

**HUMBERTO BRISEÑO SIERRA**

**DOCTOR EN DERECHO**

**DERECHO PROCESAL**

**volumen**

**III**

**PRIMERA EDICION**

**1969**

**EDICIONES  
GARDENAS  
EDITOR Y  
DISTRIBUIDOR**



TEL. 67-28-74

27 PONIENTE 4104  
COL. DEL GAS  
MEXICO 15, D. F.

# INDICE DEL VOLUMEN III

## TERCERA PARTE

### EFICACIA PROCESAL

#### CAPITULO I

|                                                                         | <b>Pág.</b> |
|-------------------------------------------------------------------------|-------------|
| 97 El proceso.                                                          | 5           |
| 98 La teoría del proceso.                                               | 10          |
| 99 Doctrinas empiristas.                                                | 15          |
| 100 La corriente teorizante.                                            | 23          |
| 101 Tesis de la relación jurídica.                                      | 26          |
| 102 El proceso como situación.                                          | 35          |
| 103 Las teorías de Carnelutti.                                          | 57          |
| 104 El proceso como estado de ligamen.                                  | 74          |
| 105 El proceso como entidad jurídica compleja.                          | 76          |
| 106 El proceso como servicio público.                                   | 84          |
| 107 El proceso como reproducción jurídica<br>de una interferencia real. | 91          |
| 108 El proceso como institución.                                        | 97          |
| 109 El proceso como serie de actos proyectivos.                         | 106         |

#### CAPITULO II

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 110 La actividad procesal.        | 119 |
| 111 Las circunstancias.           | 125 |
| 112 Hechos y actos en el proceso. | 137 |

## VI

|                                             | <b>Pág.</b> |
|---------------------------------------------|-------------|
| 113 Los actos procesales.                   | 143         |
| 114 Clasificación de la actividad procesal. | 154         |
| 115 El contenido de los actos.              | 162         |

### CAPITULO III

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| 116 El tiempo en la actividad procesal. | 173 |
| 117 Las determinaciones temporales.     | 178 |
| 118 La reversibilidad temporal.         | 180 |
| 119 Otras reversiones temporales.       | 190 |
| 120 Plazos y términos procesales.       | 195 |
| 121 Cómputo del tiempo.                 | 205 |
| 122 Clasificación de los plazos.        | 215 |

### CAPITULO IV

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 123 El espacio en el derecho procesal. | 223 |
| 124 El lugar de los actos procesales.  | 236 |
| 125 Medición del espacio.              | 241 |

### CAPITULO V

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 126 La regularidad procesal.              | 257 |
| 127 La condicionalidad.                   | 264 |
| 128 Supuestos, requisitos y presupuestos. | 285 |
| 129 Forma de la actividad.                | 300 |

### CAPITULO VI

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 130 La irregularidad procesal. | 315 |
| 131 La nulidad.                | 320 |

## VII

|                                                             | <b>Pág.</b> |
|-------------------------------------------------------------|-------------|
| 132 La nulidad en el proceso.                               | 328         |
| 133 La nulidad en la doctrina procesal.                     | 341         |
| 134 Conexiones de la nulidad con otros fenómenos jurídicos. | 357         |
| 135 Rescisión y resolución, pacto comisorio y revocación.   | 368         |
| 136 Ineficiencia e ineficacia.                              | 374         |

## CAPITULO VII

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 137 El fenómeno de la comunicación. | 387 |
| 138 La comunicación procesal.       | 390 |
| 139 La clasificación doctrinal.     | 394 |
| 140 Comunicación e información.     | 401 |
| 141 Notificación y exhortos.        | 409 |

## CAPITULO VIII

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| 142 Contenidos jurídicos de las comunicaciones. | 419 |
| 143 Conductas meramente significativas.         | 423 |
| 144 Conductas simbólicas.                       | 431 |

## CAPITULO IX

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 145 La especial conexión de los actos.                                          | 453 |
| 146 Preclusión y elasticidad.                                                   | 459 |
| 147 Eficacia de la preclusión.                                                  | 464 |
| 148 Preclusión y consumación, caducidad y decaimiento, abandono y prescripción. | 470 |

## VIII

### CAPITULO X

|                                               | <b>Pág.</b> |
|-----------------------------------------------|-------------|
| 149 Suspensión e interrupción procesales.     | 481         |
| 150 Desistimiento y renuncia.                 | 488         |
| 151 Precisión de conceptos.                   | 498         |
| 152 Reconocimiento, confesión y allanamiento. | 504         |
| 153 Otras formas de extinción del proceso.    | 511         |

**TERCERA PARTE**  
**EFICACIA PROCESAL**

## CAPITULO I

- 97 El proceso. 98 La teoría del proceso. 99 Doctrinas empiristas.  
100 La corriente teorizante. 101 Tesis de la relación jurídica.  
102 El proceso como situación. 103 Las teorías de Carnelutti. 104 El proceso  
como estado de ligamen. 105 El proceso como entidad jurídica compleja.  
106 El proceso como servicio público. 107 El proceso como reproducción  
jurídica de una interferencia real. 108 El proceso como institución.  
109 El proceso como serie de actos proyectivos.

## 97 El proceso.

El estudio del proceso, término que para facilitar su intuición intelectual puede acompañarse del vocablo jurisdiccional, por más que con ello se efectúe una tautología, ya que en realidad no hay otro proceso que el jurisdiccional; este estudio es posible hacerlo en alguno de los siguientes caminos: el histórico, el doctrinario o el conceptual lógico de la cuantificación evidencial.

La historia de la institución, a diferencia de otros fenómenos culturales que pueden ser rastreados en el tiempo, porque de ellos se tiene un significado meramente semántico común o vulgar, no puede hacerse sin un previo análisis de las notas que le constituyen. Esta es una de las razones por las que, sin detenerse ante las dificultades teóricas, la doctrina ha cometido inconsecuencias lógicas al penetrar en las más antiguas civilizaciones en pos de ejemplos de procesos, sin antes haber caracterizado la figura jurídica.

La postura histórica tiene grandes inconvenientes, pues si no se unifica el punto de vista, tampoco es factible coincidir en lo buscado ni en el objeto que se analiza. De ahí que al lado de ideas privatistas se encuentren las publicísticas y se caiga finalmente en las eclécticas. Lo que se ha dado en llamar **teoría** del proceso, ha carecido de profundidad lógica aunque ofrezca hondura de pensamiento. Esta paradoja se explica por la circunstancias de que se puede acertar en una calificación, sin emplear conceptos sintéticos, es decir, sin utilizar nociones pertenecientes a un sistema o ciencia. El proceso ha tenido también la vicisitud de ser tratado como un capítulo relativo a cierta rama jurídica, pero se ha olvidado que ésta recibe su nombre de una institución que, por lo mismo, es **fundamental**.<sup>1</sup>

En consecuencia, ni la vía histórica, porque para emplearla justificadamente, es preciso saber el qué de lo buscado en el pretérito; ni la revisión doctrinaria, porque ésta ha surgido un poco con ligereza lógica. Preferible comenzar **definiendo** al proceso, decir qué se entiende por él, para después confrontar la **cuantificación** obtenida u ofrecida, con los datos históricos y con las opiniones doctrinarias.

1 Supra N° 65.

## 6 El proceso

Cuantificar al proceso es caracterizarlo **a priori**, con esa idea que de lo último tiene Max Scheler,<sup>2</sup> como las significaciones o proposiciones, que prescindiendo de toda clase de posiciones de los sujetos que las piensan, y aún de su real configuración natural, y también prescindiendo de toda índole de posiciones de un objeto, al que son aplicadas, llegan a ser dadas por sí mismas, mediante el contenido de una intuición inmediata.

Así pues, **cuantificar** al proceso es intuirlo inmediatamente y desprender sus notas constitutivas, o mejor aún, predicar del objeto que se tiene en la intuición, los datos suficientes para volver a identificarlo. La cuantificación habrá de hacer uso de vocablos cuyo sentido pueda verificarse, por conservar el significado semántico corriente, por ser palabras empleadas natural y popularmente.

a) Cuantificativamente, la pregunta que puede hacerse es, ¿qué objeto se está intuyendo al utilizar la palabra proceso? La misma idea sería aquella que inquiriera, cuando se dice proceso, ¿qué se intuye mental o materialmente?

Responder a ellas es dar un sentido al vocablo, es hacer que la atención se dirija a cierto objeto, a determinado fenómeno. Por ejemplo, si se dice que proceso es la actividad ante los tribunales, esté o no acertada la contestación, al menos se tiene ya una **convención**. Lo que resta será **verificarla**. De esta manera, la operación se simplifica y ofrece resultados excelentes, porque bastará revisar, mental y materialmente, lo que se hace en los tribunales, para saber qué se expresa cuando se emplea la voz proceso. Que no todo lo que acontece o se realiza en los tribunales es proceso, parece fácil sostenerlo. Pero entonces, puede afirmarse que el **cuantificador** o definidor ha exagerado en su intuición, que queriendo **ver** al proceso ha contemplado lo judicial.

Otra forma de predicar sobre las cosas, es lo que Rudolf Carnap<sup>3</sup> denomina función expresa del lenguaje o lenguaje poético. El ejemplo está en aquellas palabras de Piero Calamandrei<sup>4</sup> cuando recuerda que comúnmente se dice que el proceso puede equipararse a un drama; y que en efecto, como ocurre en un drama, se desarrolla a través de una sucesión de actos realizados por varias personas, en forma dialogada, distinguiéndose entre los diversos episodios concatenados, que encuentran su desenlace, como en un epílogo, en la sentencia.

El mismo Carnap ha explicado en otro lugar,<sup>5</sup> que las palabras tienen una sintáxis simple en las proposiciones elementales o protocolares;

2 *Ética*, T. I, página 83.

3 *Filosofía y sintáxis lógica*, Trad. César N. Molina, México 1963, p. 20.

4 *Proceso y democracia*, Trad. Héctor Fix Zamudio, Bs. As. 1960, p. 58.

5 *La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje*, Trad. C. Nicolás Molina Flores, México 1961, p. 9-10.

pero para encontrar el significado simple, se requiere averiguar de qué proposiciones se deriva un término y qué proposiciones pueden derivarse de él; en qué condiciones debe ser una proposición protocolar verdadera y en cuáles falsa; y cómo puede verificarse la proposición. De esta manera, agrega, cada palabra del lenguaje es retrotraída a otras palabras y finalmente a las que aparecen en las proposiciones de observación o proposiciones protocolares. Lo único cuestionable en este análisis es que la formulación de acuerdo con la terminología de la lógica, requiere ese retrotraerse a las palabras protocolares, cuyo significado se refiere a lo **dado**,<sup>6</sup> que en sí es ya un tema de discrepancias.

Es ahora que el método de cuantificación auxilia adecuadamente, porque lo **dado** es precisamente el objeto intuido, tal como ha sido captado por la arbitraria atención del observador. No se discute su naturaleza metafísica, ni siquiera se pregunta si hay algo en el mundo de la realidad que se llame proceso. Basta **denominar** proceso a algo que puede verificarse porque la palabra señalará constantemente al mismo objeto de conocimiento. Sin embargo, debe repetirse que cuantificar es una actitud compleja, porque no basta llamar a un fenómeno con cierto nombre y ni siquiera identificarlo posteriormente con una nueva intuición. Lo que tiene mayor importancia en la cuantificación es conservar la proposición en posteriores combinaciones. Y es aquí donde puede fallar la definición, si las palabras empleadas para la primera cuantificación, suelen emplearse para fenómenos distintos, si son equívocas.

b) Es sorprendente advertir que tratándose del proceso, se está ante una palabra que se viene empleando hace siglos, sin que los doctrinarios se hayan puesto por fin, de acuerdo sobre su significado. Desde luego, los romanos no empleaban este vocablo sino la palabra **juicio**. Lo explica Lorenzo Pietro Castro,<sup>7</sup> cuando sostiene que **processus** es de origen latino, pero medieval. Su acepción gramatical sería avance, continuación de momentos, y en los idiomas de tronco germánico, agrega, la palabra que para significarlo se emplea, deriva de una raíz de significación semejante.<sup>8</sup>

En consecuencia, el término juicio es de pura ascendencia romana y tiene en castellano un empleo semejante a pleito y causa, un caso que se debate o resuelve.<sup>9</sup> Sin embargo, cuando del abolengo se pasa a la definición, se hace el tránsito de lo meramente semántico a lo lógico, y entonces es que la doctrina discrepa.

