cada sistema positivo... Sobre los datos de la realidad social y la pugna de los intereses humanos más complejos, la técnica legislativa ha construido los más variados sistemas de intervención".

No debe extrañar, por tanto, que en algún sistema vigente o hitórico, la figura de la intervención haya sido regulada de manera diferente a la que se conozca en otro foro. Lo importante está en explicar que en ningún caso se forma una pluralidad de partes, porque en la coadyuvancia dos o más se enfrentan a otros contendientes y en la intervención de tercero son dos los procesos que surgen.

²⁶. *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios*, Madrid 1850.

²⁷. *Tratado de la tercería*, Bs. As. 1949.

²⁸. La cita de saneamiento y de garantía, el *Estudios de derecho procesal civil*.

²⁹. Op. cit. 284-5.

Además, el caso extremo del tercero de mejor derecho, que excluye a las partes originales, da lugar a otros dos procesos, el primario y el sobrevenido en que las partes se ligan.

V EVENTUALIDADES: INCIDENTES Y ACCIDENTES PROCEDIMENTALES

159. El fenómeno de la reunión de pretensiones, instancias, procesos, procedimientos, subjetividades y resoluciones se repite constantemente en el desarrollo de las series.

Consideradas ya otras eventualidades, incluyendo las atinentes a la regularidad o irregularidad de los actos y sus conexiones, es éste el momento adecuado para revisar otra clase de contingencias procedimentales, que encuentran su explicación lógica en la naturaleza convergente y divergente de la serie.

Originaria y predominantemente, la serie sigue su tendencia convergente, esto es, la sucesividad de actuaciones tiene una culminación que es al mismo tiempo su conclusión.

El proceso, por la misma hipótesis de su concepción es eso, una serie convergente de instancias proyectivas, y como tal serie sus unidades se enlazan, de manera que el contacto físico, la conexión procedimental es susceptible, como en toda cadena, de ser utilizada como un eslabón de otra secuencia. Se vería algo semejante a lo que acontece con la línea tangente, que utilizando un punto de la circunferencia, cambia el sentido y abandona la curva inicial.

En el proceso, por la indispensable utilización del procedimiento, la convergencia puede dar lugar a la divergencia. Deberecordarse que la conversión es una idea matemática que significa suma de unidades, y si ello no sucede la serie es divergente.³⁹

Hay casos en que antes de la demanda o de la denuncia, se desenvuelve un procedimiento que conduce a una providencia que tiene el cometido de obtener una resolución (embargo precautorio, arresto, aprehensión), que será llevada al interior del proceso cuando éste se constituya, aunque también es factible que se reserve para ser unida a los actos posteriores, especialmente a la sentencia que corona al proceso.

Las posibilidades señaladas convierten al procedimiento en su totalidad en una complicada red de actuaciones, que se unen por la conversión, ya que si momentáneamente un trámite parece desprenderse del tronco, es al terminar la totalidad que todos los procedimientos vuelven a la unidad teleológica. Esta viene a homogeneizar las actuaciones, de manera que lo previo, lo prejudicial, los desplazamientos que entrañan las impugnaciones intermedias, todo, vuelve a la unidad.

a) Se han esgrimido como explicaciones con calidad de justificaciones, la

³⁹. Cfr. E.C. Tuhmarsh, *Esquema de la matemática actual*. México● 1951, p. 88

provisoriedad y el riesgo en el retardo (*periculum in mora*). Estos razonamientos son insuficientes, porque las figuras paraprocesales obedecen a distintos motivos y finalidades.

Por cuanto hace a la provisoriedad, hay dentro del proceso todo un conjunto de sentencias que causan estado son inimpugnables y sin embargo, duran hasta que nuevo pronunciamiento viene a modificarlas; tales, por ejemplo, las decisiones sobre alimentos, que son provisionales en el sentido de que al cambiar las circunstancias de capacidad económica de los interesados, ha lugar a las modificaciones.

Por cuanto hace al riesgo en el retardo, las medidas paraprocesales, tan frecuentes en los procedimientos administrativos, como el embargo, las cauciones ante el ministerio público, y el mismo embargo convencional que regulan los códigos sustantivos, son fórmulas que tienen respecto a las de los accidentes procesales la misma naturaleza y sin embargo no responden a ese riesgo, sino que obedecen a multitud de fines: desde la seguridad en el negocio, hasta la conveniencia de presionar al hipotético deudor para pagar.

Inicialmente los procedimientos pueden ser clasificados en endógenos y exógenos, o de otra manera expresado, si las convergencias son por lo común exógenas, porque vienen de fuera del proceso, las divergencias son endógenas, porque se presentan dentro de la serie de actos proyectivos.

El punto de enlace es la competencia judicial, y desde el mismo cabe distinguir lo que es estrictamente procesal de lo que se le atribuye al juez sin serlo, como la llamada *jurisdicción voluntaria*, las vías disciplinarias, las administrativas y, desde luego, las ejecutivas, que en ciertos regímenes se otorgan a otros sujetos.

Habría que admitir que no todos los conflictos jurídicos llegan al proceso, de manera que si es verdad que antes del proceso debe haber (dubitativamente) un conflicto jurídico, no siempre que este último aparece se sucede el proceso. No, por ejemplo, en aquellos regímenes en que se permite que el acreedor se autosatísface, ya sea secuestrando el bien que vendió a plazos, ya realizando el desalojo de los inquilinos morosos. Hay casos no confesados en la legislación pero contemplados diariamente en la práctica, como la privación de la libertad para enjuiciar: no después de la sentencia sino antes inclusive de un auto o un decreto que ordene procesar. Aquí los conflictos suelen terminar por el vencimiento de una de las partes, generalmente la privada de libertad, sobre todo por conflictos económicos.

b) Pero independientemente del fenómeno de la solución de conflictos sin el proceso, hay otros casos que explican los procedimientos paraprocesales: los de la mal llamada *jurisdicción voluntaria*, por su carencia hipotética de conflicto (apenas de un problema para un sujeto, como el apeo o deslinde de su propiedad); los de aseguramiento del resultado condenatorio del juicio, como los embargos y los arraigos; los de recuperación, como sucede con los accidentes penales de indulto, amnistía, rehabilitación, libertad preparatoria o de retención del sentenciado.

La finalidades, pues, un dato explicativo de la convergencia-divergencia; pero

hace falta igualmente hablar de su ubicación, porque ello destaca con mayor claridad las diferencias.

Alrededor del proceso, es decir, paraprocesalmente, se presentan ciertos procedimientos de esta índole. De esta primera ubicación hay que continuar hacia una segunda que contrasta por los tiempos, y así, hay trámites o procedimientos anteriores, otros simultáneos y otros posteriores.

La mal llamada *jurisdicción voluntaria*, por ejemplo, que tiene toda una manifestación independiente, es un procedimiento paraprocesal porque sus problemas pueden convertirse en conflictos y conducir al proceso, de ahí la insistencia de mantener este tipo de tramitaciones en sede judicial.

No son, en cambio, paraprocesales los juicios sumarios del procedimiento español, que originan posteriores juicios ordinarios. En realidad, los juicios pueden sucederse, porque su objeto conduce a otro conflicto pendiente, futuro o meramente posible. Así sucede con los juicios individuales en que un crédito excluido en la quiebra o en la sucesión, una vez resueltos, vuelven o convergen hacia el juicio principal —si el crédito fue excluido y en contienda individual, entre el acreedor y el síndico o el albacea, vence el reclamante, la sentencia tendrá que reintegrarse para surtir efectos—.

Hay procedimientos brevemente conflictivos o, para expresarlo mejor, con un debate escueto, concretado en breves cuestiones, que luego conducen a otro juicio ordinario, tales como la separación de personas, la custodia de menores e inhabilitados y, muy especialmente la llamada *acción de jactancia*, procedimiento en que puede concluir el conflicto por contumacia del supuesto acreedor que no demanda.

Esta heterogénea multiplicidad de casos, clasificada por la ubicación de los procedimientos frente al proceso hacia el que finalmente pueden converger, queda entonces denominada: accidentes si son fuera e incidentes si se presentan en el transcurrir del proceso.

c) Accidentes e incidentes son directamente la causa de las complicaciones procesales. Ante todo, cabe advertir que el procedimiento propio del proceso puede resultar afectado por las anomalías de toda actividad plural. Hay irregularidades, faltas, vacíos, desviaciones y toda clase de defectos, que no pueden ser evitados, sobre todo en el procedimiento escrito ya que en el oral, la inmediatez significa una posibilidad de instantáneo arreglo.

Los incidentes, por antonomasia, son esas cuestiones que surgen en el procedimiento del proceso principal, desde problemas atinentes a las comunicaciones, hasta los que vulneran las formas legales, los que atañen a los tiempos previstos o a los lugares designados, como los que se refieren a las personas: sustituciones, suplantaciones, inhabilitaciones y demás.

La incidentalidad ha recibido históricamente y en la comparación de derechos, una variedad de nombres que comprende los de la propia categoría: incidentes, y la que se agregan los de artículo, cuestiones, resoluciones de plano y de previo y especial pronunciamiento.

El *principio divisionis* se ha sugerido por el efecto suspensivo, lo que tiene la

inconveniencia de calificar la categoría por razones externas y eventuales. Hay incidentes en que se necesita una larga tramitación que trasciende al proceso y de ahí a la suspensión; pero no es ésta la calificadora del incidente porque en distintos juicios caben diferentes soluciones al mismo problema: hay leyes en que se suspende la marcha del proceso por considerar que la nulidad de una comparecencia es importante, hay otras en que se deja el problema para estudiarlo al sentenciar, y otras más en que se ordena decidir de plano, esto es, sin audiencia de las partes.

La acumulación y la separación de procesos o de procedimientos (porque la convergencia-divergencia también se aplica a los simples trámites administrativos, fiscales y aun parlamentarios) dan lugar a incidentes, pero si la misma doctrina piensa que no se trata de categorías necesarias, para el legislador el problema puede ser de simple decisión de plano, esto es, sin suspender el procedimiento.

Problemas tan importantes como la prejudicialidad llevan forzosamente a la incidencia, pero el legislador puede estimar que el mismo juez de la causa penal puede decidir la cuestión prejudicial sin detener la marcha del juicio, ocabe que abra una sustanciación breve para que las partes contiendan sobre el punto por vía separada, lo que implicará una continuación de la serie principal.

No hay, por tanto, una fórmula válida universalmente o *a priori* y todo dependerá del criterio del juzgador y de la práctica judicial serán soluciones alternativas.

d) La accidentalidad, por su parte, se presenta fuera del proceso. Corresponde al sector de lo exógeno, pero siempre conserva el ligamen de la convergencia o de la divergencia. La primera, por ejemplo en la aprehensión o el embargo, la segunda en la ejecución o la reclusión por sentencia penal.

Leyes, jurisprudencia y doctrina le donominan incidentalidad, pero si ha de considerarse su separación del proceso, sea antes, durante o después de concluido, no podrá hablarse de incidir, decaer en o estar incluido en la serie, cuando lo que se mira es un trámite, un desarrollo por fuera del proceso.

Son estos procedimientos los que han provocado la inquietud de la doctrina, los que han llevado a las tesis de la provisoriedad y del riesgo en el retardo de que habla Piero Calamandrei.³¹ El *periculum in mora*, no explica la iniquidad que en determinadas circunstancias significa el secuestro de bienes de quien finalmente triunfa en el juicio. Inmovilizar el patrimonio por las sospechas de que el afectado pueda ocultarlo, cuando no se tiene la absoluta seguridad de vencer, es irrazonable.

Lo que acontece en ese extremo es la necesidad de tener la certeza que habrá bienes en que ejecutar el fallo condenatorio de dar. Pero esto, que queda a la política procesal, al criterio de legislador, es apenas una explicación de lo que acontece y no una predicción indiscutible y *a priori*.

Y al lado de estas medidas, otras de carácter suspensivo, innovativas y prohibitivas de innovar, conservativas y alteradoras de situaciones y relaciones, son nuevas alternativas que el legislador prevé en términos generales, dejando a la práctica y a la judicatura el ir descubriendo o aplicando soluciones adecuadas a los problemas que surgen. Esto es lo que ha sucedido con los *astreintes*.³²

Cualquiera sea el contenido del accidente, la constante es la existencia de una cuestión que, o no conviene, o no se aconseja, o no se puede llevar al proceso. Sea por la urgencia, porque se impone el secreto, porque hay peligro que el objeto desaparezca o la persona se evada, porque de realizarse los actos combatidos en el juicio mientras éste se sustancia, porque haya necesidad de modificar el estado de hecho de las cosas que componen el litigio; por estas u otras razones no expresadas en las leyes o en la doctrina, lociertoes una conclusión ineludible: no todo lo resuelve el proceso.

e) Decir que hay mera provisionalidad o que debe enmendarse el fenómeno procesal para evitar el riesgo de su indispensable desarrollo temporal, es sólo cubrir con un velo de aparente justificación lo que subyace en el fondo, la ineficacia del proceso.

Los accidentes paraprocesales son otros tantos casos de insuficiencia procesal. ¿Por qué el embargo precautorio? ¿Por qué la detención del indiciado? ¿Por qué la suspensión de la huelga en la requisa? ¿Por qué la suspensión del acto reclamado en el amparo?

La respuesta de fondo, la de hoy y la histórica, la que originó el *habeas corpus* y los interdictos de *homo libero exhibendum*, los posesorios, las medidas suspensivas, las precautorias o cautelares, las innovadoras y las conservativas y tantas más, todas son fórmulas suplementarias del proceso.

Y es que no todo es susceptible de esa *resolución imparcial de tercero* que es la idea fundamental del proceso. Hay resistencias, renuencias, reticencias, exigencias, urgencias y otras causas más, que son incompatibles con el proceso por antonomasia.

¿Por qué, pese a todas las declaraciones de los derechos del hombre, subsiste la detención policial fuera de juicio? La respuesta está en los hechos, no es factible ni recomendable un procesamiento conducente a la captura del presunto delincuente que huye, que asalta y combate, un presunto culpable o responsable que ataca con armas superiores en potencia a las que pudieran portar los particulares, inermes en su inmensa mayoría.

Un juicio por todos sus trámites, con las posibles incidencias de nulidades e impugnaciones, para lograr que inmediatamente se abrieran las puertas de un local clausurado indebidamente y en cuyo interior se conservan artículos perecederos, es inaceptable. En los frecuentes pleitos entre los administradores de empresas, si no hubiere medidas para mantener en posesión a una de las directivas, generalmente la actuante en el presente, la vida social se paralizaría; si un menor no fuere dotado de tutela, estaría inerme ante sus contendientes, si una

³¹ Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, en *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. S. Sentis Melendo, Bus. As. 1941, p. 23 y ss.

³² Cfr. Sara Aragonés Martínez, *Los astreintes*, Madrid 1985.

cosecha no pudiere levantarse al madurar, irremediablemente se perdería. Y en todos estos casos la vía paraprocesal se impone, evitando el juzgamiento por todos sus grados y fases, por sus distintas instancias y controles que llevan años.

La accidentalidad, pues, ni corresponde a un único tipo de problemas, ni debe encubrirse con apariencias procesales, porque esta es una serie de instancias proyectivas, que de emplearse en la inmediata solución de tales cuestiones, llevaría al fracaso, a la paralización de remedios, provisionales o no, pero efectivos y necesarios.

VI EFICIENCIA DE LA CONFIRMACION

160. El conflicto jurídico, ya de por sí discutible y discutido, es expuesto al tercero imparcial por sujetos que ostentan sendas pretensiones de resolución, pretensiones que, por ello, son parciales, esto es, no sólo provenientes de la parte, sino orientadas por ella hacia una entre varias resoluciones.

Si no hubiera más que el choque de las pretensiones, el conflicto podría mantenerse indefinidamente irresoluble. Tal no puede ser, ni ha sido nunca, la posición de las sociedades. La comunidad entraría en estado de liquidación, y no en el sentido de conversión en moneda, sino en el de extinción, porque la inestabilidad que se sigue de la falta de resolución de los conflictos no puede ir sino al caos.

Es simplemente lógico que toda pretensión se respalde por una verificación: de hechos o de normas. Quien invoca un acontecimiento ha de presentar los medios para corroborarlo. De otra manera, se volvería al punto de partida: dos pretensiones se contraponen y nada más.

Habría lo que se dice en el lenguaje coloquial, el mero dicho de cada parte, un choque que se autocontrarresta, que se autodestruye, porque a menos de perder la imparcialidad —por ejemplo, habiendo sido testigo o partícipe de los hechos—, el llamado a decidir se encontrará inmovilizado, lógico y jurídicamente paralizado.

La confirmación de lo dicho, de lo sostenido, de lo que se expone es, pues, una actitud congruente y consecuente. Lo primero porque va en su apoyo, lo segundo porque viene en seguida del aserto.

Lo que acontece es que dada la experiencia de siglos y los descubrimientos de las ciencias y las técnicas, la manera de confirmar las pretensiones, al menos en su parte mostrativa o demostrativa, en la que atañe a los hechos y sus calificaciones normativas, va siendo incrementada con medios y procedimientos que al paso del tiempo cubren una amplia gama técnica.

Se ha hablado secularmente de la *prueba*. El término, procesalmente es adecuado apenas a una sección de esos medios de confirmación. Es necesario, claro está, definir lo que sea la prueba, pero con entera independencia del resultado a que se llegue, está fuera de discusión que no toda la gama de medios de confirmación puede tener la categoría de validez lógica que se da a la *prueba* por antonomasia.

a) El capítulo de la *prueba*, es, probablemente, el más estudiado y por mucho tiempo. Se le ha analizado dentro del proceso y en el plano filosófico, se le considera la parte más importante del juicio y se le ha dificultado tradicionalmente.

Hay también discrepancias cuando se pasa de un sector a otro. Es una proposición elemental en el derecho inglés, dice David Fellman,³³ que un mayor número de *pruebas* se necesita para apoyar una acusación criminal que un cargo civil. En lo civil es suficiente cierta preponderancia de la evidencia en favor de la parte vencedora. En lo criminal la acusación debe *probar* la culpa más allá de toda duda razonable. Una de las bases de esta regla es la fuerza de la presunción de inocencia, porque para la ley inglesa siempre se avanza de una fuerte presunción contra la comisión del delito. Una vieja máxima romana soporta esta posición. *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, lo que significa que incumbe la *prueba* a la parte que formula la afirmación y no a la que la niega.

Esta inicial dicotomía: *prueba* en lo civil y *prueba* en lo penal, no es la única dificultad para hacer una teoría general de este medio de confirmación.

Un elevado número de tratadistas —y por supuesto, siguiéndoles, las legislaciones y la jurisprudencia— ha considerado que la *prueba* corresponde a los hechos y no al derecho. Este último es objeto de reflexión, de interpretación y aun de complementación, pero no de *prueba*, lo que, sin embargo, está lejos de ser una realidad, porque en no pocos casos, el acreditamiento documental es necesario y las leyes suelen exigir que al citarse jurisprudencia, costumbres, usos, prácticas y derecho extranjero, se precisen su texto y contenido y demás datos que sirvan para verificar éstas que son manifestaciones normativas y no meramente hechos.

Siguen las discusiones cuando se intenta ubicar a la *prueba*. Hay el criterio que pertenece al derecho procesal, pero no faltan autores que la lleven al derecho en general, y otros que la elevan a la filosofía. Lo que ella sea repercutirá, obviamente, en su tratamiento legal. Si para *probar* es indispensable el proceso, entonces no cabría hacerlo pacíficamente y en cualquiera vía notarial o administrativa y menos al contratar. Y si la *prueba* está en la filosofía, habrá que definirla, o al menos describirla desde ángulos muy distintos a los empleados comúnmente, de donde puede resultar que no toda confirmación sea una *prueba*.

b) En el plano procesal, la doctrina se ha encargado de seccionar el estudio de los medios de confirmación, hablando de la *prueba* y comenzando por preguntarse: ¿qué es la *prueba*?, para seguir con los renglones de: ¿qué se *prueba*?, ¿quién *prueba*?, ¿cómo se *prueba*?, concluyendo con ¿qué valor tiene la *prueba*?

Ha sido en la primera cuestión que se ha encontrado la necesidad de ahondar en pos de una noción que supere el campo del derecho. Para Francisco Carne-lutti,³⁴ la palabra *prueba* que en el lenguaje común se usa como comprobación de la verdad de una proposición, en rigor debe distinguirse del procedimiento empleado para la verificación, como se ve en la operación matemática. La *prueba* jurídica de los hechos controvertidos puede no derivar de la búsqueda de la verdad, sino de los procedimientos de la fijación formal; *probar* no quiere decir

demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos, mediante procedimientos determinados.

Y para Antonio Dellepiane,³⁵ la teoría de la *prueba* judicial guarda relación estrecha con la llamada metodología de la historia y con los métodos de otras diversas ciencias afines, y da lugar a una reunión de ciencias que el autor denomina reestructurativas.

Se ve, entonces, que ante la pregunta inicial, ha habido que salir hacia la filosofía, hacia la historia y hacia la ciencia. Y es que la *prueba* por antonomasia no sólo no pertenece al derecho procesal, sino que ni siquiera al derecho en general o a su teoría.

En realidad, el ámbito más adecuado para describir, si no es que para definir a la *prueba*, es la lógica, porque se está ante el raciocinio, ante la verificación de cualquiera predicción.

Lo que sucede es que la dicha verificación no es igual en todos los casos. En las matemáticas, la suma se prueba con la resta, en la física la proposición se prueba con el experimento. En la historia se contrastan, comparan, compulsan y coordinan monumentos, documentos e instrumentos, e inclusive se menciona el relato oral de los testigos sobrevivientes.

De manera que cabe concluir que la *prueba* es: la eficiente producción del fenómeno, el especialmente contemplado, en los términos de su legalidad natural. Si es matemático, con las reglas matemáticas, si es químico con las reglas químicas, y así en los demás.

El derecho no es una ciencia de investigación sino normativa, de manera que la *prueba* viene de fuera, se toma de otras ciencias.

c) No desmerece, por el contrario, se fortalece el derecho procesal, ciencia y legislación, cuando acude o se remite a las demás ciencias. Esta rama jurídica tiene otros cometidos que adelante se considerarán, pero determinar lo que sea *prueba*, por ejemplo de una operación matemática, de un análisis de laboratorio químico, de una apreciación histórica o de un examen psicológico, es tarea que corresponde a la ciencia o a la técnica del conocimiento respectivo.

Cuando el derecho, y en particular la rama procesal, utilizan la tecnología y la cibernética, enriquecen sus sistematizaciones. El legislador y el doctrinario no se empeñan en establecer la autenticidad de un documento se remiten al técnico o al científico que puede proporcionarles una conclusión verdadera según las reglas de sus conocimientos especializados.

Por eso, hablar de la *prueba* por antonomasia, es trasladar el problema a sectores distintos del derecho. Esto no desconoce que, en ciertas circunstancias, la norma impone, apodícticamente, una predicción probatoria, como cuando indica que se considera hijo legítimo al nacido de matrimonio, o que la falta de registro de ciertos ingresos se considera evasión fiscal.

Pero estas estimaciones son eso, valores que establece el sistema vigente en uso de su arbitrio normativo. Tanto cabe que la ley ordene que la *prueba* de la

³³. *The defendant's rights under english law*. The University of Wisconsin Press, 1966, pp. 103 y ss.

³⁴. *La prueba civil*. Trad. Niceto Alcalá Zamora y Castiello, Bs. As. 1957, pp. 37 y ss.

³⁵. *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá 1961, p. 9.

propiedad sea la posesión, como si manda que sea el contrato o que pueda probarse por otros medios.

Esto no contradice lo asentado acerca de la naturaleza de la prueba, apenas muestra que el ser humano es capaz de implantar reglas de deber ser aplicables a cuestiones tales como la *prueba*.

Y si la prueba, es el resultado de una actividad, de un procedimiento propio de una rama del conocimiento humano con calidad de ciencia o al menos de técnica, y el derecho requiere de otros medios por razones de imposibilidad de probar todas las conductas históricas, es menester distinguir a la prueba de lo que debe recibir el nombre de confirmación. Porque, sobre todo en el proceso, sin dejar de anotar que en otras circunstancias como en los negocios comunes, se exige que lo pretendido tenga un apoyo atinente a los hechos que se invocan, es irremediable que el derecho, y vuelve a decirse, en especial la rama procesal, implanten una tabla de medios que vengan a sustituir a las pruebas y que tengan efectos y consecuencias similares, aunque no en valoración técnica o científica, pero sí en la valoración normativa.

Hay, por tanto, un capítulo procesal de lo tradicionalmente llamado la prueba, que conviene ampliar gramaticalmente a la confirmación.

d) Como en tantas materias jurídicas, en estado de las confirmaciones, a través de la historia se han tratado como si fueran también estos medios, a fenómenos tales como la notoriedad y la publicidad, las admisiones de sentido común y hasta las imposiciones legales que, inclusive, se han llamado como las anteriores presunciones.

El aislar a las pruebas (por antonomasia) permite o conduce a la formación de especies dentro del género confirmación. La primera, claro está, es la propia de las pruebas, cuya calidad técnica o científica implica un valor superior a los demás medios.

En seguida, y con la misma medida de su consistencia natural, los restantes medios quedan clasificados en: mostraciones, convicciones y acreditamientos.

i) Está dicho, se ha llamado *prueba* a manifestaciones como el reconocimiento que es una percepción de las cosas y fenómenos por los sentidos y, de manera particular a la inspección (tautológicamente adjetivada ocular). Basta meditar ligeramente sobre el caso, para advertir que se está lejos y fuera de la prueba. No hay sino el uso de los sentidos que captan la circunstancia *actual*.
ii) También se ha dado es calificativo a hechos tales como la participación de conocimientos propios o la declaración de conductas también propias, todo lo cual queda incluido en la confesión.

Al lado de ella se encuentran las deposiciones de testigos, sujetos que simplemente manifiestan lo que saben por haberlo percibido directamente y, en circunstancias especiales, por haberlo conocido por el dicho de sujetos de la mayor creditibilidad que es el caso de la fama pública. En lo penal, suele emplearse una forma contrastante de declaración que poca utilidad práctica ofrece y que es el careo.

Ninguno de estos medios da al juzgador algo más que una inclinación a la

convicción, sea por la conducta procesal de los declarantes, sea por sus calidades personales o sus antecedentes, pero no prueban.

iii) Más numeroso es el sector de lo que debe recibir el nombre de medios de acreditamiento: documentos, instrumentos, monumentos y registros.

Son objetivaciones de conducta humana que tiene, como tal, una finalidad de constancia hacia el futuro.

Se distinguen por sus notas individuales: el documento simplemente enseña un conocimiento, el instrumento *instruye* sobre lo declarado, el monumento no utiliza escritura, sino signos descifrables o perceptibles por consenso general como las marcas de linderos, las conmemoraciones de actos notables, las concreciones religiosas y demás.

Los registros son mecánicos y electro-mecánicos o electrónicos.

e) A manera de recapitulación, cabe expresar que el capítulo de las confirmaciones comprende algo más que la prueba, abarcando también los medios de mostración, los de convicción y los de acreditamiento.

Deben separarse las especies porque su distinta naturaleza conduce sin remedio a un tratamiento legislativo diferente. La prueba lleva a la certeza, en tanto que la convicción es enteramente subjetiva, al grado que un segundo juzgador puede cambiar de opinión. La mostración es la percepción directa, que muy probablemente tenga una existencia más o menos breve, dada la variabilidad de los fenómenos en el tiempo. Y los acreditamientos, que pueden alcanzar el grado de certeza que tienen los registros de las huellas digitales o de la voz, se encuentran en el tránsito de lo asentado para futura memoria a lo captado y susceptible de sometimiento a prueba.

Es menester, a esta altura, delimitar las mismas confirmaciones con la siguiente actividad dentro del proceso, que son las demostraciones. Con más frecuencia de la conveniente, la obra meramente intelectual, el discurso se confunde con una apenas de sus partes: la inferencia; pero secularmente, se ha desenvuelto en otro plano:

“Yo sigo la opinión de muchos autores, de que la materia de la retórica es todo aquello de que se puede hablar.”³⁶ Y puesto a referir orígenes, Quintiliano expone: “El primero que, después de aquellos de que hicieron mención los poetas, trató algo de retórica, fue Empédocles, según dicen. Los más antiguos escritores de sus preceptos fueron Corax y Tisias, sicilianos; a quienes siguió Gorgias Leontino. Este, por beneficio de la larga edad de ciento nueve años que vivió, floreció con otros muchos, fue émulo de los que arriba nombré y vivió más que Sócrates. Juntamente florecieron Trasímaco de Calcedonia, Prodió de Quío, Protágoras de Abdera, quien dice que enseñó a Evthlo por diez mil denarios el arte que dio a luz; Hipias de Elida y Alcidas de Eleates, llamado por Platón Palamedes. Antifon fue el que comenzó a escribir oraciones retóricas, y escribió también un arte: de quien se dice que peroró muy bien en defensa de su persona.

³⁶ M. Fabio Quintiliano. *Instituciones oratorias*, Trad. Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, Bs. As. 1944, p. 137.

Júntanse a éstos Polícrates, el que compuso, como dije, una oración contra Sócrates; y Teodoro Bizantino, uno de aquellos a quienes Platón llama *Logodai-dalouos* (el que lima la oración con demasiado esmero). Los primeros que comenzaron a tratar de los lugares oratorios fueron Protágoras, Gorgias, Pródico y Trasímaco. Cicerón en el *Bruto* dice que antes de Pericles no se compuso ninguna oración retórica y que en nombre suyo andaban algunas composiciones. Más yo no encuentro cosa que corresponda a la fama de tan grande orador. Por donde no meadmira digan algunos que no escribió una letra, y que esas obras fueron compuestas por otros.- A éstos sucedieron otros, pero el más insigne fue Isócrates, discípulo de Gorgias, aunque no concuerdan en esto los autores; pero yo creo a Aristóteles. Aquí comenzaron en cierto modo diversas sectas. Porque los discípulos de Isócrates se distinguieron en todo género de estudios; pero habiendo éste envejecido, pues llegó a noventa y nueve años, comenzó Aristóteles a enseñar retórica por las tardes, repitiendo frecuentemente aquel verso de *Philocteta* de Sófocles: El que Isócrates hable, y nos calleemos, cosa es, si bien se mira vergonzosa."³⁷

La retórica, *ars elocuentia* o *ciencia de bien decir* fue motivo de estudio entre los romanos, y el más reconocido y celebrado de todos, Cicerón, al describir sus intervenciones, se complace en hablar de sus triunfos, tanto como de los jueces que, en el foro, se vendían vergonzosamente a quien los paga, *judices quos fames magis quam fama commovit*³⁸ por lo que ha de considerarse que la retórica no sólo es el discurrir convincentemente, también es el inferir con lógica y judicial:

"No me afano en averiguar la época de su enseñanza, aunque en Homero y en su preceptor Fenicio ya se encuentran muchos oradores, y todo género de oraciones y varias competencias entre los jóvenes sobre la elocuencia ¿Qué más? Aun entre las obras cinceladas que contenía el escudo de Aquiles hay pleitos y litigantes."³⁹

La retórica que hoy como ayer se emplea con toda clase de frutos en los tribunales, muestra su naturaleza híbrida en la suma de la convicción con la conclusión. Está, sobre todo en el proceso penal, y más en el juicio por jurados, sobradamente empleada inclusive combinada con artificios impresionantes que llevan de la mano a los legos a las decisiones sentimentales de los veredictos.

Pero hay también una parte o un momento en que partiendo de principios de razón, se elucubra con silogismos, entimemas y sorites, para ofrecer argumentos de valor y de verdad. Por eso la retórica se emplea en la sección destinada a los alegatos o conclusiones, a ese momento en que se resume lo actuado dentro del proceso, y se exponen razones al lado de los hechos corroborados.

Y cuando faltan éstos, como en el caso de Rosci defendido por Cicerón en el primer caso que le llevara a la fortuna, el retórico no tiene que "esforzarse mucho para demostrar la inocencia de su cliente, a quien acusaban sin pruebas."⁴⁰

f) Por lo mismo que la retórica, empleada en los alegatos o conclusiones del proceso, utiliza los hechos traídos al juicio y aun los no presentados por conocidos y de pública existencia, es a la tercera fase que se le destinan.

Lo no desahogado en la fase confirmatoria puede consistir en hechos notorios y en inferencias comunes o legales. Indebidamente se suele incluir en el catálogo de los medios *probatorios* en realidad confirmatorios, al hecho notorio y a las presunciones.

La notoriedad, estudiada mejor que por otros por Piero Calamandrei⁴¹ no pertenece a la actividad confirmatoria y desde luego está muy lejos de ser la prueba (por antonomasia) de los acontecimientos que significa.

En realidad no cabe siquiera hablar de una autonomía de la figura, porque cada vez que se alude a algo notorio (público y notorio), se está haciendo referencia a un acontecimiento que consta o se confirma por cualquier medio: fama, testimonio, documento, etc.