6 Página 11.

7 *Derecho procesal civil*, Zaragoza 1949, T. I, p. 6.

8 En alemán *Verfahren*.

9 Pietro Castro, id., p. 10.

## 8 El proceso

Roberto Guzmán Santa Cruz,<sup>10</sup> efectúa un trabajo de compilación que va, desde el significado que le otorga la Academia de la Lengua,<sup>11</sup> recordando a Escriche,<sup>12</sup> a Eduardo Pallares,<sup>13</sup> para entrar en la doctrina chilena y mencionar, por su orden:

**Alessandri:** proceso es el agregado de los escritos, documentos y actuaciones que sucesivamente se presentan y verifican durante el juicio.

**Avsolomocivh, Lührs, Noguera:** un instrumento destinado a satisfacer pretensiones procesales.

**Camiruaga:** sinónimo de expediente o autos, y serie de actividades que se deben llevar a cabo para lograr el pronunciamiento del juez sobre el asunto o contienda sometida a su resolución por las partes.

**Cassarino:** en sentido científico equivale a conjunto de actuaciones destinadas a poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado en favor de los particulares, cuando son lesionados sus derechos. En sentido material es el conjunto de escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio.

**Lira:** conjunto de actuaciones que se forman ante los tribunales y de los documentos justificativos que se unen a ellas para ilustrar y resolver a su tiempo la cuestión:

**Maira:** se forma con la reunión material de los diversos escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se verifiquen o presenten en el juicio.

**Pereira:** la relación jurídica típica entre ciertos sujetos, nacida con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional, estatuida para la justa composición del litigio por acto de autoridad competente.

Puede advertirse que en estos autores, o se cae en el círculo vicioso de definir con lo que se quiere definir, o se hace una descripción simplista. Apenas Pereira recuerda a Carnelutti.

c) Hay autores que siguen por el filo de la poesía, como cuando el mismo Calamandrei habla del proceso como misterio.<sup>14</sup> Y para no dejar la veta, después,<sup>15</sup> hablará del proceso como una leal observancia de las reglas de juego.

10 *Repertorio de conceptos de Derecho procesal civil*, Santiago de Chile 1966, pp. 152 y ss.

11 Progreso.

12 Conjunto, agregado de los autos y demás escritos en cualquier causa civil o criminal.

13 Serie de actos jurídicos que se suceden en el tiempo, y se encuentran concatenados entre sí para el fin u objeto que se quiere realizar con ellos, siendo la finalidad lo que les da unidad.

14 *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 del opúsculo de Salvatore Satta: *Misterio del proceso*.

15 *Idem*, página 269.

Menos bellas son las palabras de Santiago Sentís Melendo,<sup>16</sup> al explicar que entiende por proceso el acuerdo, figura que encontraría mejor cabida en el terreno instrumental que las de contrato o cuasi contrato. Y aunque indica que se trata de algo expresado incidentalmente, sin pretensiones constructivas y que hoy no se le ocurriría sostenerla, ha dado lugar a una clasificación de la tesis del autor como de aquellas que pertenecen a las corrientes menores sobre el proceso.<sup>17</sup>

Otro poeta del derecho, Eduardo J. Couture,<sup>18</sup> enseña que el proceso es secuencia, desenvolvimiento, sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. Y, recordando lo que dijera antes en sus **Fundamentos del derecho procesal civil**,<sup>19</sup> repite que es una relación jurídica específica, regida por la ley.

Y siguiendo en la vena metafísica o poética, tendrá que recordarse a Francisco Carnelutti,<sup>20</sup> para quien la palabra proceso alude a un desenvolvimiento gradual en el tiempo: proceder significa aproximadamente dar un paso después del otro. Aunque más adelante,<sup>21</sup> agregue, ampliando lo anterior, que la misma 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. Y todo esto, sin mengua de que antes hubiera afirmado que hay un parangón entre el proceso y la representación escénica o el juego deportivo, por más que advierte que no lo ha inventado él, sino que han sido los filósofos, los sociólogos y los juristas, entre ellos Calamandrei.<sup>22</sup>

Por último, y para terminar esta miscelánea de explicaciones, cabe recordar las palabras que sobre el tema dice Hernando Devis Echandía;<sup>23</sup> el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener la declaración, la defensa o realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción, mediante la actuación de la ley, en un caso concreto.

16 En su reseña de la obra de Pedro Aragonese, *Proceso y derecho procesal*, que incluye en sus *Estudios de Derecho procesal*, Bs. As. 1967, T. II, p. 272, nota 14.

17 Niceto Alcalá Zamora y Castillo, *algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, Bs. As. 1952, publicada en la *Revista de Derecho Procesal*, Año X, número IV, p. 246.

18 *Vocabulario jurídico*.

19 Bs. As. 1942, p. 65.

20 *Cómo se hace un proceso*, Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bs. As. 1959, p. 26.

21 Página 30.

22 Página 17.

23 *Nociones generales de Derecho procesal civil*, Madrid 1966, página 131.

## 10 La teoría del proceso

La revista de proposiciones vagas, de circunloquios, deja la impresión de una cierta, o una gran dificultad con la que se tropezaron los doctrinarios, para definir algo con lo que trabajan cotidianamente.

### 98 La teoría del proceso.

La circunstancia de que el objeto de conocimiento: el fenómeno llamado proceso, no haya sido identificado suficientemente, ha propiciado el surgimiento de corrientes doctrinarias, que intentan por caminos diversos capturar la definición. Es sumamente interesante observar que, con motivo del cambio de perspectivas, y cuando se pasó de las figuras privatistas a las publicistas.<sup>24</sup> la corriente se autodenominó científica.

Según este criterio, la historia de las doctrinas procesales se escinde en dos momentos: el empirismo y el cientificismo. Sostienen quienes se ubican en el segundo sector, que los primeros no meditaron sobre el fenómeno con sentido teórico propio, que no hubo autonomía de pensamiento, sino dependencia en las ideas, provenientes del campo del derecho privado.

La postura científica sería la actitud sistematizadora, a partir de conceptos básicos.<sup>25</sup> Como tales se entendieron: la acción, la jurisdicción y el proceso. Se advirtió que entre ellos había correspondencia y natural invariación. Nació entonces una versión que se imprime por primera vez en la obra de Oskar von Bülow,<sup>26</sup> quien en 1868, llamó al proceso relación jurídica pública, una relación que se distinguía de las demás por la singular característica de ser continua, por avanzar gradualmente y desarrollarse paso a paso.

No estaba ayuna de antecedentes al idea, ya M. F. C. de Savigny,<sup>27</sup> había expresado que el derecho no se manifiesta más claramente que cuando, negado o atacado, viene la autoridad judicial a reconocer su existencia; pero un examen más atento manifiesta que su forma lógica de juicio, satisface 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, y así, un juicio sobre un derecho especial no es racional y verdadero, sino cuando se deriva del entero concepto de la relación de derecho.

Encontrada la fórmula de la relación, no era sino meramente predecible que algún día se hablaría del proceso como relación, y que si se estudiaban las relaciones privadas, tendrían que considerarse después las re-

24 O supuestamente publicistas.

25 *Supra* N° 66.

26 *La teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales*, Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein, Bs. As. 1964, p. 1-2.

27 *Sistema del Derecho romano actual*, Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid s/f. T. I, p. 65.

laciones públicas. Desafortunadamente, el comienzo fue, como tantas veces acontece, errático y desde la mitad de la ruta, porque todo se contempló a partir de la relación privada y no de la relación misma. Las discusiones que más tarde se levantarían en cuanto al concepto de relación pública, habrían dejado de tener justificación, si las palabras de Savigny se hubieran tomado aisladamente, es decir, mirando a la relación y no al compuesto relación privada. Ha tenido que pasar mucho tiempo y han tenido que vencerse serias objeciones, para consentir en la existencia de las relaciones públicas.

Fue pues, la doctrina alemana la que, viniendo de las fuentes históricas, propuso el término relación, y con igual apoyo, Bülow siguió estudiando el derecho romano para hablar de la relación pública procesal.

a) Ahora bien, ¿cuál es el valor lógico de la denominación: corriente científica del derecho procesal? En realidad escaso, porque no basta querer ser científico, es menester serlo. Cuando Philipp Frank<sup>28</sup> explica las condiciones de la científicidad, esclarece que toda teoría física consta de tres partes esenciales: las ecuaciones de la teoría, el cálculo del álgebra y de la geometría, y las reglas semánticas. Junto a las proposiciones del primer cálculo,<sup>29</sup> y los términos de la segunda parte,<sup>30</sup> las reglas semánticas sirven para verificar los resultados, porque son nada más que palabras del lenguaje cotidiano, tomadas en préstamo por la ciencia para dar inteligencia a sus teorías.

¿Qué ha hecho la doctrina para dar carácter científico a sus propiedades? Tomar una o varias palabras, empleadas con cierto sentido en alguna rama ya consolidada,<sup>31</sup> y darles sentido diferente. Con esto no se ha hecho, sino lo que James Goldschmidt<sup>32</sup> criticaba acertadamente: un concepto infructuoso.

Aunque Frank advierte contra la natural tendencia a copiar la técnica física en otros campos de conocimiento, porque debe distinguirse muy cuidadosamente entre las proposiciones que atribuyen a las palabras o símbolos un nuevo significado operacional, y las proposiciones que describen los resultados de experimentos nuevos,<sup>33</sup> de manera que el lenguaje de la nueva física es para la biología, tan mecanicista como la tradicional, de modo que no puede extraerse conclusión alguna en favor de la biología vitalista;<sup>34</sup> lo cierto es que llegó a concluir que existe estrecha conexión entre todas las ciencias. Ello permite sostener que, también para el derecho, se exige la regla semántica, tanto o más que las fórmulas lógicas.<sup>35</sup>

28 *Fundamentos de la Física*, Trad. Elí de Gortari, México 1956, página 15.

29 Fuerza, masa, etc.

30 Reglas lógicas: más, menos, y, o, etc.

31 El derecho civil.

32 *Derecho procesal civil*, Trad. Lorenzo Pietro Castro, Barcelona 1936, p. 7-8.

33 Página 137.

34 Página 136.

35 Relación, supuesto, presupuesto, consecuencia, etc.

## 12 La teoría del proceso

Las condiciones científicas del derecho, trayendo aquí la explicación de Frank, son: la conducta humana, las reglas lógicas o del segundo cálculo, y las leyes semánticas. En tal virtud, conviene recordar con Carnap<sup>36</sup> que hay palabras sin sentido, o palabras que son pseudoproposiciones. Se carece de sentido cuando el vocablo plantea un problema estéril.<sup>37</sup> Sólo son clasificables entre las proposiciones con sentido, las fructuosas y las estériles, las falsas y las verdaderas.<sup>38</sup> Consecuentemente, son sin sentido estricto las palabras que no constituyen una proposición.<sup>39</sup> Hay dos géneros de pseudoproposiciones: las que contienen una palabra a la que erróneamente se supuso un significado, y aquéllas que poseen un significado pero que por haber sido reunidas de modo antisintáctico no tienen sentido.

Como las palabras tienen un sentido protocolar o primario y de él se derivan otros sentidos, también puede acontecer que en el transcurso del tiempo, o se haya olvidado el sentido original, o se le haya dado otro que ya no se ajusta a la etimología.<sup>40</sup> Por ello es necesario estipular el criterio de aplicación de las nuevas palabras o de los nuevos sentidos de las viejas palabras.<sup>41</sup>

b) Para hacer una teoría del proceso es, por lo mismo, indispensable: primero, **cuantificar** el fenómeno; segundo, establecer las fórmulas lógicas; y, tercero, determinar el significado técnico de las palabras, de acuerdo con su particular sentido operacional.

Todas las definiciones o meras caracterizaciones que vienen dadas sobre el derecho procesal. Si se dice,<sup>42</sup> que se está ante una nueva rama. Si se sostiene que viene dotada de autonomía, claramente distinta de otras ramas. Entonces, lo menos que se puede pedir es: primero, que se **cuantifique** lo que se está intuyendo al expresar la palabra proceso. Segundo, que se den sus fórmulas jurídicas. Y tercero, que se respete el significado operacional, para estar en condiciones de hacer la aplicación semántica indispensable.

Todas las definiciones o meras caracterizaciones que vienen dadas sobre el proceso,<sup>43</sup> no hacen sino lo contrario. Esto es, comienzan por mencionar las palabras con el viejo sentido, y luego dejan supuestas las reglas lógicas de esta particular juridicidad, para concluir suponiendo innecesaria la intuición del objeto de conocimiento.

36 *La superación de la metafísica...*, cit., p. 8.

37 ¿Cuál es el peso de los habitantes de México cuyo número telefónico termina en 0?

38 Entonces el ejemplo muestra una proposición con sentido pero son palabras estériles o falsas.

39 Pseudoproposiciones.

40 *Idem*, página 14.

41 Página 12.

42 Y frecuentemente.

43 *Supra* N° 97.

No debe extrañar que los autores,<sup>44</sup> afirmen que, terminológicamente la palabra proceso no es inexacta, pero sí imperfecta para designar la institución que se estudia, pues proceso, literalmente no es sino una derivación de procedimiento, aunque existan matices originados por el uso entre una y otra idea. Ciertamente, también Guzmán Santa Cruz ha olvidado o desconocido la función de la regla semántica. Poco importa que una voz derive de otra, ni que haya tenido antes un significado que ya perdió. Lo que interesa es que se sepa, se convenga, se emplee el nuevo sentido, el sentido técnico que proviene de la estipulación del criterio de aplicación para la nueva o vieja palabra.<sup>45</sup>

Esa admisión de que el proceso deriva del procedimiento, es síntoma de que no se ha cuantificado ni al primero ni al segundo. De otra manera, no se ocurriría buscar lo etimológico, lo aparentemente evolutivo. El proceso existió al mismo tiempo que el procedimiento, lo que se ha visto de dinámico en ambos no es lo principal lógicamente. Para la cuantificación es primordial tener frente a sí o mentalmente, el objeto aludido. Quien tiene la actividad judicial, tiene el todo y carece de medios de discriminación para apartar lo procesal de lo procedimental. Esta es la tarea de las fórmulas jurídicas. Si no hubiera una regla lógica para el proceso y otra para el procedimiento, en verdad podría afirmarse que se han utilizado dos palabras para lo mismo.

Ahora bien, tampoco es el caso de violar las reglas semánticas. Si una palabra cotidiana se lleva al derecho y se le menciona para algo vago, para imágenes evanescentes, entonces sucede lo que con el vocablo preclusión, que etimológicamente podrá significar caer anticipadamente, pero que en la rama procesal tiene el sentido de hacer lo debido, de no hacerlo o de hacer lo contrario. Todo un conjunto heterogéneo para una sola proposición, la cual, además, no ha sido dotada de nueva aplicabilidad, sino de multivocidad.

Por ende, queda en pie la pregunta, ¿hay una teoría del proceso? ¿Se puede admitir que la doctrina ha hecho ciencia del proceso? La respuesta es doble: probablemente no se haya alcanzado el propósito, pero ello no implica que sea inalcanzable.

c) Debe volverse a la idea ya anotada. Ciencia es un sistema de conexiones de proposiciones congruentes, interrelacionadas y no contradictorias, pertenecientes al mismo orden operacional.

Pero todavía esto es insuficiente. No basta hacer sistema, no se satisface la pretensión científica con la malla de conexiones. Han existido sistemas metafísicos, y éstos, obviamente, no pueden ser científicos, pre-

44 Roberto Guzmán Santa Cruz, *Repertorio...*, cit., T. II, p. 155.

45 Carnap, p. 12.

cisamente por carecer de símbolos con significado predicativo.<sup>46</sup> Quiere esto decir que en la metafísica, lo que se realiza es el empleo de palabras de sentido inverificable.

Se llaman sistemas de conceptos analíticos, aquellos que como la metafísica o la poesía, pueden alcanzar la interrelación de sus proposiciones, y hasta darles congruencia, no contradicción y absoluta compenetración. Sin embargo, son sistemas infructuosos, porque, ¿qué valor lógico puede tener un sistema que es improbable desde el comienzo? Cada palabra de la siguiente explicación dada por Martín Heidegger<sup>47</sup> sobre la metafísica, están ayunas de sentido, al decir que sólo debe investigarse lo que está siendo y por lo demás nada, lo que está siendo y solamente nada más, únicamente lo que está siendo y fuera de ello nada. Verdaderamente este galimatías es un conjunto de palabras sin sentido, pues el metafísico comienza por negar la verificabilidad de sus términos.

Poéticas son las explicaciones que sobre el proceso han dado los autores que como Calamandrei, Couture o Carnelutti, intentan ver imágenes inverificables: el misterio, el juego, el drama. Y son inverificables, no porque cada una de las palabras no tenga un sentido, lo que acontece es que la inclusión en un contexto origina toda la metafísica. El proceso como drama es típicamente algo figurativo, el proceso como juego o el proceso como misterio no superan el estadio imaginario.

Pero también se podría decir, figuradamente, que el proceso es una guerra, que el proceso es un duelo, que el proceso es un deporte, que el proceso es un arte, que el proceso es una técnica y, ¿por qué no?, que el proceso es una ciencia.

Voces carentes de función lógica y semántica, porque fueron tomadas del lenguaje cotidiano, para intentar aprehender algo que no se ha cuantificado previamente. Dicho en otros términos, se trata de calificativos. Y en este orden de pensamientos, se dice que el proceso es un mal necesario, que el proceso es la justicia imparcial, que el proceso es una institución democrática.

No es lo malo emplear vocablos cotidianos para aludir a objetos jurídicos. Lo dañino es **sistematizarlos**, creer que se ha hecho ciencia juntando proposiciones poéticas como al decir: acción es el derecho de perseguir lo debido, jurisdicción es la concreción de la norma general y proceso, por ende es el instrumento que usa la acción para lograr la jurisdicción. Aquí se ha realizado una sistematización, pero de conceptos analíticos, de palabras cotidianas sin sentido técnico, voces que no han sido cuantificadas y que, por ende, tampoco podrán ser arregladas en términos de la ley lógico jurídica. Ir hacia el proceso, buscando la teoría y

46 Carnap, p. 26.

47 *¿Qué es la metafísica?*, Trad. X. Zubiri, Madrid 1933.

encontrando la poesía, es algo común, algo frecuente y casi ineliminable en el metafísico del derecho. Hace falta, pues, el científico, o al menos el tratamiento científico.

### 99 Doctrinas empiristas.

La historia procesal no atañe exclusivamente a la legislación, se relaciona igualmente con sus exposiciones y estudiosos. En el momento oportuno,<sup>48</sup> se hizo referencia a diferentes puntos de vista clasificatorios de la doctrina; por ende, ahora bastaría recordar sólo dos.

Por el renombre que ha tenido desde su aparición la obra de Carnelutti, nada más natural que aludir a su criterio, cuando en la parte introductiva de su **Sistema**,<sup>49</sup> habla de cuatro períodos o escuelas, a saber:

Período de la escuela exegética de origen francés y que caracteriza por el predominio de los comentarios, en los que la indagación se dirige a interpretar los preceptos en el orden legal.

Período de las teorías particulares que viene a ser el puente entre la anterior escuela y la etapa posterior, caracterizado porque la investigación se orienta hacia el sistema, a través de la búsqueda de los principios de las instituciones.

Período de la teoría general del proceso de conocimiento, donde la corriente exegética se inclina ante la dogmática, y el influjo de la escuela alemana reemplaza al de la francesa, siendo Chiovenda el fundador y principal representante.

Período de la teoría general del proceso, como una ulterior evolución de la precedente fase, y que se inspira en la idea de alcanzar una síntesis de los principios del derecho procesal, que comprenda las instituciones del proceso de conocimiento y de cualquier otro tipo de proceso: de conocimiento o de ejecución, civil o penal. El representante y fundador sería el propio Carnelutti.

Pero también hay otros puntos de vista, como el de Niceto Alcalá Zamora y Castillo,<sup>50</sup> quien ofrece el siguiente esbozo:

Período primitivo, desde la antigüedad al siglo oncenno de la era cristiana, donde faltan exposición procesales, pero con datos sobre la justicia y su funcionamiento.

Escuela judicialista, donde el juicio es término arraigado, especialmente en el derecho hispánico<sup>51</sup> y destacan trabajos sobre los sujetos, las fases, y la sentencia misma sinónima de juicio.

Tendencia de los prácticos, caracterizada por la contemplación de la materia procesal más como arte que como ciencia.

48 Supra Nº 54.

49 Op. cit., T. I, p. 3.

50 *Evolución de la doctrina procesal*, sobretiro de la Revista *El Foro*, de junio de 1950, México, pp. 6 y ss.

51 ¿Castellano?

Los procedimentalistas de origen francés ponen atención especial en la organización judicial, la competencia y el procedimiento en sí.

Procesalismo **científico**, en el que se tiende a independizar al derecho procesal frente al material, se examinan los conceptos básicos de acción, jurisdicción, proceso, actuación de las partes, etc.; se supera el método expositivo, sustituyendo la exégesis por el sistema; y en lugar de hacer filosofía o descripción, se hace **teoría** y se rompen las amarras de la práctica forense.

Bastan estas opiniones, parcialmente coincidentes, para confirmar que las clasificaciones se han hecho, un tanto con referencia a la historia y suponiendo una constante evolución doctrinaria.

a) Que las anteriores clasificaciones son relativas, aún considerando que se trata de puntos de vista que tienen más de división histórica que doctrinal, se demuestra por el hecho de que algunos autores calificados de **científicos** continúan estudiando el proceso o en su influencia sustantiva, o en su discurrir procedimental; y ello acontece, tanto con Salvattore Satta, como con Eduardo Pallares.

En verdad es arbitrario decir que Bülow, Wach, Kohler o Chioventa sean **científicos**, como lo es llamar práctico al Conde de la Cañada que tuvo claras percepciones de algunos problemas importantes. No hay, no debe haber autor que escriba sobre el proceso y se aparte de la ley; al no hacerlo, tendrá que comentar, elaborar exégesis, considerar cuestiones prácticas y atender al procedimiento. ¿Qué trascendencia podría haber en una obra general que se limitara a hablar de la acción, de la jurisdicción y del proceso? Ni son ideas fundamentales, ni en todos se trata de nociones elementales; pero, y esto es más interesante, otras nociones, conceptos y fundamentos se pueden analizar con la misma razón suficiente, sin que por ello se haga **ciencia**.<sup>52</sup>

Como es, o debe ser difícil, encontrar un autor que no sea al mismo tiempo **procesalista** y **procedimentalista**, **teórico** y **práctico**, lo conveniente es buscar una perspectiva que, sin dejar de ser todo lo relativa o subjetiva que se quiera, porque ya el clasificar es tomar un punto de vista personal y arbitrario, sea más apegada al objeto mismo.