Lo notorio en sí no se distingue de los medios ya enumerados, porque si se trata de algo percibido directa e inmediatamente, se trata de un reconocimiento (o simplemente de una inspección), y si se hace referencia a algo del pasado, su acreditamiento en primer lugar y la fama en seguida, son los medios a que se acude. Cuando se afirma que es notorio que alguien conquistó Grecia, lo que se hace es remitirse a la historia. Si se dice que es notorio (y público) que ha habido una batalla, un desastre, etc., vuelve a acudir al documento, a la fama, al registro cinematográfico o televisivo.

No hay un medio aparte, independiente de los anteriores, que pueda recibir el nombre de lo notorio. Y todas las disquisiciones acerca de su publicidad, su generalidad, del carácter común del conocimiento, son comentarios circunstanciales, porque atañen a características de lo principal que es la existencia del medio de confirmación.

Y al lado del hecho notorio se encuentran las presunciones que no pertenecen tampoco al capítulo tradicional de la *prueba*. Se sabe que las presunciones son de dos clases inicialmente: humanas y legales y luego, éstas se subdividen en *juris tantum* y *jure et de jure*.

Pues bien, las presunciones no *prueban*, no confirman son, se ha dicho, en el caso de las humanas, inferencias comunes de algo conocido a lo desconocido. Y en las legales son, las primeras inversión de la *prueba* y las segundas relevo de ella.

g) Cierra el proceso (por antonomasia) la fase conclusiva. En ella es que se hacen valer: la notoriedad de los hechos, las presunciones (humanas, *juris tantum* y *jure et de jure*) y, naturalmente, los argumentos retóricos en toda su extensión.

La fase conclusiva debería limitarse a lo que los antiguos llamaban alegatos de buena *prueba*, porque lo pertinente es que si las partes han tenido que confirmar los hechos aducidos en sus pretensiones, como contenido de la *causa petendi*

³⁷. pp. 141-2.

³⁸. Boissier, op. cit. I, p. 18.

³⁹. Quintiliano, op. cit., p. 128.

⁴⁰. Boissier, p. 45.

⁴¹. La definición del hecho notorio, en *Estudios sobre el proceso civil* Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1961, pp. 183-211.

deben entonces dedicarse a ponderar esa actividad efectuada durante el debate procesal y que tanta importancia tiene cuando lo discutido son hechos.

Puede suceder que se contienda por razones de derecho exclusivamente, por lo que la doctrina italiana ha llamado el *acertamiento*; en tal hipótesis, el alegato será, a la manera de un entimema, la inferencia que sigue a la única premisa, dada en la pretensión.

Como sea, la conclusión llega a tener la calidad de razonamiento, si no es que de silogismo, que anticipa el pronunciamiento, porque se supone que el juez no puede, a su vez, obtener una conclusión de las conclusiones dialécticamente confrontadas de las partes.

En algunas legislaciones se permite que las partes preparen un proyecto de sentencia que, de ser acogido por el juez, se convertirá en el pronunciamiento definitivo. Ese proyecto viene a sustituir prácticamente a los alegatos, y al tomar su lugar confirma la coincidencia de su contenido y su función.

De cualquiera manera, razonar para que el juez se incline por los intereses de la parte, es una de las expresiones retóricas que todavía se conservan. No se trata, sobre todo cuando las conclusiones van por escrito, de llevar al ánimo del juzgador una impresión sentimental, sin embargo, la elocuencia ha sido, de siempre, característica del foro y, por supuesto, se habla de la retórica judicial como de una categoría del convencimiento.

Pero fuera de esa eventualidad más común en los juicios orales, los alegatos siguen siendo inferencias de lo actuado dentro del proceso, que se distinguen de los contenidos de las pretensiones porque éstas suelen limitarse a las presentaciones de los conflictos y llegar a las posiciones debatibles de las partes.

Un alegato es el final del proceder cuidadoso o, al menos, de la actividad apoyada en elementos de conocimiento suficientes. El juez se verá inclinado a aceptar las razones de quien ha desahogado sus medios de confirmación con la mayor eficiencia.

Alegar es concluir, es terminar de presentar el caso, es coronar la actividad procesal con la mejor acumulación de valores jurídicos.

VII EL PROCEDIMIENTO CONFIRMATORIO

161. Por influencia de Francisco Carnelutti, el juez español transferrado a la Argentina por los años que llamó culminantes de 1941-42, Santiago Sentís Melendo, cuya mayor aportación, tal vez, haya sido como traductor de tantas obras italianas y algunas alemanas, insistió en varios trabajos sobre la diferencia entre fuentes y medios de la *prueba*⁴².

Desde luego, Sentís Melendo reconoce que la prueba es un concepto y un fenómeno metajurídico o extrajurídico y aún ajurídico⁴³ y concluye aceptando que "la prueba no puede ser otra cosa que verificación, y nunca averiguación."⁴⁴ Pero "ha sido la inquietud de Carnelutti la que nos ha ayudado a comprender la diferencia conceptual entre fuente y medio."⁴⁵

De los rubros ya mencionados, relativos a la confirmación, que con el nombre de *prueba* ha venido tratando la doctrina y también la legislación, a saber: ¿qué es la prueba? ¿qué se prueba?, ¿quién prueba?, ¿cómo se prueba? y ¿qué valor tiene la prueba?, parecería que se ha separado o ha surgido el de la diferencia entre fuentes y medios. Así pues, es indispensable conocer la tesis de estos autores, antes de cualquiera decisión.

Fuente de *prueba*, dice Sentís⁴⁶ es el hecho del que se sirve el juez para *deducir* la propia verdad. Medio de *prueba* es la actividad desarrollada en el proceso. En consecuencia, a Sentís le parece clara la idea carneluttiana en el sentido que las fuentes son "los elementos que existen en la realidad, y los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso; no se trata de una operación mental, como querría Guasp, sino de una actividad física y material: la operación mental, será, más adelante en el proceso probatorio, una actividad valorativa, pero la fuente tendrá este carácter, determine o no la convicción."

Nuevo enfoque, según Sentís, nuevo tratamiento del problema de las confirmaciones que, sin embargo, no parece revolucionar, como quería, la disciplina o la teoría, según se conciba el tema, de la prueba. Lo que sí ingresa en el estudio de este capítulo, es la discusión sobre la propiedad de las denominaciones: fuente los elementos de la realidad, medios la actividad que los lleva al proceso.

a) Como en la realidad están: los seres vivos, los inanimados y los hechos, para Carnelutti y su seguidor Sentís, *prueba* serán esos fenómenos lo que,

⁴². Cf. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Bs. As. 1979. pp. 141-172, 338, 437 y *passim*.

⁴³. p. 144.

⁴⁴. p. 147.

⁴⁵. p. 147.

naturalmente, contradice la afirmación de igualar *prueba* y verificación. Si, por otro lado, el medio es la actividad, entonces verificar no es un hacer sino un ser y la actividad queda como algo anterior a lo que verdaderamente es posterior.

Abandonadas estas paradojas, resurgen los temas iniciales y, encontrada la definición de prueba en la eficiente producción del fenómeno en los términos de su legalidad natural, queda o se levanta la segunda cuestión: ¿qué se prueba, o mejor, confirma?

La respuesta podría ser, simplemente, se confirma lo pertinente, y por tal ha de entenderse lo que pertenece al objeto del proceso, a lo debatido. Pero entonces habrá que considerar los datos circunstanciales. En primer lugar, el objeto del proceso no es enteramente idéntico al conflicto que precede al proceso. Queda establecido que puede diferenciarse en menos si las pretensiones no abarcan todas las cuestiones de la problemática conflictiva, o en más si al conflicto entre las partes ha de sumarse el de terceros litisconsortes o coadyuvantes, nunca los intervinientes, porque se sabe que éstos no acumulan su conflicto al de las partes, aunque reúnan los procesos respectivos.

Pero además, no es exactamente lo debatido el objeto de las confirmaciones, porque: i) cabe acuerdo intraprocesal sobre discrepancias iniciales (esto es lo que permitiría a un juez director del proceso, economizar esfuerzos); ii) cabe que se pida confirmar cuestiones limitadas y aun prohibidas por la ley, como sucede con aquellos temas que se presumen *jure et de jure*; y iii) también es factible que el medio sugerido esté rechazado por el sistema positivo, como los sueros de la verdad o los análisis de sangre, que siendo admitidos en algunos campos técnicos y hasta científicos, están excluidos por violentar la libertad humana, por inmORAles.

Resta así, un cuadro concreto que se limita al debate final, a lo que los romanistas llamaron la *litis*. Si la ley permite o aun, impone al juez la fijación de la *litis*, sea en forma directa o por conducto de algún auxiliar, entonces se tendrá una síntesis, un resultado dialéctico por el contraste de afirmaciones, negaciones y admisiones. Lo que se establece, finalmente, es el verdadero objeto del proceso y lo que tendrán que confirmar las partes, serán las cuestiones provenientes de sus respectivas afirmaciones.

b) En la escala de preguntas sigue la cuestión de quién *prueba* (confirma). De acuerdo con la composición procesal trilateral, la posibilidad de que lo hagan cualquiera de las partes y el juzgador, llega a convertirse en realidad en determinados esquemas de derecho positivo, y no sólo históricos, sino actuales.

La doctrina ha distinguido entre verificar e investigar,⁴⁷ de ahí se seguiría que la verificación de los hechos corresponde (se ha hablado de carga, *onus* e incumbencia) a las partes, puesto que son ellas las que afirman.

Pero en la experiencia de todos los pueblos, la inquisición ha sido unas veces conver-

tida en institución,⁴⁸ y otras disimulada sutilmente, como cuando la ley procesal autoriza al juez para establecer en el auto de formal prisión el delito que haya de perseguirse en juicio. De esta manera el juzgador, luego de revisar la consignación y demás constancias del expediente (de investigar en los documentos), arbitrariamente decide cuál debe ser la acusación.

La modernidad ha llevado la idea del juez-director al extremo del investigador, por diversos caminos. Uno de ellos, frecuentemente empleado en las legislaciones es la fórmula de las providencias para mejor proveer. Aunque quiera moderarse esta facultad, el simple sentido común advierte que "si el juez duda, estando prohibido el *non liquet*,⁴⁹ procede a ordenar a la repetición de una actividad confirmatoria, o a efectuar una verdadera averiguación directa o por medio de auxiliares (secretarios, actuarios, técnicos y peritos)."

"Pero en verdad, un juez que dicta este tipo de providencias busca apoyo a su sentimiento, inclinado a favor o en contra de una de las partes. Siempre cabe que, ante la insuficiencia de las confirmaciones, el juez concluya absolviendo al reo o rechazando sus defensas; pero si con el pretexto de hacer mejor justicia, ordena las dichas providencias, va más allá de la simple dirección y avanza por la indagación, cayendo fácilmente en la dictadura judicial. No hay duda que la crudelencia de interés por el Santo Oficio está profundamente arraigada en nuestra época: Conmovidos por el poder cada vez mayor de las instancias represivas, que abarcan desde los gulagas más brutales hasta las formas más sutiles de control ideológico, que desemboca en el aplastamiento de individuos y de pueblos enteros, los historiadores, ansiosos de descubrir el origen y las modalidades del desarrollo de este proceso, vuelven la mirada naturalmente hacia la institución occidental que parece entrañar mejor los gérmenes del fenómeno, la Santa Inquisición."⁵⁰

No siempre logra precisarse qué es objeto de confirmación y, por ende, quién debe confirmar. En el caso de los llamados conceptos indeterminados⁵¹ que han sido excluidos de la casacionabilidad, por entender que si no son normas tampoco son meros hechos, la investigación está a cargo del juez.

La explicación de ello se encuentra en la circunstancia que el concepto indeterminado no arroja resultados de validez general sino sólo individuales.

El juzgador llega al concepto indeterminado en cada caso particular, porque lo equitativo está aquí y ahora y no va en la llamada premisa mayor del pronunciamiento que es donde se exponen los juicios normativos casacionables.

Por más que se quisiera analogar la, entonces, premisa menor en que se alojare el concepto indeterminado, tendría que hacerse a base de hechos. Se diría, por ejemplo, que algo constituye una buena costumbre por comparación con otro comportamiento así calificado; pero no dejaría de hablarse de hechos.

⁴⁷ Solange Alberto, *La actividad del Santo Oficio de la Inquisición en Nueva España*, (1571-1700).

⁴⁸ Cfr. Aulio Celio, *De las noches áticas*, Trad. Francisco Navarro y Calvo, Bs. As. 1959, *passim*.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 11.

⁵¹ Contrario a las buenas costumbres, buena fe, equitativo, adecuado y demás, Horst-Eberhard Henke, *La cuestión de hechos*, Trad. Thomas A. Banthaf, Bs. As. 1979, p. 2.

⁴⁷ Sentis, *op. cit.*, p. 141.

La tarea es, no puede dudarse, del juez. A él corresponde la calificación, el empleo del concepto indeterminado, y ya que hacerlo es dar un valor a una situación fáctica, en realidad se efectúa una doble operación mental: se va de la atribución del concepto indeterminado a la situación que, implícita o explícitamente se está verificando o dando por confirmada.

En esta línea de análisis, se llega inclusive a prohibir el llamado *principio* (máxima) de oficialidad, de la búsqueda de la verdad *ex officio*: "La verdadera causa de la referida prohibición, la razón que hace que siga siendo necesaria en nuestros días, con independencia de los motivos de su génesis, radica primeramente en la imposibilidad psicológica de enjuiciar imparcialmente la propia testificación, en la incapacidad del hombre para salir de sí mismo y, aunque sólo sea con objetividad aproximada, juzgar el valor o la carencia de valor de la propia percepción de la misma forma en que el juez ha de valorar las declaraciones de los testigos teniendo en cuenta el hecho experimental de que al testificar se toma partido inconscientemente."⁵²

Las leyes llegan a elevar a norma el brocardo *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*, porque si el testimonio ajeno es poco digno de confianza y siempre necesita el exámen a fondo del juzgador, cuando es éste quien aporta su propia experiencia, además de no haber quien le pondere y examine, forzosamente llega a imponer su incontrolada voluntad, erigiéndose en juez único y fatalmente excluyendo cualquier otro medio de confirmación: "el juez tendría tendencia a considerar comprendido en el campo de los casos sencillos, todo aquél sobre el que estuviera firmemente convencido."⁵³

Puede haber, entonces, consenso sobre el papel del juez como director del proceso. No estará dependiendo en todo de las partes y su actividad, pero de ahí no se sigue que sea él quien deba confirmar las pretensiones que sólo a las partes toca deducir en juicio y por ello mismo verificar en su causa fáctica.

No puede evitarse que el juez opere con sus conocimientos de la historia, de la actualidad, de los acontecimientos sociales y culturales que le rodean. La ciencia privada, lo que el juez ha recopilado por sus estudios, por su profesión, por su convivencia en círculos sociales determinados, todo ello es una realidad y sería vano que se prohibiera al juzgador dejarse influir por esa ciencia privada. Pero si el juez es, ante todo, un ser social y de manera ineliminable, un sujeto de su tiempo y sus circunstancias, ese acervo de valores habrán de ser utilizados al sentenciar, porque ahí es que el juez da valor a lo confirmado; pero no debe permitirse que arroje al proceso, como si fuera parte interesada en dejar verificadas las pretensiones objeto del debate procesal.

El juzgador, como cualquier hombre corriente, tiene y emplea las llamadas máximas de experiencia. La cuestión estriba en determinar si se trata de hechos o de reglas y en su caso de qué clase: naturales, normativas, de ciencias exactas o de

mero sentido común: "es absolutamente indiferente en lo tocante al tratamiento jurídico si una máxima de la experiencia es tan segura como la premisa mayor de la coartada, según la cual nadie puede estar al mismo tiempo en dos lugares o como la de que todo nacido de mujer ha tenido que ser engendrado por un hombre, o si resulta tan dudosa como las de la individualidad de la escritura o la absoluta discernibilidad entre dos hombres cuya validez universal se ve diariamente refutada por la experiencia."⁵⁴

Como explica Stein, estas máximas, que confluyen a formar la llamada ciencia privada del juez, integran una gama que va de lo posible a lo probable y de esto a lo cierto, y a lo seguro.

En consecuencia, lo conducente es distinguir cuándo el juez aplica sus conocimientos por ser máximas de experiencia, cuándo por corresponder a su cultura técnica o científica, e inclusive, cuándo por derivar de sus prejuicios.