El tema es: la doctrina procesal. Ahora bien, los doctrinarios, desde los jurisconsultos romanos, han opinado deductivamente. El mismo Quintiliano,<sup>53</sup> sostenía que es necesaria al orador la ciencia del derecho civil. La circunstancia de que hablara de la **ciencia** no le hizo ni más moderno que sus contemporáneos, ni más primitivo que los modernos, porque ni unos ni otros han puesto en el derecho la **teoría** propia y verdadera.

52 Supra Nº 98.

53 *Instituciones oratorias del célebre español M. Fabio Quintiliano*, Trad. según la edición de Rollin, Madrid 1799, T. II, p. 372.

Si en toda obra hay sabiduría y experiencia, elucubración y aplicación; bien puede sugerirse que, según la preponderancia de un aspecto sobre el otro, se tendrá a un doctrinario empírico o a uno **teórico**. quede para un posterior análisis el indagar hasta qué punto lo empírico se apoya en la experiencia de los tribunales, en las prácticas del foro, y hasta qué otro lo **teórico** es un discurrir mental simple, un inferir talentoso, un sistematizar virtuoso, o una profundización filosófica, gnoseológica o epistemológica. Esto será un corolario de la investigación teórica, pero lo principal se ha logrado: clasificar según una manera más racional, más adecuada al objeto considerado.

No se olvida que también hay una perspectiva que intenta separar a privatistas de publicistas, procesalistas de sustantivistas; pero la objeción sigue en pie, pues modernos tratadistas son privatistas y en viejos autores hay afirmaciones publicísticas; en muchos contemporáneos se ve el estudio de las instituciones sustantivas predominando sobre las procesales, y en los antiguos hay capítulos enteros que profundizan en lo procedimental, si no es que en lo procesal, dejando en un segundo, y hasta en un último plano lo sustantivo o material.

b) La doctrina formada en torno a la noción del proceso, tiene otra característica que no se circunscribe a los puntos sostenidos: empirismo y teorismo. Se trata de una circunstancia propia del tema, porque algunos autores han tendido a subsumir la figura en instituciones ya conocidas, mientras que el resto busca peculiaridades.

La enumeración más conocida: contractualistas, cuasicontractualistas, de la relación jurídica, de la situación jurídica e institucionalistas, tiende a separar por grupos de adeptos a un cierto punto de vista doctrinario.

Podría pensarse que ante este resultado, ni las clasificaciones más conocidas, ni la que ahora se ofrece, son efectivas, puesto que a fin de cuentas, la perspectiva adoptada es diferente. Pero no hay ni contradicción ni oposición indirecta en este fenómeno. Uno es el caso de clasificar a los doctrinarios por su criterio general, y otro el de agrupar las tesis sobre un tema particular. Lo que sí es trascendental, es que sea de poca o ninguna utilidad el establecer porciones generales para luego olvidarlas y proponer fraccionamientos distintos. Es decir, si se habla de una escuela de la exégesis o procedimentalista, lo menos que se puede pedir es que al llegar a un capítulo especial, como el tema del proceso, esa distribución de autores se compagine con sus tesis individuales. Pero si acontece, y este es el presente caso, que la división original se olvida por completo y se toma otro valor, entonces hay una cierta infructuosidad en lo primero, un cierto desgaste de imaginación inútilmente.

Por ello, cuando se parte de la idea de doctrinas empiristas y teorizantes, entonces se puede acompañar el primer tramo con un complemen-

to particular del tema. Son empiristas quienes miran la experiencia para dar su opinión sobre el proceso, y además son contractualistas, si de la experiencia toman la figura del convenio para intentar aplicarla al proceso. Son teorizantes quienes abandonan la material práctica y buscan en su intelecto una idea original. Tales teorizantes podrán pertenecer a la corriente de la relación, si adhieren el punto sostenido por Bülow, o el de la situación si están con Golsdchmidt.

De todo lo anterior se infiere que la clasificación, no ya de la doctrina procesal, sino de las tesis sobre el proceso, puede hacerse en dos grandes sectores: empiristas y teorizantes. A su vez, cada grupo es susceptible de ser subdividido, según la figura que elijan para conceptuar al proceso: contrato, cuasicontrato, relación o situación.

En alguna ocasión se estará ante descripciones metafísicas o poéticas que, lejos de caracterizar al proceso, lo circunvalan y ofrecen aspectos interesantes pero **sin sentido**. Esto dificultará la clasificación, pero no la destruirá.

Por lo mismo, en lo que sigue se llevará a cabo una diferenciación de tesis, primero las claramente empiristas, después las supuestamente teóricas, y se concluirá con el grupo de caracterizaciones vagas, de singular belleza literaria algunas, de esotérica inteligencia otras, pero coincidentes en su lenguaje metafísico, en su inmadurez teórica. Que luego prepondere en unas lo privadístico y en otras lo publicístico, en unas lo procesal y en otras lo sustantivo, será secundario, porque la definición de la figura es el objeto de la indagación.

c) Son empiristas las tesis del contrato y del cuasicontrato, porque se quedan en el dato experimental: el presunto convenio procesal. Si existe o no, si concuerda en todos sus alcances con la figura procesal, es problema a resolver. Lo primero es la clasificación.

La idea contractualista fue desenvuelta principalmente por Pothier, Demolombe, Aubry et Rau, Colmet de Santerre, Reuter, Mopoint y otros doctrinarios franceses. Si inicio se ubica entre los siglos XVIII y XIX, pero con indubitables referencias al sistema romano de las acciones de la ley o al procedimiento formulario.

Se ha dicho,<sup>54</sup> que al defecto de su anacronismo, se añadió el error de observación parcial, porque ya en el sistema romano había aparecido una evolución al introducirse el procedimiento de la **extraordinaria cognitio** que desconoció las dos fases: **in iure** e **in audicio**.

Según la síntesis que de esta doctrina ha presentado el procesalismo moderno, la tesis consiste en suponer que el juicio se apoya en una convención entre partes, de la que deriva el acuerdo para aceptar la decisión del conflicto establecido entre ellas.

54 Couture, *Fundamentos*, p. 63; Alsina, *Tratado*, p. 239.

Ya Couture señala que en las dos primeras etapas del derecho romano, más que de un juicio, el fenómeno es de arbitraje ante el pretor; es decir, no se contempla una figura histórica del proceso, sino de un instituto, en cierta forma paralelo. Por lo mismo que la cognición extraordinaria superó la división en fases, que ciertamente representaba división de funciones: la del pretor y la del árbitro, la conocida figura de la litis-contestación perdió su sentido de fijar la controversia. O quizás pudiera decirse con más propiedad, que la **litis contestatio** tenía una finalidad semejante a la del compromiso, o la de la cláusula compromisoria, dejando de tener la significación de conceptos delimitantes del caso a debatir. Por ello, Couture sostiene que, mientras en el procedimiento formulario, la existencia del debate anterior daba lugar a la excepción perentoria de la **exceptio rei in iudicium deductae**, en el procedimiento extraordinario funda apenas una excepción de litispendencia, que a todas luces tiene una energía y una significación menores.

Para rechazar esta postura se suele expresar que en la convención entre partes, era necesaria la presencia de las partes y el acuerdo de voluntades; que sólo subvirtiendo la naturaleza de las cosas, fue posible considerar al proceso como una situación coactiva, en la que el actor conminara al adversario, aun en contra de sus deseos, a contestar las reclamaciones.<sup>55</sup>

Esta construcción, al sentir de Jaime Guasp,<sup>56</sup> es de tan evidente inconveniencia que ningún autor moderno la sostendría. Añade que el defecto principal es no atender, en los procedimientos que invoca, la institución procesal misma; que contempla situaciones probables que se presentarían en ciertos procedimientos, ya que no puede olvidarse que el derecho anglosajón subsistió por mucho tiempo en el principio de la comparecencia forzosa de las partes, y esto puede confirmarse en la obra de Robert Wyness Millar.<sup>57</sup>

No puede, pues, negarse que en ciertos sistemas, en determinadas etapas históricas, se han conocido para algunas materias, las más estrictas interpretaciones del principio de la bilateralidad de la audiencia, o de la doble presentación de parte del litigio. Tampoco podría decirse, que ahí hubiera proceso, tan sólo por esa particularidad, pues si es sobre una concordancia de voluntades que el juez ha de fallar; extremando el principio de presentación de las partes, frente al de investigación judicial, la tesis contractualista seguiría siendo infundada, no porque necesariamente el contrato haya de ser un acuerdo privado, puesto que lo privado está o en los sujetos o en los derechos contratados, no en la relación, en la estructura, en la figura contractual en sí y por sí misma; pero además, tal circunstancia no es el proceso, y esto es lo determinante.

<sup>55</sup> Couture, cit., p. 64.

<sup>56</sup> *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid 1948, T. I, p. 18.

<sup>57</sup> *Los principios formativos del procedimiento civil*, op. cit., pp. 50-1.

El proceso se da en algunos casos convencionalmente, es decir, se conoce el pacto procesal, el pacto de procesar y el proceso pactado. Hay pactos procesales cuando dentro de la serie se acuerda que las intancias proyectivas se realicen en determinadas condiciones: plazos, formas y hasta lugares. Hay pactos de procesar en la cláusula compromisoria. Y hay proceso pactado en el compromiso.

A veces, muchas por cierto, es hasta conveniente pactar el proceso. Acordar que ciertas dificultades se lleven a la solución de un árbitro privado. La más fecunda aplicación de este principio se encuentra en el comercio entre empresas domiciliadas en distintos países. Las ventajas que ello tiene son manifiestas: se obvian cuestiones de derecho privado internacional, se eliminan los gastos elevados del proceso estatal, se liman asperezas, se conducen las partes de buena fe, se conservan los lazos comerciales y, en fin, se tiene la facultad de elegir de común y espontánea voluntad al juzgador privado. Pero todo ello es inaplicable ante el proceso penal, el proceso administrativo, el castrense, el canónico, y así por el estilo.

Entonces, la crítica a la tesis del proceso como contrato, no ha de radicar en el hecho de que no haya pacto entre las partes, convenio de estar y pasar por la decidido en el arbitraje. La crítica debe enderezarse contra la definición. Si se busca **cuantificar, a priori** es inaceptable un proceso pactado, porque **a priori** se sabe ya que el proceso puede existir sin el pacto.

Eso es todo, y es suficiente, sobran discusiones sobre si el proceso pactado es figura anacrónica, si en el mismo derecho romano se conocía ya el procedimiento extraordinario en que las fases fueron excluidas, si con la tesis se hace al derecho procesal esclavo del derecho civil y, en general, todo cuanto no vaya al fondo de la tesis. Y va al mismo centro, a la entraña de esta postura, el advertir que no es **teoría procesal**, que no se puede hacer ciencia del derecho procesal, ni siquiera del proceso aislado, considerando una figura entre muchas que podrían ser aplicables pero no absolutamente.

Desde otro ángulo, resulta que esta tesis, calificada de privatista, en cuanto a la última calidad, no ha sido eliminada, desarraigada por completo. Todavía se verá adelante que hay autores y códigos que tienen de la acción, del proceso, conceptos privatistas, si por tales se consideran: la contratación y la disponibilidad de los derechos procesales.

d) También fue calificada de tesis privatista la del cuasicontrato, por más que la doctrina romanista no entendiera como relación absolutamente privada o disponible, muchas de las figuras incluidas en este rubro.

En las Recitaciones del derecho civil, según el orden de la Instituta, de J. Gottl. Heineccio,<sup>58</sup> se dice que luego de los contratos nominados,

tanto reales como verbales, debiera seguir la enumeración de los innominados, a base de las fórmulas: de dar para que den, de dar para que hagan de hacer para que den y de hacer para que hagan, los cuales fueron omitidos por Justiniano. A continuación vendría la explicación de los **cuasi contratos**, que define como los hechos honestos, por los que se obligan los hombres, aún ignorándolo, en virtud de un consentimiento que se presume por equidad.

Eran hecho honestos, porque en cuanto a las cosas torpes no había obligación, misma que nacía de un consentimiento presumido o fingido. La diferencia entre los verdaderos y los cuasicontratos era que aquéllos nacían de un consentimiento expreso. Pero cuanto la ley nada puede fingir sin fundamento, éstos son la equidad y la utilidad.

Se presume, agregaba en seguida Heineccio, que todos consienten aquello en que les trae utilidad; el pupilo se obliga al tutor para la indemnización, aunque sea infante; de nadie se presume que quiera enriquecerse a costa de otro; por esta razón se está obligado a la restitución a quien por error pagó lo que no debía. Estas eran las principales reglas, aunque en las Pandectas se añadía que quien quiere el antecedente, no puede dejar de querer lo que sigue, y así, el marinero, el tabernero o el posadero se obligan a prestar el daño causado con haber recibido las cosas.

En resumen, Heineccio, hablaba de seis cuasicontratos; por más que creyera existían otros: gestión o agencia de negocios, la tutela, la comunión de herencia, la comunión de cosas, la adición de herencia y el pago de lo indebido.

Se advierte que en ninguna de estas figuras cabía, ni remotamente el supuesto cuasicontrato procesal, pero quedaban reforzados los tres principios fundamentales que explicaban su existencia en el derecho romano justiniano. En tal virtud, la pretensión de los doctrinarios, fue superar las objeciones de la tesis contractualista, invocando una forma en que la ausencia de la voluntad de una de las partes, no era obstáculo insalvable para la constitución de la relación.

La tesis, aparecida en la obra de Arnault de Guenyveau,<sup>59</sup> pero anticipada por los prácticos españoles: Salgado, Carleval, Conde de la Cañada, Febrero, Gómez y Negro, Caravantes, Gómez de la Serna y Montalbón, se apoyó también en los datos conocidos del procedimiento formulario, para afirmar que el cuasicontrato era necesario para introducir la instancia y hacer posible la decisión del juez. Se sostuvo que la **litis contestatio** era el hecho generador de la obligación bilateral, y que por no ser mutuo el consentimiento de las partes, ni presentarse un delito o un cuasidelito, debía concluirse en el cuasicontrato.

Couture explica esta tesis indicando que la **litis contestatio** exigía, en efecto, una manifestación sensible de la voluntad, a la que nadie podía

59 *De quasi contrat judicare*, citado por Couture, *Fundamentos*, p. 65, nota 1.

## 22 Doctrinas empiristas

ser constreñido. De manera que bajo el imperio de las fórmulas no había medio de entablar debate a pesar del demandado. Se carecía de camino para llegar a la formación del contrato judicial contra el deseo de una de las partes. El juicio en contumacia, suponía la litiscontestación, sin la cual no podría haber ni instancia ni proceso.<sup>60</sup>

Alsina<sup>61</sup> adujo que la teoría infirió como principal consecuencia de su concepción, que explicaba los efectos de la cosa juzgada, afectando solamente a quienes intervenían en el proceso.

En lo que toca a la inaplicabilidad de la tesis, los críticos han despachado las objeciones en breves términos. El mismo Alsina estimó que la litiscontestación novaba el derecho, que no renacía, aun cuando la pretensión fuera rechazada por un impedimento exclusivamente formal, mientras que la procedencia de la excepción dilatoria, el desistimiento y la perención de la instancia, no afectaban la demanda misma. No era indispensable la presencia del demandado, pudiendo continuar el juicio en rebeldía: pero, enseñó Couture, esta tesis no resistía la simple consideración de que las fuentes de la obligación no eran cuatro sino cinco; la doctrina no tuvo en cuenta a la ley, afirmación discutible, como se ha visto en Heineccio.

En la práctica mexicana se confunde todavía el concepto cuasicontractualista con la litiscontestación, problema éste que atañe al fenómeno de la precisión del debate. En este último sentido se conocen dos principios procesales: litis abierta y litis cerrada. Para ambos podría ser aplicable la tesis de la cuasicontratación, si pudiera sobrevivir al hecho de que, como se dijo hablando del contrato, no se está inquiriendo sobre la posibilidad de que en el proceso haya tal experiencia, sino que se busca una definición *a priori* del instituto.

La figura del cuasicontrato no es realmente repudiable por la circunstancia de que las voluntades de las partes sean indiferentes al desarrollo del proceso, sino porque el cuasicontrato no abarca todas las posibles manifestaciones procesales, de todos los tiempos y países. Uno es el análisis de los varios fenómenos perceptibles en el proceso y otro el de la significación o naturalza del proceso. Por lo demás, el cuasicontrato no parece haber sido una figura enteramente elaborada, sino más bien un medio de solucionar la descripción de fenómenos que no tenían plena cabida en el contrato. Hoy, con nombre un tanto diferente, se sigue hablando de algo similar, al decirse que el proceso es un acuerdo, y al establecer que hay un proceso como negocio judicial. Las voces: acuerdo y negocio, no están muy alejadas del cuasicontrato, pero como los tratadistas modernos las vienen a emplear para solucionar extremos que siguen siendo impensables en términos conocidos de convenio o contrato, se prefiere la novedad de

60 Op. cit., p. 65.

61 T. I, p. 240.

estos vocablos. Por lo menos, podría decirse que el cuasicontrato, llamado hoy acuerdo o negocio jurídico, tiene también la utilidad de explicar ciertos extremos, particularmente el de la llamada **jurisdicción** voluntaria. Como ayer, en la actualidad este tipo de procedimiento judicial, se aparta tajantemente del proceso, y es menester buscarle un nombre, una connotación que no haga peligrar la definición del proceso.

#### 100 La corriente teorizante.

No puede decirse que todos los teorizantes modernos sean de tendencia publicística, Salvador Satta<sup>62</sup> ha presentado un criterio netamente privatístico negando la posibilidad de una tesis contraria y, en consecuencia, la preponderante de la relación jurídica, en virtud de que las obligaciones y derechos, cuya relación se observa en el proceso, no le define, como es la verdad, porque la relación no tiene como contenido al proceso.

Por tanto, la jurisdicción viene a tutelar el interés privado, surgido de la lesión jurídica, mediante la producción de una modificación que se llama sanción.

Es probable que Satta haya exagerado los conceptos y sus consecuencias. Desde luego su crítica excede el argumento atacado y pasa de largo frente al problema central. En tanto niega la teoría de la relación, por el hecho de que el proceso no es el contenido de ella, implícitamente reconoce que existe una relación; pero en vez de enfrentar la disyuntiva, opta por la simultaneidad, al aceptar que existe la relación y a su lado el proceso.

Cuando Satta admite tal extremo, supone o hace suponer que existe la relación y un contenido de ella que se encuentra en el proceso, en íntima conexión con él. Su crítica, pues, no acierta la médula de la cuestión debatida, que es la naturaleza del proceso, sino que se limita a señalar que el proceso puede estar en la relación, la que, a su vez, puede tener un cierto contenido.

En otras palabras, no resulta igual negar la presencia del proceso en la categoría jurídica de la relación, que rechazar que el contenido de la relación sea el proceso. Si no se presentan ambas negativas al mismo tiempo, en cuanto no son concepciones que se contradigan esencialmente, es factible que se afirme que el proceso no es el contenido de una relación, pero que es su estructura, que es la forma de una cierta relación. Por contener una falsa generalización, ya que no es erróneo que la jurisdicción tutele al interés jurídico derivado que surge de una lesión, porque la sentencia pertenece, en cuanto resolución vinculada con los fines del Estado, a esa amplia función de defensa del interés general o colectivo que es de

<sup>62</sup> *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1ª parte, Roma 1937, tesis extendida más tarde al procedimiento de ejecución en su obra *L'esecuzione forzata*, Roma 1937.

la sociedad; de donde resultaría también que el juicio de Satta es erróneo porque toma uno de los datos para definir una totalidad.

Este error figura en la parte siguiente, pues la sanción, como medio de producir una modificación jurídica, se encuentra en la actividad legislativa como simple norma, o en la administrativa y la judicial como aplicación simple. Todavía cabe observar que la modificación que produce la sanción, no va hacia el vínculo lesionado, sino hacia el estado de hecho del incumplimiento o hacia la violación en sí; la sanción no modifica propiamente la situación ilícita, sino que le atribuye consecuencias que pueden ser resarcitorias o compensatorias, y lo contrario significaría que la sanción es un ilegítimo modificado.

Cuando se llega al punto central de su tesis, ahí donde el autor define al proceso como el mecanismo de realización de la sanción, o sea la serie de modificaciones necesarias para la realización misma, se encuentra en plena confusión entre diversas actividades estatales, porque tanto la administración como la actividad judicial se identifican en el mecanismo modificativo, en lo que tiende a la realización de la sanción; pero también se confunden la legislación y la actividad judicial en tanto son tutela de los intereses privados.

De otra parte, esta tesis podría explicar fenómenos tan diversos al proceso, como sería el de la autotutela, en que se busca, no sólo la subsistencia del derecho, sino repeler una violación, en especial en la llamada legítima defensa que si bien tiene rasgos acusadamente ejecutivos, no alcanza la nota estrictamente coactiva por tercero, ni siempre se puede hablar de autotutela de autoridad.

La tesis de la modificación mediante sanción, en los casos de condena que no forman la mayoría procesal, únicos a los que puede aplicarse, deja fuera supuestos de proceso con derecho insatisfecho aunque la sentencia sea favorable, los de la pretensión infundada y la pretensión temeraria. Y aún concediéndole aplicación a ciertas hipótesis, lo que importa no es la modificación en sí, cuanto la forma de obtenerla. Se trata, en resumen, de distinguir la naturaleza del procedimiento procesal frente a otros mecanismos que también podrían ofrecer una modificación, aún sancionatoria, y que no son procesos, al tiempo que puede descubrirse que en aquellos procesos en que se persigue una sentencia de mera declaración de valor, no hay modificación, ni sanción.

Hay que dejar constancia de que esta tesis de Satta ha quedado como esfuerzo aislado, aunque al publicar su **Diritto processuale civile**,<sup>63</sup> sostenía el mismo criterio o puntos de vista semejantes, expresando<sup>64</sup> que el proceso es un término de la vida común que indica el devenir de un hecho. El proceso por antonomasia, dice, en el que se concreta la voluntad de la

63 Padova, Cedam 1950.

64 Página 126.

ley, es el modo necesario con el cual concretamente acontece esto; y porque su devenir es y no puede ser sino obra de algunos sujetos, el proceso se presenta externamente como una serie de actos puestos en la realidad por aquellos sujetos, y dejando de uno a otro extremos nexos de coordinación y un fin.