Al llevarse al proceso una cuestión de hecho que entre en una máxima de experiencia y provoque la discusión entre partes, no debe aplicar el juez su ciencia privada para establecer una conclusión, porque ello significará efectuar la confirmación que corresponde a la parte: "Querer lograr la absoluta exclusión de la duda, es algo que se prohíbe a sí mismo toda persona que haya seguido la historia del saber humano. Aquel a quien resulten familiares los principios más elementales de la fisiología de los sentidos, aun sin *especiales conocimientos técnicos*, será el que menos comparta la infantil creencia en la *certeza* producida por la propia percepción ocular. Ningún apoyo es más débil que el de la propia percepción sensorial y aunque en el campo del pensamiento se quisiera admitir la *certeza* como un resultado posible, en el de la sensación, en el de la prueba histórica no existe tal certeza. Las máximas de la experiencia carecen también, como todas las proposiciones obtenidas mediante el audaz salto de la inducción, de aquella certeza lógica. No son más que valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, sólo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa."⁵⁵

Estas son, pues, nuevas razones para que el juzgador se abstenga de ser el sujeto que efectúa la confirmación, razones para que subsista el criterio de que quien afirma es quien debe *probar*: el demandante en su pretensión, y el reo en la suya, que generalmente corresponderá a sus defensas y excepciones.

Aunque llegare a pensarse que es paradójico buscar al juez de mayor cultura para luego impedirle aplicar en toda su extensión su ciencia privada, es forzoso advertir que en esa categoría entran las máximas de experiencia, relativas a hechos, a fenómenos que una vez controvertidos, deben quedar a la actividad confirmatoria de las partes.

Y nada hay que añadir a lo dicho sobre los hechos notorios ni a lo comentado sobre las presunciones, porque ahora no se trata de realizar la confirmación, dado

⁵² Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, Trad. Andrés de la Oliva Santos, Pamplona 1973, p. 4.

⁵³ Stein, op. cit., p. 5.

⁵⁴ Stein, op. cit., p. 39.

⁵⁵ Stein, p. 40.

que la notoriedad está sujeta a los medios de apoyo y las presunciones al razonar de las conclusiones.

c) El dónde y el cuándo de la confirmación se concretan en el cómo que según Eduardo J. Couture,⁵⁶ “deriva hacia el tema del procedimiento de la prueba”.

En este sentido, lo rigurosamente procesal comenzaría con el quién de la prueba y seguiría con el cómo, que los códigos regulan con más o menos minuciosidad, sin que por ello puedan evitar la consideración, explícita o implícita de cuatro momentos, a saber:

i) El primero es el ofrecimiento, puesto que sin la actividad de las partes, la estructura procesal sería meramente procedimental y de carácter inquisitorial, esto es, de investigación oficiosa.

ii) Viene en seguida el momento de la admisión, en el cual sí debe tener el juzgador el mayor número de facultades para ponderar, cribar, desechar los medios impertinentes, los prohibidos y los innecesarios. La fórmula más adecuada sería la del descubrimiento —para recordar el *discovery* anglosajón, aunque con otro cometido—, que consistiría en explicar la razón suficiente del ofrecimiento, la vinculación de cada medio con alguna cuestión no admitida por la contraria y la aceptación judicial, por entender que puede arrojar luz, verdadera certeza sobre los puntos controvertidos.

iii) El tercer momento corresponde al desahogo que podría confundirse con el siguiente, y del cual se distingue porque se está en ambos casos ante la realización material, pero el desahogo cabe ante los auxiliares y los colaboradores del juez, tales como el secretario y, en virtud de rogatoria, por el juzgador foráneo.

iv) En cambio, el último momento recibe el nombre de asunción, porque corresponde directamente al juzgador tomar por sí mismo contacto con las partes y recibir los medios de confirmación.

En estos cuatro momentos, la actividad de los tres sujetos del proceso es, no sólo conveniente sino teóricamente indispensable. Es posible que por causas de la acumulación de trabajo, el juez y sus auxiliares actúen como si no se abriera el proceso a cada uno de ellos y por su estricto orden, pero en este sector, jurídico, la lógica es inviolable de manera que, por ejemplo, desahogar sin ofrecer resulta imposible y asumir sin haber admitido sería contrario al buen sentido.

No debe pasar por alto el que la doctrina⁵⁷ hable de un procedimiento, porque aquí, en contra de la tendencia generalizada, se vuelve a la terminología decimonónica; pero en realidad no es procedimiento sino fase procesal.

d) El último capítulo de la prueba (de la confirmación) está plenamente en el derecho, pero ya no es indiscutible que se encuentre en la rama estrictamente procesal, porque se trata de la valoración y ésta se efectúa en un momento posterior a la terminación de la serie de actos proyectivos: la sentencia.

Para quienes consideren que el pronunciamiento es la última o penúltima

fase del proceso —porque luego vendría, en su caso, la ejecución—, es claro que la valoración de las confirmaciones se produce dentro de la serie; pero si se observa que sentenciar es una actividad unilateral del juez, que lo hace a solas y una vez dictado un auto que se limita a citar para oír el fallo, entonces la sentencia viene a ser acto vicario o acto crismático, como diría Enrico Redenti.⁵⁸

La valoración ha seguido tres (o cuatro) criterios, que son:

i) La técnica de la *libre prueba*, en que la valoración depende del arbitrio judicial. El caso ejemplar se encontraría en las sentencias de M. Magnaud, presidente del Tribunal de Chateau-Thierry por los años de 1889⁵⁹ obra en que se reunieron fallos en conciencia sobre: el derecho a la vida, absolviendo en el robo de efectos —robo famélico—, mendicidad o robo de pan; el derecho de las mujeres —verbi gratia: violencia ejercida por una joven madre contra su seductor, incumplimiento de matrimonio, o condena por falso testimonio contra la honra de una mujer—; el derecho de los niños —así: hurto cometido por un niño, violencia ejercida sobre un niño, etc—; el derecho de los trabajadores —como: despedida brusca de un periodista, obrero víctima de un accidente de trabajo, obrero despedido por hechos de huelga—; derecho del público contra las grandes compañías —en que se consideraron: mercancías averiadas en el curso del transporte, pérdida de mercancías, accidente ferroviario, infracción de disposiciones reglamentarias por un viajero—; derecho de la sociedad contra la iglesia —por ejemplo: insultos de un cura a la República, derecho de transmisión de bienes, tentativa de soborno de un funcionario por un presbítero, actos de inmoralidad cometidos en un círculo católico, violencia ejercida sobre los niños por los hermanos ignorantes, o un pueblo revolucionado por un cura—; derecho de los ciudadanos —amenazas de un personaje político contra un funcionario, abuso de poder de un alcalde dualidad de la jurisdicción ordinaria y de la administrativa, contra los abogados difamadores, calumnia contra una mujer casada, o delito de injuria caracterizada—; derecho de los pescadores y cazadores —demanda de admisión a juramento formulada por un guarda particular, un cazador acusado por un guarda particular, vejaciones de un guarda particular contra los cazadores, ultrajes a un guarda particular, destrucción de cuervos o delitos de pesca—; derecho de igualdad —la partícula *de* no constituye nobleza, contra las fórmulas serviles u obsequiosas.

ii) La segunda técnica es cabalmente lo opuesto a la voluntad del juzgador, se trata de la intervención de lo metafísico, de lo azaroso o ingobernable, la denominada *prueba ordálica*, en la que se incluyeron el combate —el *niepto* del derecho germánico que recoge el Fuego Juzgo—, la *prueba* del agua y del fuego y, para la era contemporánea y como invocación de la divinidad: el juramento.⁶⁰

⁵⁶ *Fundamentos de derecho procesal civil*, Bs. As. 1942, p. 100.

⁵⁷ Couture, pp. 125 y ss.

⁵⁸ *El compromiso y la cláusula compromisoria*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1947, pp. 41 y 129.

⁵⁹ Henry Leyret, *Las sentencias del buen juez Magnaud*, Trad. Dionisio Díez Enríquez.

⁶⁰ Carlos A. Ayastagary, *Historia y crítica del juramento*, Bs. As. 1953: “Los dioses desempeñan una

iii) Sigue en turno la técnica más generalizada y la imprescindible llamada de la tasa legal. El derecho, específicamente el sustantivo, concede cierto valor a los medios ya enumerados, y aunque en muchas ocasiones se exageraron las preferencias como al tratar la confesión y el testimonio, no hay duda que la confianza puesta en los escritos es recomendación de la lógica con independencia de las discusiones sobre su autenticidad. Lo determinante es que aún restringiendo al máximo la tasa o tarifa legal, no puede eliminarse en su totalidad.

iv) La cuarta técnica se ha llamado de la sana crítica. En el fondo se persigue que la reflexión del juzgador sea comprensible por todos, que su justificación explique el por qué del valor dado a cada medio. Esta técnica, que se dice proveniente de la ley de enjuiciamiento criminal española, es de índole constitucional, cuando la ley eminente garantiza el derecho a que la resolución sea debidamente fundada y motivada, tal y como sucede con el artículo 14. de la Constitución mexicana de 1917.

función tutelar en todas las religiones. Es esa una manera de unir los hombres y los poderes de la naturaleza. Si el hombre está en manos de la divinidad puede, a su vez, dejarse estar a su merced, y así jurar en vano. Hay entre el hombre y los dioses una interdependencia recíproca inevitable. Creer en el juramento prestado en nombre de Dios es manifestación egoísta, que consiste en esperar que los dioses nos han de ser propicios en el cumplimiento de lo prometido, lo cual modificaría nuestra conducta". pp. 45-6.

VIII LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

162. Por el carácter terminal del iter conflictivo, vertido en el proceso por el ejercicio de la acción, la sentencia, acto crismático, acto vicario, es el coronamiento que con calidad definitiva pone fin al debate, objeto de la serie.

Ese acto de sentido definitivo, de valor definitorio, tiene la nota de resolución que hunde su raíz en la teoría general, para comprender la condición resolutoria y el acto administrativo. Por su estructura de normatividad heterónoma que impone a la voluntad de otros la conducta de dar, hacer o no hacer estimada debida, la sentencia ha sido considerada el momento culminante y distintivo del proceso; pero en realidad está ya fuera de él.

Cuando Pedro Lampué⁶¹ recorre la doctrina en busca de un principio *divisio- nis* para separar a la jurisdicción, en realidad a la sentencia, de los actos administrativos y legislativos, comienza por formar un cuadro con dos criterios, el material y el formal.⁶² Acude a los autores clásicos, administrativistas del siglo XIX, Cormenin, Gérando, Foucart hasta Duguit, para establecer que el Consejo de Estado francés, "que hace oficio de una corte de Casación en el orden administrativo", sólo puede examinar decisiones que presenten carácter jurisdiccional, en realidad, sentencias.⁶³

La necesidad de un litigio para el ejercicio de la función jurisdiccional, para sentencia dice, ha sido también afirmada por Artur.⁶⁴ Es así como llega con Hauriou a la noción puramente formal, la existencia de un juez público, que más tarde fue convertido en acto complejo por el elemento del litigio o discusión.⁶⁵ Y Vizios llega a considerar que hay *jurisdicción* cuando el agente público interviene para zanjar una cuestión de derecho, para resolver sobre una pretensión de orden jurídico, haciendo una comprobación que recae sobre la legalidad de una situación preexistente.⁶⁶

Al caminar, aparentemente, por las expresiones jurisdiccionales, los autores que Lampué invoca van precisando un acto concreto, el acto vicario conocido, como la sentencia. Es por ello que al sentir el fracaso de las investigaciones de los administrativistas, Lampué concluye por encontrar en la calidad especial de la fuerza atribuida al pronunciamiento, que sigue llamando acto jurisdiccional, las

⁶¹ La noción de acto jurisdiccional, Trad. Jesús Total Moreno, México 1947.

⁶² pp. 21 y ss.

⁶³ p. 23.

⁶⁴ p. 28.

⁶⁵ p. 30.

⁶⁶ p. 37.

notas constitutivas de su concepto y de su distinción frente a la administración y a la legislación. Es, pues, la inimpugnabilidad del fallo que ahora llama cosa juzgada con Japiot, lo que identifica su particularidad.⁶⁷

a) La conveniencia, y aún la necesidad de distinguir entre actividad jurisdiccional y función sentenciadora, ha sido vista ya por la doctrina. Carnelutti⁶⁸ expresa que la función procesal es el *genus* y la jurisdiccional la *specie*. No todo proceso, añade, implica ejercicio de jurisdicción sino tan sólo aquél cuya finalidad está en el accertamiento de un estado jurídico ya existente o en la constitución de un estado que todavía no existe. Especialmente, agrega, es proceso y no jurisdicción la ejecución forzosa.

Cuando Enrico Allorio⁶⁹ procedió a hacer un resumen de la doctrina del actoy del efecto jurisdiccional, explicó que según la ley, los actos dotados del efecto declarativo de la cosa juzgada son las sentencias. Ellas constituyen los actos jurisdiccionales en sentido propio y técnico. En el procedimiento que termina con la emisión, precisamente, de las sentencias, éstas van precedidas de otros actos, en serie ordenada, evidentemente no dotados de la eficacia del caso juzgado, por lo cual les llamó actos procesales del juez o de las partes, en cuanto forman momentos del proceso jurisdiccional.

Por último, Piero Calamandrei⁷⁰ explicó que el juez, cuando es llamado a aplicar la ley sustancial a los hechos de la causa, considera el derecho solamente como objeto de un conocimiento, y no lo considera como regla de su operar; una cosa es aplicar la ley a las relaciones ajenas, esto es, establecer por medio de una actividad meramente intelectual qué ley habría debido ser observada en el pasado por los sujetos de la relación controvertida, sometida al conocimiento del juez, y otra es observar o *ejecutar* la ley, que quiere decir conformar prácticamente la conducta propia al precepto que en el presente la regula.

Estos tres tratadistas, renombrados y frecuentemente citados, coinciden en algo importante: hay dos actividades que realiza el juez, una es de observancia de las normas que a él se dirigen, y otra de aplicación a las partes de las disposiciones que regulan el conflicto. No queda, sino reflexionar sobre la terminología, porque todos han escogido *jurisdicción* para calificar a la sentencia, y Carnelutti y Allorio han llamado función o actividad procesal a la que se efectúa dentro del proceso.

b) Si se pensare que esto es cuestión de palabras, habrá que responder que efectivamente, se trata de problemas de terminología que para el derecho, como para otras ciencias, es trascendental porque en definitiva todas son sistemas de lenguaje.

La voz sentencia es inconfundible. No se le emplea equívoca aunque a veces, sí, multivocamente, como cuando se le hace sinónima de máxima. Por lo demás,

⁶⁷. p. 82

⁶⁸. *Sistema*, op. cit., T. I, pp. 155 y ss.

⁶⁹. Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada, en *Problemas de derecho procesal*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As., 1963, T. II, p. 96.

⁷⁰. *Instituciones de derecho procesal civil*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As., 1913, p. 270.

cabe hablar de fallo y pronunciamiento que le son afines. Como sea, la sentencia es la conducta que viene al final, es la que resuelve el debate nacido del conflicto anteprocesal.

En cambio, jurisdicción ha tenido una de las peores suertes. Sirve en el derecho internacional para hablar de límites y potestades, en el administrativo para señalar circunscripciones y facultades, en lo orgánico para distinguir jerarquías y distribuciones; de manera que decir jurisdicción sin más parece mencionarse poder.

Qué más, entonces, que usar del arbitrio doctrinario para poner orden, al menos en un sector del derecho: la ciencia procesal. Si por tradición y por razones lexicológicas, sentencia alude al acto que termina con la discusión del conflicto, conviene dejar jurisdicción para un acto inconfundible: la dirección del proceso.

Por lo demás, hay en verdad diferencias de actividad en el juzgador, árbitro privado o juez público. A través del proceso, son las partes las que dan: el conocimiento del conflicto por medio del debate, el conocimiento de los medios de confirmación y el conocimiento de las razones con su retórica. Es ya, cuando el proceso ha terminado, que los papeles se cambian y es el juez quien da: la sentencia y las partes las que la reciben.

El pronunciamiento ya no nace, como el acto jurisdiccional, de un impulso proyectivo de los sujetos de la instancia. Se falla cabría decirlo a solas, aislado. Hasta convendría que se recordara esa escena de los jueces de casación que, una vez oídos los argumentos de las partes, se retiran a deliberar entre sí.

Para culminar con estos análisis, debe advertirse que cabe sentenciar sin procesar. Eso que en Italia se ha llamado el arbitraje de carta blanca, no es sino el sometimiento del problema en un documento que tiene en blanco el espacio para el laudo y al calce las firmas de conformidad de los comprometidos, no más, ni *pruebas* a desahogar, ni argumentos, sólo el litigio concretado, *fijado* y el laudo.

Y también debe recordarse la fórmula civil, en virtud de la cual, los códigos permiten que un tercero fije el precio de la compraventa. Cualquiera sea la calificación que se dé a esta fórmula, lo cierto es que ha dado lugar a lo que es llamado la suplementación de la voluntad de las partes, para llenar lagunas o cubrir imprevisiones en los contratos a largo plazo.