En realidad, agrega Satta el proceso es una serie de modificaciones, de situaciones, que encuentran en aquellos actos su causa o condición. Así, por ejemplo, cuando la ley expresa quien desea hacer valer en juicio un derecho, debe proponer demanda ante el juez competente, considera a la demanda como la situación procesal que debe determinarse al fin del ejercicio de la jurisdicción, y que encuentra en el acto de las partes su momento constitutivo; cuando se expresa que el juez no puede estatuir sobre la demanda si la parte contra la cual ha estado propuesta no ha sido citada y no comparece, considera la constitución del contradictorio como una situación procesal que condiciona la posibilidad del juicio; cuando se dice que la ejecución forzada no puede tener lugar sino en virtud de un título ejecutivo o por un derecho cierto, líquido y exigible, se considera la situación procesal que en el título encuentra su declaración o su expresión, y así por el estilo. Y a través de esta serie de situaciones que llevan a la declaración del derecho, o a la satisfacción en la ejecución, se está ante una modificación sustancial, que encuentra su título en la sentencia.

La modificación, los pasajes y la situación, quedan subordinados a la idea de un devenir, de un modo necesario de concretar la voluntad de la ley, que se realiza por acto de los sujetos; es, pues, una serie de actos de dichos sujetos, que se ligan unos con otros en un nexo de coordinación y fin. Por ello, la tesis de la modificación resulta en el fondo abandona por el propio autor.

a) Fuera de este autor, cuya fama ha exigido una explicación amplia, otros tratadistas de corte privatista parecen sumidos en la penumbra de lo anacrónico y no merecen comentario alguno.

Pero, en seguida, los teorizantes han emprendido un viraje que les lleva al publicismo. Con muchas salvedades, porque los adeptos a una categoría pueden pasar a otra con sólo destacar ciertos conceptos, se puede decir que los grupos se integran de la siguiente manera:

- i) Teoría de la relación jurídica.
- ii) Teoría de la situación jurídica.
- iii) Teoría del proceso como estado de ligamen.
- iv) El proceso como servicio público.
- v) El proceso como reproducción jurídica de una interferencia real.
- vi) El proceso como entidad jurídica compleja.
- vii) El proceso como institución.
- viii) Y el proceso como serie de actos proyectivos.

No se enumeran combinaciones como la resultante de la pluralidad de relaciones, la ecléctica que sostiene la situación de relaciones o la relación de situaciones, porque aquí, como es frecuente, más que elaborar una tesis, se intenta aplicar los resultados de las ya conocidas, en cierta forma discrecional y arbitraria; con los inconvenientes naturales de todo intento de conciliación de posturas que ya en sí se excluyen. Tampoco se alude a tesis particularistas, tal como la del proceso penal en cuanto **jurisdicción** voluntaria, que no quiere ser una noción sistemática, sino una distinción que, de todas maneras, oportunamente se analizará.

Estas doctrinas tienen ciertas características comunes en buena parte, por ejemplo, las siete primeras pueden uniformarse en su rechazo por lo privado, por la eliminación total que quisieran hacer del contrato y del cuasicontrato. Pero no todas son congruentes consigo mismas, porque los autores, sin abandonarlas, hablan, según se advirtió antes, de convenios y acuerdos procesales, y hay quien califica a ciertos procesos como un negocio judicial. Este haz de perspectivas publicísticas, ha sido considerado en ángulo especial por Manuel Giménez Fernández,<sup>65</sup> al hablar de posiciones estatistas, juridicistas e institucionalistas, que en contraposición a las individualistas y liberales, serían publicistas. Por tanto, la distribución sigue siendo cómoda clasificación y nada más, es enteramente didáctica y tiene todo el relativismo de las perspectivas que toman los clasificadores. Así, nada prejuzga, en el agrupamiento, respecto al monismo o dualismo de los autores, y hay quien separa al proceso penal del civil, sin abandonar la idea de la relación.

### 101 La tesis de la relación jurídica.

Un primer desacuerdo en esta corriente proviene de la puntualización de su origen y desenvolvimiento, por lo menos, hasta antes de que la obra de Oskar von Bülow hubiera sido traducida al español. Si los argumentos para disipar las dudas eran suficientes, hoy sobran, y apenas como dato histórico se pueden recordar las apreciaciones de Alsina.

Para este autor,<sup>66</sup> la doctrina de la relación jurídica, aunque tiene antecedentes en los trabajos de Hegel, fue expuesta por primera vez en Bülow y desarrollada especialmente por la escuela italiana. Estas palabras dieron origen a discrepancias que, positivamente, carecen de trascendencia. Fue así como Guasp,<sup>67</sup> manifestó que, prescindiendo de los antecedentes históricos, se puede decir que la tesis se desarrolló por Bülow en 1868, y adquirió más tarde una expansión extraordinaria, lo mismo en la doctrina alemana que en la italiana, a pesar de las divergencias con

65 *Instituciones jurídicas de la iglesia católica*, T. II, p. 234.

66 *Op. cit.*, T. I, p. 241.

67 *Comentarios*, cit., T. I, p. 20, nota 1.

que la formula cada autor, tanto en lo que respecta al número como al carácter y a la significación de los elementos que la integran.

De cualquiera manera, sea o no interesante acotar estos hechos, resulta que Chiovenda, el llamado fundador de la escuela italiana, al hablar con motivo de la muerte de Adolfo Wach, expresó que con él, desaparecía el último, y a su entender, el mayor de los tres ilustres juristas que Alemania había dado para la moderna ciencia procesal. Hacía años que había fallecido Bülow, primero en proporcionar a la disciplina una sólida base dogmática y sistemática, poniendo los fundamentos de la doctrina de la relación. Poco después le siguió José Kohler, quien dió un amplio y orgánico desarrollo a la tesis, con geniales intuiciones de clarísimos fenómenos que antes no se habían observado. Adolfo Wach le pareció el constructor del sistema con nueva doctrina sobre la acción.

En consecuencia, la teoría es de origen alemán, desenvuelta por alemanes, madurada, aplicada y contradicha por alemanes. Goldschmidt en particular. Su difusión en Italia, obra de Chiovenda, es el antecedente de su conocimiento en América, debido a la profusa traducción de las obras de este autor y a la facilidad del conocimiento de un idioma románico.

Eduardo B. Carlos,<sup>68</sup> ha explicado que la naturaleza jurídica del proceso movió a los estudiosos alemanes al análisis del tema, observando el complejo de actividades que realizan el juez y las partes, estableciendo los nexos y ligámenes de carácter jurídico, previstos en la ley, la que atribuye los derechos y obligaciones recíprocas, de ahí que la relación sea pública, autónoma y compleja. En todo el fenómeno sobresale la intervención jurisdiccional y se advierte la diferencia entre la relación procesal y la sustantiva, sea civil o penal, pues las últimas son el tema de la sentencia que sólo por virtud del proceso llega a producirse. A pesar de la multiplicidad de actividades de las partes, del juez y de los sujetos que en general intervienen, hay una finalidad común: la aplicación del derecho sustantivo. Esta es, por lo mismo, una primera condición que une a los teorizantes publicísticos, la diferencia de relaciones, entre la procesal y frente a la material o sustantiva.

a) En términos generales, se puede decir que es menos lo que une a los seguidores de las tesis de la relación, que lo que les separa. Couture<sup>69</sup> encuentra que una provisional caracterización de la misma enseña que se está ante un fenómeno regido por la ley, y que las condiciones del actor y del demandado, uno frente a otro y ambos ante el juez, configuran una relación, la cual estriba en el complejo de derechos y deberes de que está hecho el proceso. Litispendencia y relación jurídica son términos que en buena parte coinciden. El conjunto da al juicio su carácter de unidad, porque todos los actos miran a un fin común.

68 *Introducción*, pp. 136 y 137.

69 *Cit.*, p. 66.

La fuente de las obligaciones procesales queda definitivamente identificada con la ley, y la relación exige tres sujetos, por más que en ciertas formas, uno esté en potencia. Su unidad es consecuencia del fin, esto es, de la sentencia que con autoridad de cosa juzgada decide el objeto litigioso y eventualmente, la ejecución si es exigible.

Tal caracterización del proceso implica una relación autónoma y compleja de derecho público. Su contenido son los derechos y obligaciones que entre los sujetos de ella tienen lugar. No obstante que el orden existente para regir la relación es la ley, pueden existir casos excepcionales, dice Alsina,<sup>70</sup> que ésta permita a aquéllas, por lo que podrán apartarse de sus preceptos. Es menester insistir en que la relación es de índole procesal y, por ello, se le ha caracterizado como autónoma y compleja, a más de ser de derecho público. Pero ya el mismo Alsina,<sup>71</sup> duda que la actividad jurisdiccional, sea plenamente de derecho público, por lo menos en cuanto al proceso civil. El deber fundamental, agrega,<sup>72</sup> que constituye como el esqueleto de toda la relación procesal, es la obligación que tiene el juez de proveer a las demandas de las partes, aún en el caso de silencio u obscuridad de la ley, obligación que forma parte de su oficio y que está garantizada por las penalidades en que incurre por su incumplimiento. A las partes corresponde la exposición y prueba de los hechos, en la forma y dentro de los plazos y condiciones que determine la ley. El contenido de la relación procesal, que viene así a comprender el total de derechos y obligaciones, está condicionada por las formas establecidas en la ley, para la tramitación de los juicios. Ella determina en qué condiciones el demandado debe contestar, el actor justificar sus pretensiones y el juez sentenciar.

En menos y no en más, concuerdan los adeptos de esta doctrina con las palabras de Alsina. Según Guasp,<sup>73</sup> después de la idea primaria que designa unitariamente el complejo de deberes y derechos en que el proceso consiste, no es fácil indicar las notas ulteriores que sirven para aclararla y, especialmente, en lo que respecta a la fijación de cuáles sean los derechos y deberes jurídicos que la integran.

En cambio, Carlos<sup>74</sup> estima que la fuente generadora de esos deberes y facultades está en la ley, la cual regula la actividad de manera que la tesis queda expuesta conforme a la idea de Chiovenda, juntamente con su concepto de la acción como poder jurídico para obtener la actuación de la voluntad de la ley.

b) Carlos ha estimado que la mejor descripción de la teoría esta en la obra de Chiovenda y, en verdad que las palabras de éste son bien cla-

70 Cit., I, p. 241.

71 Cit., p. 53.

72 Pp. 241-2.

73 Página 20.

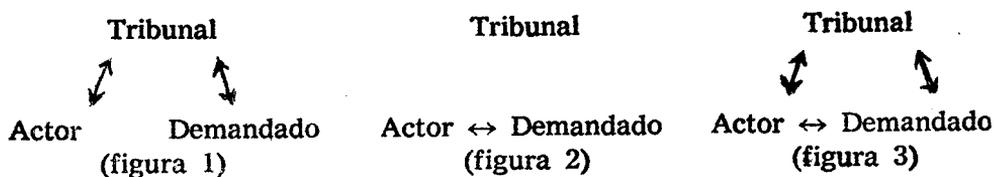
74 Cit., p. 137.

ras al enseñar<sup>75</sup> que, antes de que pueda ser juzgada la demanda de actuación de la ley, debe ser examinada. Esto produce un estado de incertidumbre, en el que no se sabe si la demanda es o no fundada, pero se hace lo necesario para saberlo. Durante este ínterin, las partes han de ser puestas en situación de hacer valer sus correspondientes razones o derechos. De ahí la sencillísima pero fundamental idea, notada por Hegel, afirmada por Bethmann-Holweg y desenvuelta principalmente por Bülow y más tarde por Kohler y otros muchos, inclusive italianos, en el sentido de que el proceso contiene una relación jurídica.

La relación procesal es autónoma y compleja, pertenece al derecho público y es un movimiento, pues mientras las partes y el juez se ocupan de la relación sustantiva, viven ellos mismos en una distinta relación que desarrollan constantemente, a través de la serie de actividades que determina la ley.