Nada hay que impida el pronunciamiento *incontinenti*, sobre todo cuando la cuestión es meramente de derecho o sus constancias son documentales. Ahí está el caso del Tribunal de lo Contencioso Electoral Mexicano, que sin sustanciar proceso alguno, dictó fallos sobre la validez o nulidad de las actas electorales, inclusive sin oír alegatos y apenas con el estudio de las demandas llamadas quejas.

Y no deben olvidarse los procedimientos del Tribunal de la Inquisición, seguidos unilateralmente, sin proceso alguno en sentido estricto y que concluían con sentencia. Fallo sin jurisdicción.

Desde otro ángulo, hay procesos con jurisdicción y sin sentencia, siempre que se sobresee, que caduca o de cualquiera otra manera termina la serie sin llegar a la solución o mejor dicho, a la resolución del debate. Ahí se ha ejercido la jurisdic-

ción y no llega a dictarse sentencia. Decir, ambiguamente que ha habido jurisdicción comprendiendo en la palabra al pronunciamiento, es conducir a la confusión. En cambio, establecer que ha habido función jurisdiccional y no sentencia es claro y sin dificultades de entendimiento.

Hay, todavía, el capítulo de las interlocutorias, resoluciones de los incidentes y también de los accidentes cuando éstos deben ser decididos. Pues bien, tales actos son resoluciones sin duda alguna. Su condición provisional, limitada, interna o intraprocesal, no obsta para advertir su consistencia resolutoria o resolutive.

Otro es el tema de si deben subsistir, de si conviene limitarlas al máximo, de si, inclusive, deben entregarse, como accidentes, a otros funcionarios. Por lo pronto y mientras la política procesal no determina otra cosa, tales cuestiones se encuentran inmersas en el proceso, las estudia y decide el juez y por ende son parte de su competencia.

Las interlocutorias, cualquiera sea su campo, se dictan en un proceso, sumario y rápido, breve y hasta condensado; pero generalmente es un procedimiento procesal porque se utilizan instancias proyectivas y se ejerce jurisdicción para admitir la demanda incidental, la contestación, las pruebas y alegatos, y se dicta la interlocutoria. Esta última es, por ende, un pronunciamiento contra el que, inclusive, suele establecerse el recurso vertical (apelación).

De esta manera, el sentido congruente, no contradictorio y completo de los conceptos que utiliza la teoría procesal, se convierten en conceptos sintéticos y esa teoría en ciencia. La sentencia decide, el acto jurisdiccional provee a la marcha procesal: la dirige.

IX

EFICIENCIA, CONTENIDO Y CLASES DE SENTENCIAS

163. La línea que va del derecho sustantivo violado o desconocido a su confirmación y luego a su argumentación (alegatos), termina con la decisión. Lo que el Estado o la sociedad buscan e implantan es la efectividad de los títulos jurídicos. Su destrucción por las conductas contrarias, por la falta de respeto a su calidad de deber ser, es combatida mediante la coercibilidad del sistema.

Lo mismo los derechos públicos que los privados, todos se enlazan y vinculan en el sistema, en la interconexión complementaria, congruente y no contradictoria de la positividad normativa.

La subsistencia del sistema depende de la coercibilidad, porque si el derecho se apoya en la libertad humana, y las voluntades individuales no acatan lo preceptuado, la inseguridad, la incertidumbre conducirán al caos y éste a la desaparición del conjunto social.

El derecho, ya se ha establecido, puede surgir autónomamente de la voluntad de los contratantes, o heterónomamente de la imposición de terceros: el legislador o el administrador público. Vigente la norma de relaciones privadas o públicas, la estructura social necesita, ahora sí, material o sociológicamente, un mínimo de seguridad de su realización fáctica; es en este punto que interviene el concepto de coercibilidad: la certeza de que la norma se cumple por cualquier camino: forzadamente, mediante el empleo de la fuerza, a través de sanciones, castigos patrimoniales o personales, o por las consecuencias ineludibles, efectos no queridos de la simulación, del fraude o de la elusión.

Pero entre el conflicto, provocado por el desconocimiento, el incumplimiento, la discusión o la violación del derecho, y la medida de coerción, se implanta la sentencia que viene a establecer sin posterior discusión la eficiencia de los títulos jurídicos. El pronunciamiento es una *re-solución*, puesto que previamente ha habido una *solución* legislativa o contractual a los problemas. De ahí que introducir la figura del laudo arbitral que viene a llenar lagunas o a determinar la cláusula no pensada, la imprevisible, es llevar la función resolutoria al campo de la pericia, cuya función es precisamente el dictamen, la opinión fundada, pero opinión y no resolución.

Cabe concluir sosteniendo que el punto final de la línea de eficiencia es el pronunciamiento del juzgador, quien lo realiza después del debate y en las condiciones que las leyes han venido depurando. Esa eficiencia estará también, necesitada de una eficacia, resultando cierto, pero ello será materia de la ejecución.

a) Otras manifestaciones normativas tienen ese sentido de eficiencia que singulariza a la sentencia, como el acto legislativo que es una toma de posición

de carácter genérico frente a los problemas sociales, el acto administrativo que es un operar del patrimonio social en los términos determinados por el legislador, o el acto privado que es también la toma de posición de los destinatarios de la norma elegida por ellos y que, por quedar a su voluntad, es fácilmente incumplible.

Pero la sentencia tiene la peculiaridad de provenir de un proceso. Sería fácil confundirla con esos laudos de carta blanca del derecho italiano, prohibidos por su legislación pero operantes en la práctica, o con el acto administrativo que frecuentemente invade el campo de los conflictos privados —marcas y patentes, derechos de autor, contratos de transporte por vías generales de comunicación en que la autoridad se convierte en juzgadora, procuradurías descentralizadas como las del consumidor, la defensoría universitaria y demás calcas o imitaciones del ombudsman de los países bálticos—, sin embargo el pronunciamiento es característico de esa línea de eficiencia que sólo puede darse en el proceso.

Hay que insistir en que en las expresiones del derecho positivo, por más que las Constituciones establezcan la división o separación de funciones y creen órganos especiales para legislar, administrar y jurisdice, antes de sentenciar, lo cierto es que suelen entrelazarlas y así, tanto jurisdice y sentencia el Gran Jurado que pertenece al órgano legislativo, como la administración pública y no sólo en los casos del contencioso-administrativo, sino en los privados como sucede en los ya indicados del derecho marcario, de la llamada protección al consumidor, mayoritariamente negocios mercantiles, o de los derechos de autor.

La sentencia, pues, está al fin del proceso, en su acto vicario y si el proceso se lleva al ámbito parlamentario, al administrativo o al privado, al arbitraje que también está en lo internacional, entonces la sentencia también se presentará en estos sectores. Y no es de extrañar tal fenómeno porque después de todo, los tribunales suelen legislar a través de su jurisprudencia, y administrar por tratarse de su patrimonio (edificio, mobiliario, enseres, etc.). Y la administración pública legisla por medio de reglamentos y jurisdice y en su caso sentencia por el camino de procedimientos que omite calificar de procesos, pero que son tales indudablemente. Y, por fin, el particular legisla en sus reglamentos internos laborales y mercantiles o civiles para condominios y naturalmente administra su patrimonio.

b) La sentencia, innecesariamente analizada como acto de voluntad y de inteligencia, como si fuera posible separar los dos sentidos en la conducta humana conciente, contiene un imperativo heterónimo frente a los contendientes que ha de calificarse como caso juzgado.

Esta es la nota principal o relevante del pronunciamiento. Un conflicto que contrasta las conductas de los justiciables en el debate que se forma, debe formarse, dentro del proceso, termina con un fallo que es preciso consignar difiere no sólo del debate, sino del mismo conflicto, y no nada más porque es factible la condena en costas, la condena en gastos y honorarios cuando aquella no se permite constitucionalmente, sino porque la sentencia contiene una responsabilidad o una liberación de ella, autónoma.

Tan autónoma que en la sociedad se llega a rechazar o a alabar el pronunciamiento por *justo* o *injusto*, esto es, el sentimiento popular, sobre todo en lo penal, aísla el fallo y lo califica: la misma judicatura se ha autocriticado, al decir: "Sucede, una y otra vez —cuando el problema es decisivo— que un caso que una semana se decide en un sentido, puede ser decidido en otro sentido en la próxima oportunidad, si entonces fuera tratado por primera vez. Sin embargo, la situación se tornaría intolerable si los cambios semanales en la composición del tribunal fueran acompañados por cambios en la jurisprudencia. En tales circunstancias no se puede hacer otra cosa que mantenerse en los errores de nuestros camaradas de la semana anterior, nos guste o no."⁷¹

Ese contenido autónomo de la sentencia, establece una responsabilidad de hacer o de no hacer que es su contenido; pero frente al debate, y sobre todo al conflicto, tal contenido ofrece calidades de tres órdenes: de condena, declarativo y constitutivo, que han sido preocupación trascendental de la doctrina.

c) No debiera separarse la sentencia de la actividad judicial, y no debiera encomendarse a otros órganos el cultivo del proceso, porque el juzgador por antonomasia no es un creador de normas sino su aplicador: "Nuestro sistema jurídico anglo-americano es característicamente judicial, así como el sistema continental es característicamente administrativo... Es significativo que algunos países europeos que han tenido experiencia de la parte judicial del poder ejecutivo y han visto en sus vecinos, cuando no en su propia casa, lo que significa el gobierno administrativo absoluto, estén construyendo ahora tribunales judiciales independientes para dar efecto a la Declaración de Derechos."⁷²

Aplicar el derecho —heterónimo o de normatividad pública, autónomo o de normatividad privada como los convenios— tampoco es el mecánico descendimiento de la letra escrita anteriormente, no puede ser la reproducción de una norma general, por haber abstraído las circunstancias casuísticas y haberse quedado con las notas o los datos meramente indicadores del sentido de la toma de posición del legislador o del autor (autores) del pacto "Ello es una de las consecuencias de las limitaciones del intelecto humano y de la negación en los legisladores y jueces de la facultad de previsión al infinito."⁷³

La aplicación que lleva a cabo la sentencia es, precisamente, una interpretación, cuya etimología se remonta a la idea de desentrañar, de explicar o expo-

⁷¹ Benjamin N. Cardoso, *La naturaleza de la función judicial*, Trad. Eduardo Ponssa, Bs. As. 1955, p. 122, no es preciso agregar que en este plano, los cultivadores del humor negro han producido comentarios contosivos, como el de Ambrose Bierce, en su *Diccionario del diablo*, Trad. Rodolfo Walsh, Bs. As. 1965, al decir: "Justicia, s. Artículo más o menos adulterado que el Estado vende al ciudadano a cambio de su lealtad, sus impuestos y sus servicios personales"; pero este ácido comentario provino de quien en vida sufrió hasta desear y alcanzar morir en una guerra civil como envidiable eutanasia, según dijera en su carta de 26 de diciembre de 1913, refiriéndose a su enlistamiento en las tropas de Villa en donde desapareció envuelto en el misterio, al decir de su prologuista Horacio J. Achával, p. 9.

⁷² Roscoe Pound, *Justicia conforme a derecho*, Trad. Martín Esteve, México 1965, p. 73.

⁷³ Cardoso, op. cit., p. 118.

ner.⁷⁴ Y en realidad, el juzgador efectúa esa tarea característicamente dialéctica, al confrontar las exposiciones contrarias de las partes. Interpreta al obtener el conocimiento que le sirve para confirmar lo pretendido, y de ahí que haya existido una tendencia a limitar la labor judicial a la interpretación.

Cuando esa tarea ha mostrado una extralimitación a lo meramente interpretativo, la doctrina se ha encargado de censurarla. Tradicionalmente la interpretación ha consistido en condenar o absolver al demandado, de manera que se percibe una cierta aplicación mecánica, cuasiautomática de lo pedido, lo confirmado y lo concedido.

d) La interpretación que contiene la sentencia, ineliminable porque frente al dilema que constituyen las pretensiones contrapuestas en el debate, se construye con dos partes de contenido y tres de estructura jurídica.

Las partes, son: el valor de los medios de confirmación y el valor de los argumentos de derecho. Las tres de la estructura son los resultados, los considerandos y los puntos resolutivos.

Para cuando llega la impugnación el fallo ha quedado estructurado, de manera que exige un análisis formal en virtud del cual se comienza por separar lo que atañe a los hechos y lo que corresponde al derecho, tanto en la valoración como en la exposición.

El carácter impositivo del pronunciamiento está en los puntos resolutivos, pero su inteligencia proviene, casi siempre, de la lectura de las partes explicativas y valorativas, de hechos y de derecho. Ahora bien, las diferencias entre ambos campos, exposición y valoración de los hechos, y exposición y valoración de los argumentos de derecho, conducen a la distinción entre lo juzgado y lo normativamente consagrado: el caso y la jurisprudencia.

Una larga, una ya secular inquietud doctrinal ha versado sobre lo que mayoritariamente se ha venido denominando la *cosa juzgada*.

Una primera tesis sobre esta figura ha sido ligada al nombre de Savigny;⁷⁵ pero como lo expuso Chiovenda: "Si hemos arrancado de la exposición de Savigny, lo hemos hecho así porque la misma se encuentra en el punto medio entre la antigua y la nueva. La fórmula *fictione de la verdad* fue el último fruto de todo un mundo de ideas formado por los siglos en torno a un texto romano; y en su sintética desnudez puso en claro los defectos de las doctrinas que representaba, más de lo que habría podido hacerlo una detallada refutación."⁷⁶

La crítica a la tesis de Savigny se centró, principalmente, en la idea expuesta por Bülow, en el sentido que consagraba el error judicial; y como reacción surgió la idea de la presunción de verdad expuesta, entre otros, por Francisco Ricci,⁷⁷ misma a la que se le objetó responder a un sentido práctico de eminente calidad política, carente de valor absoluto.

⁷⁴ Valbuena Reformado. *Diccionario latino-español*, París 1868, p. 458.

⁷⁵ Cfr. Ugo Rocco, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma 1917, pp. 29 y ss.

⁷⁶ Giuseppe Chiovenda, *Ensayos de derecho procesal civil*, Trad. S. Sentís Melendo, Vol. III, pp. 194 y ss., Bs. As. 1949.

⁷⁷ *Derecho civil, teórico y práctico*, Trad. Eduardo Ovejero, Madrid s.f., Vol. IV, cap. IX.

La idea de Arturo Rocco fue examinada por Ugo Rocco,⁷⁸ recibiendo el calificativo de la certeza judicial cuya finalidad, principalmente en el proceso penal, es el *non bis de eadem re*. Para Arturo Rocco, para el hombre, la certeza o verdad subjetiva es el equivalente de la realidad o verdad objetiva, ya que la verdad absoluta no existe.

La tesis, modificada por el mismo Arturo Rocco, fue rechazada por cuanto la certeza judicial como probable verdad objetiva no puede constituir el fin del proceso penal que busca la última.

La caracterización del proceso como contrato, y luego como cuasicontrato, condujo a la explicación de la *cosa juzgada* como resultado de una novación en juicio de los derechos anteriores.

Es sabido que en el arbitraje privado, el proceso nace de un acuerdo, inclusive trilateral entre los compromitentes y el árbitro, de manera que las indagaciones sobre la justificación del laudo pueden llevar a una falsa generalización, haciendo suponer el mismo origen o parecido del proceso público. Pero basta advertir que a éste se va, inclusive contra la voluntad del demandado, para concluir que no existe tal fundamento contractual ni cuasicontractual.

La aportación de Chiovenda⁷⁹ comienza por precisar que no siempre ha existido la *cosa juzgada*. En sentido material, la *cosa juzgada* consiste en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia; pero esto no tiene nada de necesidad, y la confirmación de ello es que se conocen derechos antiguos en los cuales la sentencia es obligatoria para las partes mientras existe, aunque puede ser impugnada indefinidamente, ya en base de nuevas confirmaciones, ya por otros motivos, como acontecía en el derecho noruego.

Son, pues, razones de oportunidad y utilidad social que se introducen los límites de la discutibilidad de lo decidido. *Res iudicata* no significa en Roma propiamente juicio, sino una *res de qua agitur* desde que fuera juzgada debida o indebida, lo que no debería ocurrir más que una sola vez. La importancia de la *res iudicata* no estaba en el razonamiento del juez, sino en la condena o en la absolución, en la expresión de voluntad del derecho en el caso particular. Por ello no hablaban de *cosa juzgada* sino respecto de la sentencia de fondo, que era la que reconocía un bien de la vida a una parte.

En el derecho intermedio el concepto fue modificado lentamente. En parte por influencia del derecho alemán que trataba como sentencia a cualquiera resolución de cuestiones, de fondo o procesales; en parte por la pobre inteligencia de los textos romanos, y en otra parte por las tendencias escolásticas dominantes. La consideración en el estudio de la *cosa juzgada* se desvió inclinándose particularmente sobre el elemento lógico del juicio y sobre el silogismo como esqueleto de la sentencia, más bien que sobre la afirmación de voluntad que se deriva de la conclusión.

⁷⁸ Op. cit., pp. 48 y ss.

⁷⁹ Cfr. también *Principios de derecho procesal civil*, Trad. José Casais Santaló, Madrid 1922, T. II, pp. 460 y ss.

Chiovenda termina por advertir que para proveer a la certeza de la esfera jurídica de los litigantes, la organización jurídica quiere que la actividad judicial se desarrolle una vez, aunque con varias etapas.

e) La posición calificada de moderna corresponde a Enrico Tullio Liebman,⁸⁰ quien parte de la idea de la sentencia como acto del poder público, con olvido que el laudo privado es también un acto resolutorio.

Para Liebman la autoridad de la *cosa juzgada* no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestar sus efectos, cualesquiera que sean, según las diferentes categorías de sentencias.

Si la *cosa juzgada* produjere certeza exclusivamente, no podría emplearse como común denominador de los efectos de los otros tipos de pronunciamientos, de condena, constitutivos y además declarativos. Si se considera a la *cosa juzgada* como un efecto del fallo, tendría que colocarse al lado de los otros efectos eventuales: declarativos, constitutivos y de condena.

Si bien para Liebman la modificación de una relación jurídica por una sentencia, no tiene naturaleza diversa si se produce por cualquiera otra providencia del Estado, es el hecho que cuando se produce por el pronunciamiento que adquiere una seguridad particular, puesto que está excluida la posibilidad que otra providencia la contradiga.

La indiscutibilidad es un carácter no necesario, que puede ser conferido sin modificar la naturaleza del fallo. No es posible, dice⁸¹ dudar que por la eficacia de la sentencia pueda y deba aceptarse la diferencia entre imperatividad e inmutabilidad; de ahí concluye que la *autoridad de cosa juzgada* no es un efecto de la sentencia, sino una manera de manifestarse y producir sus efectos.

Como la novedad de la tesis de Liebman parece radicar en una distinción entre los mandatos, declarativo, constitutivo y de condena, frente a sus efectos y la cualidad de inmutabilidad, es menester determinar si esa característica es un efecto más y diverso de los naturales y propios de la resolución o una manera de ser, dato externo.

Ante todo habrá que convenir en que las sentencias pueden carecer de inmutabilidad; pero un mandato sin imperio de condena, declaración o constitución es ininteligible. Y es que éstos son no los efectos como piensa el autor, sin las modalidades de su contenido, que es la responsabilidad acertada en el fallo de dar, hacer o no hacer.

Es claro que el sentido del pronunciamiento puede ser favorable al demandante y entonces se imputa una responsabilidad al reo, o bien será favorable al reo y el sentido es absolutorio.

La dificultad inicial estriba en que mientras las sentencias de condena establecen la responsabilidad por una obligación de dar, de hacer o de no hacer, que se concreta en una prestación específica, las declarativas valoran las situaciones y

relaciones discutidas y se inclinan por la pretensión del demandante o por la del reo; y las constitutivas determinan la creación, modificación o extinción de las dichas relaciones o situaciones jurídicas.

Van descubriéndose y separándose así, diversos componentes del acto llamado sentencia. En primer lugar la toma de posición del juzgador, para producir un sentencia. En primer lugar la toma de posición del juzgador para producir un Favorable o desfavorable al demandante y consiguientemente lo contrario para el reo. Este contenido podría quedar concretado en ese típico resolutorio que acoge la pretensión.

Hasta aquí, la sentencia viene caracterizada como imperativo heterónomo para las partes y con un contenido preciso. Hace falta ahora clasificar teórica y no por necesidad práctica, el fallo: constitutivo, declarativo o de condena. La importancia de esta operación lógico-jurídica, está más en la necesidad de justificar el carácter resolutorio del fallo que en la distinción entre las sentencias.

Es menester, ahora sí por razones prácticas, demostrar que el pronunciamiento no sale de la competencia del juzgador, que éste no se convierte en legislador en la constitutiva ni se reduce a perito en la declarativa. Porque si constituir es crear, modificar o extinguir relaciones y situaciones, la sentencia que efectúa estas alteraciones aparecerá como un acto innovador frente al derecho sustantivo.

Ahora bien, no hay tal porque es la ley (sustantiva) la que condiciona la emisión del pronunciamiento constitutivo a la confirmación de la aparición de los hechos que alteran la relación o la situación conflictivas. Lo que se contiene entre las partes es precisamente si ese dato fáctico se ha dado, porque la tarea del juzgador será de accertamiento, de confirmación de lo pretendido por una de ellas y, de ser justificada la del demandante, se dictará el fallo favorable: el juez emitirá un acto que operará como complementario del acontecimiento ya calificado por la ley, y al que sólo faltará esa sentencia que vendrá, así, a llenar un vacío, será acto negocial, de *nec y otio*, en lo que tiene de integrador.

Por cuanto a la sentencia declarativa, se distingue del dictamen pericial en que no tiene sentido de opinión sino imperativo de valor. El fallo que declara establece, pondera el valor positivo o negativo de la situación o de la relación jurídica que se discuten.

Este es el resultado de una larga polémica doctrinal que hizo dudar a las escuelas y a los autores sobre la competencia judicial.

f) Al avanzar en el análisis, después de conocer la existencia en el pronunciamiento de los datos indicados: toma de posición imperativa, imputación de una responsabilidad a las partes, modalidad condenatoria, declarativa o constitutiva del acto, surge el tema de la inmutabilidad de la sentencia.

Desde luego, a esta altura la problemática alrededor de los vocablos *cosa juzgada* puede despejarse también terminológicamente, llamando caso *juzgado*, o simplemente juzgamiento, a ese contenido que imputa una responsabilidad a las partes, con la consiguiente modalidad condenatoria, declarativa o constitutiva.

La sentencia, toda sentencia tiene su caso, el juzgamiento sobre el debate, sobre

⁸⁰. *Eficacia y autoridad de la sentencia*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1946.

⁸¹. *Op. cit.*, pp. 56-7.

lo que fuera objeto contenido en el proceso. Si se conserva este nombre para tal dato se habrá superado, al menos, la mitad de las dificultades.

A partir de tal solución, acontece que el fenómeno restante de la preocupación doctrinaria, también queda precisado con las palabras inmutabilidad o, mejor aún, inimpugnabilidad.

Lo que se investiga es por qué el juzgamiento sobre el caso no puede ser atacado, una vez cumplida una secuela de etapas llamadas primera, segunda y tercera instancias o impugnaciones.

La respuesta ha sido casi unánime, no está en la esencia, en el ser de la sentencia su inimpugnabilidad, y ya desde un ángulo más sustantivo, F. Laurent⁸² expresó:

"Es un principio constantemente aceptado, que las partes interesadas pueden renunciar a los efectos de la cosa juzgada. La cosa juzgada, dice Merlin, es una excepción de derecho civil; una ficción que la asimila a la verdad.⁸³ Esta es una hipérbole; la cosa juzgada se funda en una probabilidad y esta probabilidad puede algunas veces pugnar con la realidad de las cosas; entonces la presunción se convierte en ficción, y en estos raros y excepcionales casos, las partes interesadas deben tener el derecho de renunciar a los efectos de la cosa juzgada, porque ellos están en contradicción con la conciencia y aun con el derecho. Cuando el juez se equivoca y declara que la deuda se ha extinguido no estándolo, bien cuando me declara propietario aun cuando yo no lo sea, se considera el error como verdad, por medio de una ficción; en realidad hay deuda y no soy propietario.

Puedo renunciar al beneficio de la ficción, aun cuando sea de interés general; renunciando, no atento en manera alguna contra el derecho público en que se funda la cosa juzgada: renuncio solamente al beneficio pecuniario que me procura."

Queda esclarecido suficientemente el problema con esta exposición de Laurent, creíble aunque poco probable. En el centro resalta la inalterabilidad del juzgamiento como un propósito legislativo. Esta idea se descompone en dos sentidos: inmutabilidad del contenido, e inimpugnabilidad del acto resolutorio.

Que la *cosa juzgada*, el caso, en cuanto al fondo no cambie es algo que depende de diversas circunstancias. Como enseña Laurent, puede provenir la mudanza de la voluntad de las partes y también de la modificación de las condiciones tenidas en cuenta al sentenciar: minoría de edad del acreedor alimentario, desaparición del objeto litigioso por causas naturales y hasta excepcionales como los diversos tipos de siniestros, etc.

Ello no impedirá que se siga hablando de la inatacabilidad del fallo, porque impugnarlo es conducirlo al extremo de las distintas instancias que están previstas en el sistema vigente. El fallo como acto de imperio heterónomo será permanentemente fijo, invariable, lo que no obstará para que pueda mudársele en el contenido, según se ha visto en la doctrina y en la misma jurisprudencia.⁸⁴

La respuesta de Liebman respecto a la naturaleza de la *cosa juzgada* mirando a la inmutabilidad del fallo, es en el sentido que no es ni el mandato, ni sus efectos sino una cualidad o manera de ser. En realidad con esto se pospone la solución del problema, pues si bien se agrega que la cualidad la determina el legislador, lo importante está en saber por qué se trata de una cualidad y no de un efecto, que también está previsto en la legislación respectiva.

La verdad es que la inimpugnabilidad no es el fondo de lo juzgado, depende de algo externo al fallo que es la composición de los tribunales, su organización y su jerarquía. Esta última no se establecería si no hubiera impugnación, el cometido del superior sería disciplinario o meramente orgánico como el movimiento del personal, pero no procesal. En el momento en que se dispone un superior con potestades críticas, de censura o control de las resoluciones mismas, simultáneamente se reglamenta la inimpugnabilidad. Ella proviene, en consecuencia, de dos situaciones contrapuestas: o existe porque no hay superior ante el cual se acuda por vía impugnativa del fallo, o existe porque al agotar las instancias, los diferentes planos en que divide el procesamiento, ya nada puede alterar el valor inimpugnable de la sentencia de último grado y, como ya se esclareció, esto en nada afecta a la inmutabilidad del contenido que depende de otras condiciones y circunstancias, voluntarias e involuntarias.

g) El caso juzgado no es inimpugnabilidad, se compone primariamente de objeto, relaciones establecidas y sujetos. De ahí que tenga que hablarse y regularse los límites de uno y otros.

Ante todo, y como explica M.F.C. de Savigny⁸⁵, cabe recordar que es tesis antigua y sostenida por gran número de autores que la autoridad del caso juzgado corresponde solamente a los puntos resolutivos y no a sus motivos, resultados y considerandos: la autoridad de la *cosa juzgada* no existe más que para la parte dispositiva de la sentencia.

Pero el propio Savigny se preguntó: cuando el pensamiento completo del juez abraza la relación lógica del motivo y la consecuencia, ¿debe también atribuirse a este motivo la autoridad de la *cosa juzgada*, o atribuirlo exclusivamente a la decisión basada sobre este motivo? Desde hace muchos siglos, agregó, los tribunales acostumbran unir a cada uno de sus decretos su justificación explícita, llamada unas veces motivos de la sentencia, y otras razones de dudar y de decidir.

Si las sentencias dijeran solamente: se condena al demandado a entregar una cosa determinada, o el demandado queda absuelto de la demanda formulada contra él, no habría vestigios de motivos; pero semejante abstracción, piensa Savigny, es inadmisibles, sobre todo mirando hacia el futuro y teniendo presente la naturaleza del litigio.

Este es, pues, el problema de los alcances o límites de lo juzgado y si por lo reiterado de los esfuerzos doctrinales para resolverlo, se creyera que es en verdad

⁸². *Autoridad de la cosa juzgada*, Trad. Emilio Pardo y José Diego Fernández. México 1988, p. 171.

⁸³. *Questions de droit*, palabra *chose jugée*, No. 11 bis.

⁸⁴. Op. cit., p. 170.

⁸⁵. *Sistema de derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mexía y Manuel Poley, Madrid: I. T. V. pp. 22 y ss.

arduo y complicado⁸⁶ bastará volver a Laurent,⁸⁷ para descubrir que la paradoja formada es artificial. Porque lo procedente es distinguir entre el contenido del caso y sus alcances. El caso está en los dispositivos del fallo, pero los alcances y límites tendrán que fijarse en el futuro revisando los motivos: "No debemos deducir de esto, los ejemplos jurisprudenciales que cita Laurent, que los motivos no tienen influencia alguna sobre la *cosa juzgada*. Se les debe tomar en consideración para explicar la parte dispositiva, y por consiguiente, para determinar la extensión de la *cosa juzgada*",⁸⁸.

Se confirma lo dicho cuando impugnados los pronunciamientos, el superior se limita a revalidar los puntos resolutive; si se quiere averiguar el alcance del fallo tendrá que leerse su motivación.

h) Por lo general,⁸⁹ las dificultades para conocer el alcance del pronunciamiento provienen de su incompleta formación. El caso que se juzga y lo no discutido tienen una diferencia que es objeto de dudas y de interpretaciones judiciales. "El acreedor demanda a su deudor los intereses de un capital: el juez condena al deudor a pagarlos. ¿Hay cosa juzgada en cuanto al capital? Se supone que la parte dispositiva del fallo fija el importe del capital, y se ha decidido que un fallo en esos términos dictados, no produce autoridad de cosa juzgada respecto del capital mismo (Sentencia, 25 de agosto 1829, Dalloz, *chose jugée*, núm. 24, y todos los autores). Se puede objetar que el juez al ordenar el pago de los intereses, decide implícitamente que el capital es debido, puesto que no puede haber intereses sin capital. La cuestión es la de saber si hay cosa juzgada, y como el juez nada ha decidido respecto del capital, esta cuestión no ha sido debatida ante él. Es, por tanto, imposible que lo haya resuelto y que sobre ella exista la cosa juzgada."⁹⁰ Se observa que si el demandante hubiera pretendido desde un principio intereses y capital, el problema no se hubiera formado".

Lo que se ha llamado las consecuencias implícitas no son sino pretensiones reservadas o surgidas posteriormente; pero debe tenerse en cuenta que hay legislaciones como la distrital mexicana, que ordenan deducir todas las pretensiones en la primera demanda, y por el ejercicio de unas, se pierden las demás.

Y otro tanto cabe señalar en cuanto a los límites subjetivos. Se sabe que existen causahabientes, terceros interesados (copropietarios, condóminos, usufructuarios, fiadores, etc.) que no fueron al juicio.

Pues bien, el problema es la determinación de quienes pudieron formar litisconsorcio necesario o ser sucesores procesales. Una vez identificados estos sujetos, los límites del caso estarán determinados por las relaciones intersubjetivas.

⁸⁶ Cf. J. Ramón Palacios, *La cosa juzgada*, Puebla 1953, Alfonso Abitia Arzapalo, *De la cosa juzgada en materia civil*, México 1959 y demás bibliografía ahí citada.

⁸⁷ Op. cit., pp. 40.

⁸⁸ Op. cit., p. 41.

⁸⁹ Y esto se constata revisando los ejemplos doctrinarios, por ejemplo, los que expone Laurent, pp. 43 y ss.

⁹⁰ Op. cit., p. 42-3.

Por último, se ha especulado respecto a la cuestión de las contradicciones entre los puntos resolutive y los motivos. Si el fallo fuere de primera instancia, será motivo de impugnación en la segunda, sin olvidar que algunas legislaciones establecen la aclaración de sentencia para el caso. Si la contrariedad viniera en la segunda o en la última, parece aconsejable la opinión de Laurent: "Es una cuestión de interpretación más bien que de rectificación; la parte dispositiva debe ser interpretada por los motivos; si los motivos prueban que hay un error de nombre, es menester tomar la sentencia en su conjunto."⁹¹

⁹¹ Op. cit., p. 192-193.

X

TEORIA DE LA IMPUGNACION

164. La estabilidad de los actos jurídicos, el mantenimiento de su consistencia en el tiempo, dependen de las circunstancias y de las condiciones de su creación. Al perderse los apoyos de la imperatividad, aparecen estructuras nuevas, se alteran los esquemas iniciales y se avanza por el camino de la transitoriedad jurídica.

Entre las condiciones de la estabilidad de los actos procesales se encuentran la aceptación o la sumisión de las partes de una manera principal y determinante, por lo que al faltar ese acatamiento, la conducta respectiva es atacada y resulta inestable.