La relación se constituye con la demanda o la acusación, se desarrolla con los actos de postulación, peticiones, aportaciones de prueba, y se extingue, normalmente, con la sentencia; pero entre los autores no existe acuerdo en cuanto a la forma como se establece. Unos, como Hellwig, sostienen que se da entre cada una de las partes litigantes con el tribunal;<sup>76</sup> para otros la relación se forma solamente entre los litigantes frente al tribunal, tal como lo expuso Kohler;<sup>77</sup> y, por último, esa relación se mira trilateral y recíproca: entre los litigantes entre sí y entre los litigantes y el juzgador, y tal fue la idea de Bülow y de Wach.<sup>78</sup> La última posición ha sido la predominante y ha servido para difundir más la tesis de la relación, tanto como la de la acción en la que se apoya para sistematizar el estudio.

**Figuras:**



De la descripción o dibujo de las tesis, aparece geoméricamente una descripción que podría ser:

En Hellwig la forma es de un simple ángulo: <

En Kohler se mira una sola línea relacional: —

Y en Bülow, como en Wach, aparece el triángulo: △

75 *Principios*, T. I, pp. 108, 109, 112-3.

76 Figura 1.

77 Figura 2.

78 Figura 3.

### 30 La tesis de la relación jurídica

Las consecuencias de estas esquematizaciones son muy importantes, porque en el ángulo, las partes no tienen entre sí vínculos jurídicos; en la figura lineal, las partes son las conectadas, pero el juez parece como espectador, alguien que no debe hacer algo especial hacia ellas, ni tiene potestad para forzar sus voluntades; y en el tercer caso, cada uno de los sujetos es, podría decirse recordando las relaciones sustantivas: acreedor y deudor de los otros dos: el actor tiene derechos y obligaciones para con el juez, el demandado tiene derechos y obligaciones también para con el juez, y actor y demandado tienen derechos y obligaciones entre ellos mismos.

c) Las discrepancias anotadas han permitido afirmar a James Goldschmidt,<sup>80</sup> que sobre el contenido de la relación procesal, doctrina a la que también considera dominante, reina la más absoluta obscuridad. Y no parecen responder a estas objeciones las palabras de Chiovenda,<sup>81</sup> cuando afirma que el proceso debe considerarse bajo otro aspecto. Con la demanda judicial se entra en un estado de pendencia, en el que no se sabe quien tenga la razón. Y ya en estas circunstancias, entre el juez y las partes hay derechos y deberes; hay una relación sustancial que es objeto de la litis, y de la acción, la cual corresponde sólo a quien tenga la razón. En el curso de su existencia, esta relación puede estar sujeta a vicisitudes, puede transformarse en el objeto y en los sujetos; puede interrumpirse o quedar en suspenso. Y, finalmente, viene a cesar, en forma excepcional con la amigable composición, la perención o la renuncia, o en modos normales con la sentencia. La doctrina de la cosa juzgada, de los medios de impugnación y el estudio de la relación de ejecución, completan la exposición del proceso.

Pero a todo lo dicho, debe agregarse que en el interior mismo de la corriente se ha presentado una fisura. Por un lado se encuentran los que pugnan por el concepto unitario del proceso; y por el otro aparecen quienes sostienen la existencia de hondas diferencias entre sus distintas ramas, problema que, por tanto, adquiere consecuencias trascendentales, precisamente porque el escueto planteamiento de la tesis de la relación, y su prolífica aplicación, hacen que la sistematización unitaria se vea seriamente amenazada.

La postura dualista alcanza su mejor expresión en los procesalistas de la rama penal. Típicos son los casos de Florián y Carnelutti. El primero, en sus **Elementos de derecho procesal penal**,<sup>82</sup> ofrece una concepción del proceso, indudablemente característica de la teoría de la relación; pero la matiza de manera especial para la rama penal, al sostener que antes de entrar en la aplicación efectiva de la ley penal, hay que encontrar

80 *Derecho procesal civil*, p. 8.

81 *Ensayos*, pp. 379 y ss.

82 Pp. 14 y ss.

su definición. Y esta función es propia del proceso, cuyo objeto es definir una determinada relación de derecho penal entre el Estado y el delincuente; y para este fin se sirve de un conjunto coordinado de actividades y formas. El proceso penal puede ser considerado como el conjunto de las actividades y formas, mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto; trata de definir la relación jurídica penal concreta, y eventualmente las relaciones jurídicas secundarias conexas. Más adelante,<sup>83</sup> añade que a su juicio, el proceso penal y el civil son dos instituciones distintas. Después expone un conjunto de razones para fundar su aserto, que pueden resumirse y analizarse al mismo tiempo, en la forma siguiente:

El objeto del proceso penal es una relación pública de derecho penal. Objeto del proceso civil es siempre o casi siempre una relación de derecho privado. Esto repercute, dice, sobre el contenido de los mismos procesos. Sin tomar en cuenta otras consideraciones, puede aceptarse la afirmación; pero con ello nada se adelanta ni en la definición del proceso ni en las razones de la presunta dualidad.

Podría decirse que Florián peca de extremoso, cuando piensa que el objeto del proceso civil es una relación privada. Mientras Chiovenda, Wach y últimamente Karl Heinz Schwab,<sup>84</sup> entienden algo más amplio, por ejemplo, el último de ellos, textualmente dice que objeto litigioso es la petición de la resolución designada en la solicitud, Florián ha quedado anclado en la relación civil privada. Por lo demás, aún contra los mismos autores citados, debe explicarse que el objeto del proceso, de todo proceso, es su debate de pretensiones.

De cualquier manera, es factible anticipar que el argumento contra todas las tesis dualistas es uno en el fondo. En el supuesto de que existieran dos o más clases de figuras, al analizar la naturaleza del proceso se tropieza con una aporía, pues no es posible intuir un objeto y hablar de dos, o hablar de uno e intuir dos. Para calificar a todas las expresiones de enjuiciamiento, de proceso, es menester la univocidad, la unidad de objeto. O hay un proceso o ninguno, pero no dos, porque alguno de ellos no será proceso, aunque lleve su nombre. Florián reconoce que el penal y el civil son ambos procesos. Entonces sólo hace falta determinar en qué o por qué lo son. Las notas distintivas se encuentran tanto entre lo civil y penal, como dentro de lo civil y de lo penal: hay juicios sumarios y plenarios, abreviados y ordinarios, orales y escritos.

Lo que expone Florián permite advertir que no es el proceso lo que cambia, sino su contenido o supuesto material: en un caso un litigio civil,

<sup>83</sup> Página 20.

<sup>84</sup> *El objeto litigioso en el proceso civil*, Trad. Tomás A. Banzhaf, Bs. As. 1968, p. 251.

en el otro una controversia penal, allá un desacuerdo administrativo, acá un acuerdo arbitral. Pueden también variar las pretensiones: de constitución, de condena o declarativas, y sin embargo, lo principal queda intocado: el proceso, a pesar del cambio de condiciones.

Más adelante, el autor habla de que el penal es el instrumento normalmente indispensable para aplicar la ley penal, en tanto que el civil es siempre necesario para actuar las relaciones de derecho privado. Incorrecto como es el pensamiento, peca más a fondo por salir hacia la periferia del tema, pues no se está discutiendo el litigio o la controversia, no se persigue saber si para que haya pena es menester el proceso y para que haya pago no pasa de ser necesario. Por lo demás, la sanción es un catálogo que se recorre, desde la pena, la medida de seguridad, el apremio, la nulidad y siempre la ejecución, todo lo cual, no se limita a un proceso, y puede estar en todos.<sup>85</sup>

El poder dispositivo, expone como otro argumento, es restringido en el proceso penal para las partes, y grande para el juez, aconteciendo lo contrario en lo civil. La cuestión es más de política legislativa que de esencia procesal. Debería ser como quiere Florián, ahí donde la pretensión punitiva es pública, pero acontece que hay la llamada **acción** popular y la **acción** privada y, en ellas, la disponibilidad del objeto del proceso, tiene características diversas.

Como cuarta razón, sostiene que el juicio civil está regido por criterios jurídicos puros, en tanto que el penal permite que el juez se inspire en criterios ético sociales. Bien está el deseo, la intención doctrinaria, pero sería fatal que al proceso penal se fuera ayuno de criterios jurídicos. Lo que acontece es que las disciplinas auxiliadoras en lo penal, son más humanísticas y en el civil más formalistas.

El penal requiere valoraciones técnico sociológicas, porque se desenvuelve en torno a la personalidad del justiciable y a la peligrosidad. Aunque ello fuera verdadero, sería igualmente intrascendente respecto a la naturaleza del proceso en general. Por lo demás, la enorme masa de procesos penales hace imposible la aplicación de estos principios, y raramente los jueces estudian la personalidad y pocas la peligrosidad, conceptos que no se distinguen por su claridad y precisión.

d) Aunque los argumentos de Florián no convengan, han socavado la teoría de la relación. Por ello ha podido decir Guasp,<sup>86</sup> que es una tesis prácticamente estéril, y Goldschmidt añadió que es un concepto absolutamente infructuoso, ideas que también exageran, pero que muestran la debilidad de la tesis.

85 Arresto en el desacato civil, prevención en el penal, coacción en todos.

86 Cit., I, p. 22, nota 1.

Se ha argumentado que, cualquiera sea el modo de configurar la relación, la teoría puede ser sometida a una doble crítica;<sup>87</sup> la primera, debida a Goldschmidt, advierte que ninguno de los vínculos puede considerarse como verdaderos deberes y derechos de carácter procesal. La segunda, enderezada contra Chiovenda, estima inconveniente que la teoría rechace como relación jurídica, siquiera sea compleja, ese conjunto de relaciones menores entre sujetos que no son partes.

También se afirma que en todo caso, cabría dar la calidad de negocios jurídicos y no de relación, al hecho de que la cosa juzgada sea el fin del proceso, y por ende, la sentencia tenga la eficacia de un negocio jurídico material; es decir, que altere las relaciones jurídico materiales. Los hechos jurídicos que producen una relación no son, ni siquiera latentemente, una relación en sí. La complejidad de los actos encaminados al mismo fin, aun con varios sujetos, no llegan por ello a ser una relación jurídica. La unidad del proceso constituida por el objeto común a que se refieren los actos, es por lo regular un derecho subjetivo material que el acto hace valer, según Goldschmidt, citado por Couture.<sup>88</sup>

En favor de la tesis y contra la argumentación de su principal opositor, Goldschmidt, se ha dicho, por el mismo Couture,<sup>89</sup> que el problema filosófico del derecho, como relación, es ajeno al lenguaje de la doctrina comentada. El proceso es una relación en el sentido de ligamen, de vínculo que une los diversos actos en procuración de una unidad definitiva.

Esa relación es doble: de causalidad por un lado, y de reciprocidad por otro. Así, todo vínculo resulta una relación, y Couture,<sup>90</sup> llega a hacer el parangón entre la relación procesal y la relación familiar. El concepto puede resultar demasiado estrecho, por ejemplo, al reducir el dato de la relación a la mera indicación de la existencia de ligas entre los sujetos, pues independientemente de que tal noción sea aplicable al acto administrativo, al contrato, etc., deja fuera, no a las partes que pudieran venir por cualquier motivo, sino a sujetos que instan, aunque no accionen, como los testigos, los peritos, los auxiliares del juez que cooperan a la jurisdicción y demás.

Otra valoración crítica es la expuesta por Carlos, pero al implicarla con el estudio de la teoría de la situación, fuerza a posponer su reproducción, por lo menos ahora. En cambio, son merecedoras de cita las palabras de Carnelutti.<sup>91</sup>

Comienza recordando a Ricca-Barberis, que sin relación no se puede hablar de obligación y derecho. Después explica que Rosenberg echa por

87 Guasp, p. 20.

88 Op. tci., p. 67.

89 Página 68.

90 Página 69.

91 *Estudios de derecho procesal*, T. I, pp. 272 y ss.

tierra el concepto de negocio procesal, porque considera que no es aplicable la noción que se ha formado en el campo civil. Y luego concluye que de ahí no se sigue la inutilidad de esta noción para el proceso y aún para el derecho público.