El ataque es consustancial al proceso de una manera similar a como la concertación lo es a la formación del derecho privado —convenio, pacto, acuerdo o contrato—. La pretensión inicial, la que abre la serie proyectiva en virtud de la acusación penal o la demanda civil —mercantil, laboral, administrativa, constitucional, etc.—, tiene un sentido de ataque ineludible, de ofensiva o lucha contra los elementos contrarios incluidos en el conflicto entre las partes.

Por eso el derecho de instancia que emplea el proceso: la acción, implica la pretensión conflictiva, tanto si inaugura la serie, como si principia la segunda o tercera instancias.

No es la única instancia con pretensión de sentido impugnativo, de las cinco restantes (petición, denuncia, querella, queja y reacertamiento) algunas coinciden en el común denominador del ataque. Pero la búsqueda de las instancias impugnativas, incluyendo a la acción, tiene como base un dato indispensable: ataque al acto autoritario.

Combatir la conducta en general, como se haría en el campo sustantivo cuando se va contra los actos irregulares o anómalos sólo alcanza el carácter impugnativo si lo que se contiene es acto autoritario, como se ve al alzarse contra la actividad de la Administración Pública.

Es entonces que la instancia exige cierta estructura: ha de ser declaración de voluntad y no meramente participación de conocimiento, ha de ir contra el acto o la omisión autoritarios y ha de provocar un procedimiento, secuencia de conexiones de conductas de diferentes sujetos, que cuando llega a la altura de un proceso supone necesariamente el empleo de la acción.

Si se revisan las cinco instancias restantes, se advertirá que no pueden tener sentido impugnativo, ni la denuncia ni la querella.

a) La impugnación no puede ser una denuncia, porque si bien se está ante una instancia, ella tiene la naturaleza de una participación de conocimiento.

Por cuanto a la querella, se trata de una declaración de voluntad, pero lo

combatido es un acto de particular, así sea autoridad quien lo emite pero actuando como un sujeto gobernado y no como un gobernante, se querella contra el individuo y no contra el funcionario.

De esta manera quedan tres instancias susceptibles de configurar otros tantos procedimientos impugnativos, porque las tres tienen la índole de las declaraciones de voluntad, las tres pueden enderezarse contra actos u omisiones autoritarios y, por supuesto, son los elementos de esa secuencia de conexiones: el procedimiento.

b) En la historia, en el derecho comparado y en el mismo sistema interno de cualquier país, hipotéticamente hay una variedad indeterminada de procedimientos, y por ende de procesos, impugnativos.

Con muy variados nombres, se habla de revocaciones, quejas, apelaciones, inconformidades, injusticia notoria, recurso extraordinario, revisión, reparación, *judicial review*, casación, amparo, reposición y otros más.

Parecería que hay alguna razón suficiente para este elenco, pero en realidad la multiplicación es tan caprichosa y tan meramente subjetiva porque depende nada más que de la voluntad del legislador, que en un momento dado cierto medio impugnativo combate conductas del inferior y luego del superior, lo hace dentro de un plazo mínimo o de otro máximo, puede cambiar de nombre en las leyes del mismo país y en ocasiones será impugnación en vía horizontal y otras en vertical.

Mayoritariamente la apelación, por ejemplo, se reserva para el proceso judicial, pero las demás se emplean indistintamente en un juicio o en un procedimiento disciplinario, en un trámite administrativo o en un procedimiento electoral.

Si el derecho y la rama procesal en especial son ciencias, entonces deberán ser tratados sistemáticamente y al hacerlo sus conceptos deben ser congruentes, no contradictorios, y completos en su sentido teórico. Algo más, no sólo el tratamiento doctrinario, la misma legislación debe dar por resultado un sistema de esa índole.

Lo que acontece es que pese al lenguaje desordenado, displicente y en apariencia inconexo que usa el legislador, irremediablemente las unidades normativas se ordenan congruente y no contradictoriamente, por lo que la razón de ser, el por qué de cada medio impugnativo es susceptible de ser descubierto por el investigador, sin que su autor pueda ocultarlo ni remediar su sentido íntimo.

c) De manera ineludible, las impugnaciones se escinden en dos grandes sectores, uno comprende las conductas omisivas, el otro los actos (positivos o negativos).

Las conductas omisivas son atacadas por un conjunto de medios que han venido llamándose remedios: tales son la aclaración, la regularización y la complementación.

Cuando la sentencia es contradictoria, se ha visto que Laurent permite que el juzgador que la ha dictado conserve su competencia para esclarecerla. No se modifica el fallo, simplemente se le da un sentido interno (congruencia interna) lógico.

Si falta el pronunciamiento sobre cierto punto, se pide su complementación y si se carece de firmas o sellos, se le regulariza.

Del otro lado aparecen los recursos. Son las impugnaciones de actos y no meras conductas que abarcan a las omisiones. Aquí se ha expresado la voluntad autoritaria de modo positivo o negativo.

Ha venido hablándose de conducta autoritaria y no ya de acto de autoridad, porque hay casos en que lo impugnado proviene de un particular pero tiende a imponerse, como sucede con el laudo.

Se está ante la sentencia del particular, la que se apoya en un arbitraje —privado, internacional, transnacional, anacional, etc.— que no se confunde con el proceso por antonomasia, porque el juzgador no es un funcionario judicial público.

Pero el laudo es tan autoritario, que cabe contra él la apelación ante el superior jerárquico de los jueces del fuero común y en algunos países, como en Francia, se da la casación.

Entonces, los actos autoritarios sean de funcionario público o de sujeto privado (laudo), son impugnables mediante recurso.

Esta especie es a la que las leyes y la doctrina, dan una infinidad de nombres y podrán surgir otros más como súplica, suplicación, reconsideración, atentados etc. sin razón suficiente. Pero cabe su sistematización, porque no puede borrarse la lógica.

Si bien se mira, un acto puede ser atacado sólo por tres razones o motivos. El primero, porque sea nulo, el segundo porque sea ilegal y el tercero porque sea discutible.

La nulidad de los actos autoritarios proviene de la falta de cumplimiento de sus condiciones.

La ilegalidad es una contrariedad de los preceptos vigentes que rigen las relaciones y situaciones sustantivas.

Y la discutibilidad proviene de la siempre posible variedad de criterios sobre cualquiera cuestión jurídica.

d) Si ahora se hace un análisis de los posibles resultados de los recursos, se advertirá que no pasan de tres.

Lo que el justiciable persigue no pasa de: desde luego la censura, después la crítica y por último el control.

La censura es la negación de lo actuado. La crítica es el examen con la misma actitud del primer sujeto, y por ende conduce a la confirmación, la modificación o la revocación, con sentido contrario.

e) Si ahora se conjunta, en conexión sistemática lo comentado, se advertirá que salvo la acción porque los procesos cubren toda la gama impugnativa, hay total coincidencia y aun correspondencia, entre el número de recursos, de sus razones de ser y de sus resultados.

Lo que sigue es efectuar la relación precisa. Y así, el derecho de petición es una instancia en que se declara la voluntad cuando es impugnativo, de anular, de dejar sin efectos el acto atacado.

La segunda instancia en orden es el *reacertamiento*, término que ya se ha dicho es un neologismo porque se aplica la terminología italiana del *acertamiento*, para indicar que el revisor está facultado para confirmar, modificar o revocar la resolución impugnada.

Y la queja, generalmente empleada en la vía disciplinaria muestra ya su consistencia de declaración de voluntad para que el superior intervenga disciplinando al inferior y, sobre todo, para que declare lo discutible de su conducta, o mejor dicho, que por ser discutible cabe otra interpretación. Por lo general el controlador no debe dictar el nuevo acto autoritario, simplemente debiera limitarse a calificarlo, a medirlo en su interpretabilidad, pero lo mismo en casación que en el amparo, que son los procedimientos adecuados para controlar, se suele facultar al tribunal especial o supremo para dar directrices al controlado, y aun para sancionarlo por determinadas extralimitaciones, por incumplimiento a los fallos de control y para apremiarlo a que actúe conforme a sus deberes.

f) Ahora queda el cuadro completo:

Tres son los recursos procedimentales (la acción abarca todos por utilizar el proceso cuya ductibilidad es incuestionable): petición, reacertamiento y queja.

Tres las razones suficientes: actos autoritarios censurables, criticables y controlables.

Y tres los resultados: nulidad o anulación en la petición de censura; confirmación, modificación o revocación en el reacertamiento por crítica; y control por discutibilidad de la interpretación atacada.

XI TEORIA DE LA EJECUCION

165. Característica de la normatividad del sector público, es decir, de la regulación heterónoma, es la coercibilidad. Por tal ha de entenderse la necesaria realización del derecho.

Lo anterior requiere de una breve explicación recordando desde luego que el derecho, aunque pertenezca a la categoría lógica de los imperativos, aunque sea un juicio apodíctico en su naturaleza lógica, sin importar que su expresión gramatical sea la de proposiciones asertóricas, o meramente enunciativas, ese imperativo se destina al hombre cuya voluntad para cumplirlo es libre.

Ciertamente el derecho corresponde al campo del deber ser, de manera que puede no ser, y frecuentemente así sucede. Pero tampoco cabe decir que no se cumple espontánea y mayoritariamente, por el contrario, todo el derecho privado, en el que van los pactos, las promesas, los convenios, los contratos y los acuerdos, todo este mundo, todo este universo jurídico se actualiza, se realiza sin mayor dificultad.

Diariamente, cotidianamente, el derecho privado se cumple y de una manera tan natural y voluntaria, que pasa desapercibido. No se detienen sus destinatarios a averiguar, primero si es derecho lo que realizan, segundos si es espontáneo y tercero si contra su incumplimiento cabe la coercibilidad y ni siquiera qué sea ésta.

Pero el derecho está ahí, existe en el lenguaje coloquial y sólo lo distinguen el jurista interesado en aislarlo por alguna razón práctica o teórica. El derecho, perceptible al mismo tiempo que se captan las intenciones económicas, religiosas, sociales, culturales o políticas, cubre la conducta social por completo.

Y lo mismo puede decirse de la conducta gobernada por el derecho público, porque en realidad, el particular acata las señales de tránsito como las ordenanzas municipales sobre la conservación de la limpieza, de la salubridad o del orden y la tranquilidad colectiva.

Pero el derecho sigue siendo un imperativo sobre la voluntad y los momentos de incumplimiento fatalmente se presentan. Como no se está ante reglas naturales como las biológicas, las químicas o las físicas, la rectificación al movimiento de transgresión no se presenta automáticamente; no hay la ruptura de los materiales por violar su elasticidad, ni la caída de los cuerpos por dejarlos sin apoyo en el espacio, ni el perecimiento de las plantas por falta de abono. Lo que sucede es un sentimiento de desasosiego, de intranquilidad social, hay desde el desaliento al enojo, desde el arrebato a la violenta reacción física.

El orden social, el Estado no subsistiría ante el incumplimiento, ante la transgresión, ante la agresión, ante el desconocimiento de la regularidad jurídi-

ca. Una actitud, ya no de ataque, sino simplemente de indiferencia hacia el imperativo y, no ya de la mayoría de la población, sino de un grupo significativo, llevaría a la destrucción social.

"Por mucho que no asuste el populacho que, en los días de motines, sale de repente de las entrañas de nuestras ciudades manufactureras, acordémonos de que en Roma esas capas inferiores eran mucho más bajas aún. Además de los extranjeros sin casa ni hogar y de los obreros sin pan, instrumento ordinario de las revoluciones, se encontraba toda aquella muchedumbre de libertos desmoralizados por la esclavitud, y para quienes la libertad fue sólo un medio de hacer más daño; existían aquellos gladiadores instruidos en combatir con las fieras o con los hombres, y que jugaban con la muerte de los demás y con la suya propia; estaban especialmente los esclavos fugitivos, los peores de todos, que, después de haber robado y asesinado en su casa y vivido del pillaje por el camino, acudían de todos puntos de Italia a refugiarse y perderse en la obscuridad de los barrios populares de Roma, muchedumbre inmundada y terrible de gente sin familia, sin patria, que, colocada por la opinión general fuera de la ley y de la sociedad, no respetaban nada, como tampoco tenían nada que perder. Entre ellos reclutaba Clodio sus bandas. Los alistamientos se verificaban en mitad del día, en uno de los parajes más frecuentados en Roma, cerca de las gradas Aurelianas. Los nuevos soldados eran organizados después en decurias y centurias, al mando de jefes enérgicos. Se reunían por barrios en sociedades secretas, donde iban a tomar la consigna, y tenían su centro o su arsenal en el templo de Castor. Llegado el día, y necesitándose hacer una manifestación popular, los tribunos mandaban cerrar las tiendas; entonces los artesanos lanzados a la vía pública y el ejército entero de las sociedades secretas se dirigían juntos al *forum*. Allí encontraban, no a los hombres de bien, que considerándose inferiores, no salían de sus casas, sino a gladiadores y pastores que el Senado, para defenderse, hacía venir de las comarcas salvajes del Piceno o de la Galia, y comenzaba la batalla. "Figuraos a Londres, dice Mommsen, con la población esclava de Nueva Orleans, la policía de Constantinopla, la industria de Roma moderna, y pensad en el estado político de París en 1848; tendréis alguna idea de Roma republicana en sus últimos momentos."⁹²

a) El ~~cundo~~ anárquico de la ciudad que se ha considerado la cuna del derecho moderno. En los tiempos del mayor retórico judicial y político, se ha reproducido y ~~un~~ acrecido en el medioevo y en los tiempos actuales. Son éstos, episodios lamentables de las sociedades, son los graves trastornos que recoge la historia, y en los que el derecho entra en crisis.

La normalidad, lo común es el Estado en que el derecho privado se multiplica indefinidamente y se cumple en la pacífica convivencia. También el derecho público se realiza, si no tan espontáneamente, al menos sin sobresaltos y sin rebelías violentas.

Las expresiones anómalas son las que requieren de regularización y es entonces que el derecho proporciona el medio de coercibilidad.

⁹² Boissier, op. cit., Vol. II, pp. 16-17.

Tres pueden ser los caminos de la misma. El primero es el de la coacción, el del empleo de la fuerza, autorizada por el mismo derecho, para hacer que lo ordenado sea físicamente cumplido.

El segundo camino es el de la sanción. Aquí, las circunstancias fácticas no permiten hablar de cumplimiento, como sucede en los crímenes, en que el mandamiento de respeto a los derechos, a los intereses y a las circunstancias vitales de los semejantes está violado irremisiblemente. En el crimen no hay reposición, no hay vuelta al pasado. La transgresión produjo un daño irreversiblemente, de manera que el derecho sólo puede castigar y, en las eras y sociedades civilizadas, con el castigo también se hablase rehabilitación, finalidad penal discutible en teoría y más en la práctica, que se aplica luego de haber sustanciado un proceso tal como se ha venido estudiando.

En tercer lugar la coercibilidad discurre por el camino de las consecuencias. Se está ante resultados lejanos en el tiempo, pero que se presentan irremediablemente. Esto se ve cuando el derecho ordena, por ejemplo, inscribir en el Registro Público un contrato privado como el de compraventa, y al no acatarse la disposición, presentado un conflicto con terceros, éstos se consideran de buena fe, y por ende merecedores de tutela, porque a falta de publicidad de la primera obligación no quedaron obligados por sus efectos.

En estas tres formas: la coacción física, la sanción, que comprende la anulación de relaciones y situaciones, y la imposición de consecuencias ineliminables por voluntad de los interesados, en esas tres vías, la coercibilidad, indispensable para una regulación que se asienta en la libertad humana y, por ende, expuesta al incumplimiento, dicha solución externa al simple precepto jurídico, hace que éste se respete y cumpla.

b) Las resoluciones judiciales, actos de derecho público por tratarse de mandatos heterónomos, órdenes que se imponen a las partes por voluntad del juzgador, público o privado como el árbitro, estas sentencias y laudos, están como todo el resto del derecho expuestas del incumplimiento, al desacato.

Aunque las sentencias, criticadas y controladas en diversas etapas y hasta un tribunal supremo por estar jerárquicamente en el último plano, por más que estos pronunciamientos deban ser ya acatados, no faltan retraimientos voluntarios o involuntarios, como las insolvencias sobrevenidas o continuas.

No es, en tal virtud, sino congruencia con la naturaleza general del derecho que los fallos judiciales y arbitrales, necesitan estar dotados de la misma calidad coercible que el resto del derecho, más aún cuando se trata de actos heterónomamente emitidos.

Es obvio que si el proceso por antonomasia termina con el auto que cita para sentencia, ni ésta como acto vicario ni lo que le siga puede ser considerado estrictamente procesal, pero sí procedimental, si continuación del *iter* que va del conflicto a la realización final concretada en la coercibilidad, por cualquiera de las desembocaduras ahora señaladas.

Las distintas calidades de los pronunciamientos exigen adecuadas fórmulas de coercibilidad, si llegado el momento de cumplirlas no son acatadas. Al tener en

cuenta que las sentencias pueden ser de condena, constitutivas y declarativas, la coercibilidad tendrá que vincular cada tipo a su adecuada medida.

Ciertamente doctrina, legislación y jurisprudencia han venido utilizando la misma denominación para lo que globalmente debe llamarse la coercibilidad de las sentencias. Se ha hablado, así, de la ejecución del fallo, inclusive se ha llegado a hablar de un *proceso*, si no es que de un procedimiento como parte del juicio que le antecede.

Pero hay, desde luego, una manifiesta distinción entre los tipos de pronunciamientos dada la diversidad de materias: unas penales y otras no penales —civiles, mercantiles, laborales, administrativas, agrarias, constitucionales, etc.—. Si al tratarse de conflictos en los que versan derechos e intereses privados, la coercibilidad puede desenvolverse por la vía de la coacción, en los originados por los crímenes, en que se imponen castigos que han de sufrirse y cumplirse personal y directamente por los sentenciados, por más que el castigado no colabore a la manera socrática y aparentemente la sanción se le imponga desde fuera, salvo que se trate de tormentos, de la pena de muerte o de cualquiera otra clase de violencias, el castigo habrá de realizarse conjuntamente por el sentenciado y el Estado.

c) Tres vías de coercibilidad, para tres clases de sentencias y una de ellas, la de condena, subclasificable en otras tres especies: condena de dar, condena de hacer y condena de no hacer.

Esta trilogía descendente, permite sistematizar el área de la coercibilidad, advirtiendo la efectividad, no sólo apropiada, sino ineludible en cada caso.

Es concebible y hasta recomendable que la fase de coercibilidad de las sentencias judiciales y arbitrales, sea encomendada a organizaciones automómas, no independientes, como los conocidos ejecutores, oficiales de ejecución, oficios especializados —como los martilleros, los reclusorios, los consejos de rehabilitación, los ujieres, los actuarios, etc.— y demás esquemas de desconcentración o descentralización judicial.

Comprendida la índole de las respectivas actividades de coercibilidad, los medios y procedimientos para llevarlas a cabo son necesariamente idóneos; de manera que la realización forzada se distingue, tanto de la sanción como de los resultados consecuenciales.

No es posible, jurídicamente, aplicar medidas coactivas a resoluciones limitadas a determinar un valor, positivo o negativo, a las relaciones y situaciones decididas; como tampoco es admisible dejar a la simple aparición de consecuencias los casos de condenas de prestaciones objetivables.

d) Una larga discusión sobre la naturaleza de la sentencia penal, ha destacado el hecho de un imperativo heterónimo que afectando la libertad del justiciable, necesita de su cooperación para realizarse. No es posible, que un sujeto ajeno al sentenciado haga mantener la privación de libertad. Esta pertenece intransmisiblemente a cada individuo, de manera que el pronunciamiento que la afecte debe contar con la voluntad del afectado, porque de otra manera, éste podrá ser sujetado por grilletes, enviado a galeras, azotado, atormentado y

hasta incomunicado en un apando, pero la reclusión, tal y como está concebida en las modernas Constituciones, con el objetivo de readaptar al delincuente, sólo puede efectuarse si el sentenciado contribuye con su libre voluntad.

Pero las sentencias penales no se limitan a la privación de la libertad. Se conocen, desde las afectaciones patrimoniales a través de multas e indemnizaciones pecuniarias, hasta la pena de muerte, pasando por la tortura y el tormento, la pérdida de miembros y los trabajos forzados.

No pueden recibir la misma denominación resultados tan diversos de un mismo proceso, el penal, pero con sentencias tan distintas.

e) Y así como en lo penal incluyendo el ramo castrense, las sentencias abarcan una amplia gama de responsabilidades acertadas en vista de las conductas sancionadas, también en lo civil —término que se parangona con los restantes mercantil, laboral, agrario, etc.—, hay una manifiesta diversidad entre los fallos patrimoniales, personales, como los estatuarios, o los familiares y de diversa índole; como lo estatutario o lo familiar.

Tres son las especies de pronunciamientos que pueden dictar los juzgadores al terminar el proceso y si múltiples son los conflictos entre los justiciables; para restablecer el orden jurídico desconocido, violentado o incumplido, variados deben ser los resultados que concreten la coercibilidad.

El acto vicario es ya parte, elemento inicial de la coercibilidad, que se caracteriza por la responsabilidad acertada en su contenido. Esa coercibilidad puede terminar en la voluntaria, espontánea y pacífica conducta de los responsabilizados, lo que se conoce como el cumplimiento del pronunciamiento.

Pero cuando ello no basta, porque en lo penal, por ejemplo o en lo estatutario y familiar, no sólo son los actos de los justiciables los que hacen realidad el fallo, la coercibilidad continúa, no necesariamente a través de la coacción, esto es, de la aplicación de la fuerza, sino por la vía de la dotación de los medios e instrumentos, proporcionados a las circunstancias adecuadas a la efectución del sentido del pronunciamiento.

Es así como esas tres especies de fallos: constitutivo, declarativo y de condena, y este último subdividido en de condena de dar, de hacer y de no hacer, van cubriendo toda la gama de las responsabilidades acertadas. Y no es que, como alguna vez ha pensado la doctrina, el juzgador se coloque en la situación de la parte incumplida y haga efectiva la realización de la norma, porque en no pocas situaciones la parte vencida en el proceso no puede ya cumplir con la ley sustantiva, como cuando se insolventa, cuando la ley exige la intervención judicial como en la nulidad de matrimonio, o cuando sólo el juzgador sea quien puede castigar o declarar la inconstitucionalidad de la ley combatida en un proceso o en un procedimiento de control.

f) Se habla por lo general de ejecución de sentencia. Queda dicho que el dictado de ésta es ya el fincamiento de una responsabilidad por acatar su contenido. Si ese acatamiento se lleva a cabo por el vencido en el juicio, el término ejecución está de más, ya que ejecución es coacción, es aplicación de la fuerza para realizar el fallo.

La ejecución se menciona en las sentencias civiles de condena, y aunque también se habla de condena y de ejecución en lo penal, las situaciones son tan distintas que es forzoso el cambio de léxico.

En la condena civil, si el vencido no cumple espontáneamente, se encomienda a un tercero, actuario, ejecutor o alguacil, que inclusive con el apoyo de la fuerza pública, proceda a embargar bienes suficientes para cubrir el adeudo y gastos más honorarios, y se efectúe después una subasta para con su producto pagar todo.

De ello se sigue: primero, ha de mediar una sentencia de condena, la condena ha de ser patrimonial y consistir en un dar, ha de requerirse al condenado de pago, y sólo si no lo hace, pasará el expediente a un ejecutor, un colaborador del juez, quien con competencia especial, acudirá al domicilio del deudor y, requerido nuevamente sin mayores consecuencias, efectuará el embargo sobre los bienes señalados por las partes, primero el ejecutado y luego el ejecutante si aquél se abstuviere o rehusare, se nombrará depositario y se extraerán los bienes o se dejarán en administración del depositario si fueren inmuebles. Previo avalúo, esos bienes serán subastados y adjudicados al mejor postor, y cubierto el importe de la enajenación judicial, se pagarán gastos, costas y el principal más intereses. Sólo después que el producto del remate haya sido suficiente para cubrir el total, el deudor quedará liberado.

Este esquema no puede presentarse en las restantes sentencias de condena. Por ejemplo, en la de hacer, que se distingue en un hacer absolutamente personal —como pintar un cuadro, esculpir una estatua, etc.— y un hacer sustituible —como construir una barda, derrumbarla, poder cercar o reconstruir un edificio, etc.—, el colaborador judicial —actuario, ejecutor, etc.—, no puede proceder a embargar o secuestrar, limitándose a requerir. Si el deudor no cumple o no responde positivamente al requerimiento, no queda sino reconducir la condena de hacer a una de dar, siguiéndose los pasos ya dichos.

Por cuanto a la condena de no hacer, todo lo más que cabe es conminar, apercibir y hasta pedir se garantice su respeto. Pero si el vencido viola ese no hacer, nuevamente habrá que regresar al proceso de condena de dar, a fin de determinar los daños y perjuicios y exigir la indemnización por la vía de la ejecución.

De lo dicho se desprende que ejecutar es realizar la responsabilidad de dar, acertada en la sentencia, por obra de tercero, actuario, ejecutor o alguacil.

g) Pero si ejecutar es apenas la realización coactiva de la responsabilidad determinada en una resolución judicial, y por obra de tercero, las sentencias de hacer y de no hacer entrarán en la coercibilidad a través de la reconducción a un proceso con la finalidad condenatoria de dar.

Y este comentario debe ampliarse a las sentencias declarativas y constitutivas. Si las primeras son un accertamiento de valor de las relaciones y situaciones discutidas en el debate procesal, tal determinación es inejecutable, porque nada hay que dar y el tercero ejecutor es superfluo.

Por cuanto a las sentencias penales ya se ha dicho que su coercibilidad se especificará, se concretará en la medida que la sentencia vaya de la privación

rentes a la coacción. No hay posibilidad de ejecutar un divorcio, la anulación de un matrimonio, la rescisión de un contrato, la alteración de las prestaciones pactadas por razones de lesión o de error y así por el estilo.

Pronunciamientos declarativos y constitutivos, sin embargo, entran en el ámbito de la coercibilidad a través del resultado consecuencial, que explica la obligación del oficial del Registro Civil de alterar las actas de nacimiento, de matrimonio, etc. La sentencia declarativa que estima valiosa una estipulación, un testamento o cualquier otro acto bilateral o plurilateral como un acta constitutiva de sociedad, tiene igualmente consecuencias, su coercibilidad está en la trascendencia, en las repercusiones que lleva hacia el futuro y para otros actos privados o públicos.

Por cuanto a las sentencias penales, ya se ha dicho que su coercibilidad se especificará, se concretará en la medida que la sentencia vaya, de la privación pura de libertad, a la sentencia de trabajos forzados, a la exclusión del grupo social como en el ostracismo griego, la expulsión del país como en las sentencias de extradición o expatriación, las que impongan la pena corporal, desde azotes, lesiones, amputaciones, tormentos y torturas y la misma pena de muerte.

h) En otros planos judiciales, también hay responsabilidades acertadas en una sentencia que, sin embargo, por la índole de los sujetos el gobernante y el gobernado, no cabe hablar ni de obligaciones intransferibles, ni de ejecuciones.

Una sentencia contra la autoridad administrativa no puede ser ejecutada, pero si se acertó la responsabilidad patrimonial de dar, es factible que se ordene se provea de fondos al órgano, mediante la previsión presupuestal consiguiente. Es claro que si se condena a hacer o a no hacer, las consecuencias serán iguales a las comentadas.

Por supuesto que la Administración Pública puede ser vencida en juicios constitutivos o declarativos. Aquí los problemas teóricos disminuirán, porque el fenómeno será igual al que se contempla respecto de los particulares, y los pronunciamientos, si pueden ser reconducidos a un juicio de condena de dar, la indemnización, se habrán satisfecho.

Las dificultades crecen cuando la sentencia, sea de condena de hacer, declarativas o constitutivas, sean violadas o desconocidas por la autoridad. Entonces, sólo quedan los juicios de responsabilidades oficiales.

Se entrará en el contencioso-administrativo para analizar los casos de exceso y desvío del poder, en los disciplinarios de responsabilidades oficiales, en los del Gran Jurado para las transgresiones en el campo político y en lo penal para el abuso de autoridad.

i) La ejecución es un procedimiento coactivo que no se limita a lo judicial, ni al ordenamiento nacional. No a lo primario, porque la Administración Pública, por vía de lo que se llama facultad económica coactiva, lleva a cabo auto-ejecuciones, emite sus propios títulos ejecutantes, sea por vía de accertamientos fiscales o de los organismos paragubernamentales, como el Seguro Social en México, sea por el camino de las sanciones pecuniarias, multas judiciales, administrativas y de organismos especiales como la Procuraduría del Consu-

midor, también en México. Y no lo segundo, porque las sentencias de condena de dar extranjeras son ejecutables a pedimento del Estado Extranjero, mediante carta rogatoria y en virtud de convenio internacional o por razones de reciprocidad.

No son competentes para ejecutar los particulares, de manera que si el laudo privado contiene una responsabilidad de dar, una vez condenado el demandado, se pasará el expediente al juez competente por materia y territorio para su ejecución.

Por lo demás, tanto las sentencias extranjeras como los laudos, si son declarativos o constitutivos, seguirán el camino de los resultados consecuenciales. Y, marginalmente, cabe decir que tratándose de actos de las autoridades judiciales de la llamada *jurisdicción voluntaria*, por no ser sentencias que resuelvan un debate procesal, no puede pensarse en su sentido condenatorio y menos de dar.

Pero a falta de coacción, tales actos tienen sentido coercible llegado el caso, dado que por ejemplo una información de dominio, tiene trascendencia en la medida que tiene consecuencias, tal y como sucede con un divorcio voluntario, una adopción, un apeo o deslinde o un depósito de bienes o personas.

INDICE

PROLEGOMENOS

I.	El Derecho	5
II.	Las relaciones elementales	9
III.	Clasificación de las relaciones	12
IV.	Las divisiones sistemáticas	16
V.	Los principios jurídicos	19
VI.	Ideas fundamentales y sentido teórico	21
VII.	La trilogía básica de los principios jurídicos	23
VIII.	Los principios procesales	27
IX.	Las ramas del derecho	31
X.	Derecho público y derecho privado	33
XI.	La estructura institucional	35

TITULO PRIMERO GENERALIDADES

I.	El problema de la definición del derecho procesal	39
II.	La noción unitaria del derecho procesal	42
III.	Formación del derecho procesal	44
IV.	De Babilonia a Grecia	47
V.	El derecho romano	55
VI.	El derecho germánico	65
VII.	El procedimiento italo-canónico	70
VIII.	El derecho hispanoamericano	76
IX.	La colonia y el virreinato en América	85
X.	La codificación	103
XI.	La doctrina	106
XII.	La corriente científica	116
XIII.	La sistematización	120

TITULO SEGUNDO CATEGORIAS INSTITUCIONALES

I.	Teleología del derecho procesal	131
II.	Razón de ser del proceso	136
III.	El derecho procesal positivo	143

IV.	De las fuentes jurídicas	150
V.	Teoría de las unidades procesales	159
VI.	Clasificación del derecho dinámico: las instancias, la acción	169
VII.	Teorías sobre la acción procesal	175
VIII.	La pretensión	183
IX.	La jurisdicción	196
X.	La organización judicial y forense	206
XI.	Procedimiento y proceso	226
XII.	Las teorías sobre el proceso	235
XIII.	El desarrollo procedimental	246
XIV.	Hechos y actos en el proceso	259
XV.	La clasificación de los actos procesales	265
XVI.	Las fases procesales	269
XVII.	Actividades procedimentales	272
XVIII.	El tiempo en el procedimiento	276
XIX.	Las determinaciones temporales en el procedimiento	283
XX.	Plazos y términos en el procedimiento	290
XXI.	Otras conexiones y su cómputo	294
XXII.	El espacio en el derecho procesal	298
XXIII.	El lugar de los actos procesales	302
XXIV.	Forma, regularidad y anomalías procesales	305
XXV.	La comunicación procedimental	312
XXVI.	La comunicación en el proceso	315
XXVII.	Preclusión, caducidad y decaimiento	319
XXVIII.	Modos de concluir el proceso, suspensión e interrupción	325

TITULO TERCERO

DESARROLLO PROCESAL

I.	Pretensiones, debate y objeto procesal	333
II.	Las partes y el interés procesales	340
III.	Continencia, acumulación y escisión procesales	346
IV.	La pluralidad subjetiva	350
V.	Eventualidades: incidentes y accidentes procedimentales	357
VI.	Eficiencia de la confirmación	363
VII.	El procedimiento confirmatorio	371
VIII.	Las resoluciones judiciales	379
IX.	Eficiencia, contenido y clases de sentencias	383
X.	Teoría de la impugnación	394
XI.	Teoría de la ejecución	398

Esta primera edición de **COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL** se terminó de imprimir en abril de 1989, en los Talleres de Multidiseño Gráfico, S.A., Oaxaca núm. 1 esq. Periférico Sur, col. Sn. Jerónimo Aculco 01000 México, D.F.. El tiraje consta de 1,000 ejemplares más sobrantes para reposición.