Carnelutti insiste en que la diferencia entre demanda judicial y testimonio de tercero está en el negocio frente al acto debido.

Por su parte, Enrico Redenti,<sup>92</sup> señala que ningún proceso puede surgir si ante todo no hay alguien que proponga al juez una demanda, lo que se expresa con el brocardo **nemo iudex sine actore**. Cuando existe esa demanda el juez no está puesto solamente en la posibilidad, sino en la necesidad funcional de ocuparse de ella. Se podría decir: **ubi actor, ibi iudex**, de modo que el juez se ocupará de la demanda, pero siempre y sólo porque ésa es la función para la que está instituido. El hecho de la proposición no le proporcionará más que la materia y la razón de ejercerla en concreto. Algo similar, agregó, ocurre con todos los servicios públicos organizados en favor de los ciudadanos.

Si Redenti no pertenece a la posición de los tratadistas que hablan del proceso como servicio público, poco falta, de modo que al decir que la tentativa de construir un derecho público general concedido a todos los ciudadanos frente al Estado, de accionar procesalmente en juicio, aún por demandas totalmente caprichosas, técnicamente no sirve de nada. Habría que agregar que no son aplicables las normas propias de los derechos subjetivos y las correspondientes obligaciones. Mejor se debiera, agrega, llegar a una teoría general de los servicios públicos puestos a disposición de los ciudadanos, así como la figura **sui generis** de la posible facultad de invocar o provocar su ejercicio.

Sin embargo, el autor agrega más adelante, que la verdad es bien distinta, a consecuencia de la demanda que instituye entre el actor y el oficio judicial una relación; pero no ya del tipo crédito-débito, ni tampoco del tipo poder-sujeción, como son de ordinario las relaciones sustantivas, sino una relación que tiene por contenido, de un lado, el aportar y del otro el tomar la materia y la razón del ejercicio del cargo. Y la relación no se agota ahí, el juez, tomando conocimiento introductivo, puede y debe sin más proveer o excluir y todo terminará. Pero por lo común, ocurrirá que sólo a través de una serie progresiva de actividades combinadas se llegue a la formación de la providencia o providencias finales. Más aún, ocurrirá que otros sujetos puedan o deban ser llamados a participar en aquellas operaciones, o puedan espontáneamente intervenir como antagonistas o como solidarios del demandante.

Podrán ser aportados o indicados al juez nuevos materiales, nuevos temas, nuevos datos y argumentos para aquellas operaciones. Si son varios los participantes, podrán ignorarse los unos a los otros, pero deberán in-

92 *Derecho procesal civil*, T. I, p. 115 y ss.

formarse recíprocamente, contradecir, cooperar, mientras que el juez, tendrá progresivamente que ir tomando cuenta de todo, y a medida que surja su necesidad, hacer uso de sus poderes instrumentales para llegar finalmente a resultados de verdad y de justicia. Esto quiere decir que entre el juez y las partes se viene en concreto a crear una situación jurídica particular, no momentánea ni estática hasta el final.

### 102 El proceso como situación jurídica.

Ya en Redenti, uno de los últimos adeptos de la tesis de la relación, se encuentran nociones que se apartan de ella manifiestamente, como al decir que a cada uno de los sujetos procesales les son atribuidas o reconocidas determinadas funciones para determinar el desarrollo e influir en él. Las partes pueden llevar a cabo o poner en efecto actos o hechos jurídicos procesales. Lo interesante es que en su obra se mira ya la combinación con la doctrina de la situación, al señalar que de ahí surgen posiciones subjetivas que se expresan con las palabras derechos y deberes, facultades y poderes, cargas y sujeciones procesales que se regulan de manera radicalmente distinta al derecho sustantivo.

En la idea de la relación se ha olvidado, como dijera la corriente mayoritaria respecto a las tesis del contrato o del cuasicontrato, algo muy importante: la relación no existe solamente entre sujetos. Ya se sabe, por ejemplo, que no hay relación del hombre con las cosas, ni de éstas entre sí. Pero ahora se debe precisar que la relación es meramente de conceptos: del derecho al deber, y cuando se contempla una figura que, como el proceso, resulta un haz de relaciones entre funciones y reglas, lo que verdaderamente aparece es la relación normativa, es decir, no de acreedor a deudor, ni de derecho a obligación, sino de facultad y deber respecto al mandato, al dispositivo legal.

Las partes no pueden imponerse una a otra, ni menos al juez una conducta determinada caprichosamente. Cuando el actor demanda, no está construyendo al demandado a contestar o ser declarado rebelde por la mera voluntad del primero. Lo que acontece es que el actor ejerce una facultad prevista en la norma. Por eso Chiovenda hablaba de derechos dispositivos, pero su idea quedó corta, porque no se trataba de meras condiciones a remover para que opere el derecho, sino de positivas declaraciones de voluntad, indicadas en la norma como antecedente de una consecuencia que es sujeción normativa según dijera Carnelutti.

Todo ello permite sostener o admitir que en el proceso hay relaciones, ¿y en qué expresión jurídica no la hay? Pero del hecho de que en el proceso haya relaciones, no se sigue que la definición del proceso sea la de una relación jurídica. Con esta descripción, se estaría aludiendo a todo el derecho, a la generalidad de las expresiones jurídicas, pues en todas

hay relación. Ser relación y tener relaciones en sí mismo, es algo tan distinto, como ir del continente al contenido.

El concepto de relación consecuencial<sup>93</sup> es aplicable a las normas procesales, pero no excluye la existencia de convenios y acuerdos entre las partes, ni siquiera la de expresiones unilaterales de voluntad. Lo consecuencial en la relación deriva de la circunstancia de que el efecto está prescrito por la ley, pero bien puede suceder que ella misma autorice a los sujetos para desprenderse de su imperio, o que el proceso resulte inútil, superfluo, sin sentido, ante una manifestación semejante a la renuncia del derecho, al desistimiento de la instancia, al allanamiento a la pretensión, al reconocimiento del fundamento o a la confesión de hechos. Todo ello hace ver la influencia de la voluntad sin perjuicio de la calidad pública de la norma, y el incumplimiento de un precepto no le resta heteronomía y apenas conduce a una sanción como consecuencia diversa.

En determinados casos, las partes pueden convenir que sea el tribunal superior quien conozca del proceso,<sup>94</sup> y este acuerdo no rompe la sistemática publicística del instituto, como tampoco lo hace la norma que autoriza la representación común,<sup>95</sup> pues la autorización legal no deja de ser prescripción heterónoma, si bien no es consecuencial categórica sino disyuntiva.

En materia penal, la más repelente a las convenciones de derecho privado, Flofián,<sup>96</sup> ha encontrado en la legislación italiana casos que pueden ser trasladados a otros países. Y no se hace referencia al dato histórico del pacto sobre pena entre el juez y el imputado, que cita en la nota 4 de la página 15, con respecto a Nápoles, y en la nota 5 con respecto al derecho canónico, sino a las excepciones al principio de legalidad en el proceso penal, impuestas por los hechos, que sólo significan un mínimo de delincuencia o por infracciones de carácter fiscal. Así, la composición o conciliación administrativas, que en México contempla la legislación general fiscal al ordenar el desistimiento de la acción por contrabando si se paga lo omitido, recuerda las mismas expresiones del derecho italiano municipal. Pero como puede contradecirse el caso, diciendo que afecta a la penalidad y no al proceso, por más que el evitarlo sea una consecuencia que trasciende hasta él; también se pueden mencionar acuerdos sobre peritajes y, en sistemas menos rígidos, los ejemplos de los llamados delitos privados, que en los regímenes anglosajones, llevan al proceso civil. Como sea, nadie desconoce la fórmula penal del acuerdo en el nombramiento de jurados y, en el derecho mexicano, el caso es indudable en el artículo 477, fracción II del código de procedimientos penales para el Distrito, que

93 *Supra* N° 3.

94 Artículo 149 del código procesal civil distrital mexicano.

95 Artículo 53 del mismo ordenamiento.

96 *Op. cit.*, p. 17.

muestra cómo el proceso puede, no sólo suspenderse, sino perecer si el ofendido, a que se refieren los artículos 263 y 264, retira la querrela.

a) Con la idea de que se establecieran las categorías adecuadas al proceso, James Goldschmidt,<sup>97</sup> llevó a cabo un resumen crítico de las teorías que se habían ideado con respecto al derecho procesal, desde los tiempos en que se empezó a sentir la preocupación de construcciones jurídicas procesales. En su concepto, las teorías dominantes y corrientes se formaron mecánicamente, al modelo del derecho privado, en la creencia de que la simple añadidura del epíteto público, o procesal, convertiría los términos privatistas en sus opuestos.

Derecho subjetivo, exigencia, obligación y demás, son las categorías del derecho privado, que sirvieron de apoyo a las disciplinas jurídicas, pero superada una primera etapa científica, han de suplirse.

Los antecedentes de la tesis de Goldschmidt, aparecida por primera vez en su obra *Der Prozess Als Rechtslage*,<sup>98</sup> son, por un lado, según Couture,<sup>99</sup> el dístico de Spengler, que insta a sustituir la justicia estática de los romanos por una justicia dinámica, de manera que para Goldschmidt, el espectáculo de la guerra le deparó el convencimiento de que el vencedor puede llegar a disfrutar de un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha. Es así como llega a pensar que de la misma manera, también en el proceso, el derecho queda reducido a posibilidades, cargas y expectativas.

Tal es el estado de incertidumbre que sigue a la demanda y que hace que, en razón del ejercicio o de la negligencia o abandono de la actividad, pueda ocurrir, que como en la guerra, se reconozcan derechos que no existen. Kohler había expuesto una noción de la *situación jurídica*, como un elemento o una etapa del nacimiento o del desarrollo de un derecho, pensando en el caso de dos contratantes, después de la oferta pero antes de la aceptación, y por consiguiente, lo refirió al derecho privado.<sup>100</sup> En realidad, dijo Goldschmidt, el concepto de situación jurídica es específicamente procesal.

Nace así una concepción *dinámica* del proceso, al considerarse que convierte las relaciones jurídicas<sup>101</sup> en situaciones que, sin negar a las anteriores,<sup>102</sup> las transforma en el trasplante al campo procesal.

Pero las primeras palabras que se leen en el *Derecho procesal civil* de Goldschmidt,<sup>103</sup> son en el sentido de que el proceso o procedimiento, confusión que es de indudable trascendencia, es el método que siguen los

97 *Teoría general del proceso*, p. 12 y ss.

98 Berlín, 1925.

99 *Op. cit.*, p. 70.

100 Goldschmidt, p. 55.

101 Supuestamente de derecho estático.

102 *Piensa Guasp*, p. 21.

103 Página 1.

muestra cómo el proceso puede, no sólo suspenderse, sino parecer si el ofendido, a que se refieren los artículos 263 y 264, retira la querrela.

a) Con la idea de que se establecieran las categorías adecuadas al proceso, James Goldschmidt,<sup>97</sup> llevó a cabo un resumen crítico de las teorías que se habían ideado con respecto al derecho procesal, desde los tiempos en que se empezó a sentir la preocupación de construcciones jurídicas procesales. En su concepto, las teorías dominantes y corrientes se formaron mecánicamente, al modelo del derecho privado, en la creencia de que la simple añadidura del epíteto público, o procesal, convertiría los términos privatistas en sus opuestos.

Derecho subjetivo, exigencia, obligación y demás, son las categorías del derecho privado, que sirvieron de apoyo a las disciplinas jurídicas, pero superada una primera etapa científica, han de suplirse.

Los antecedentes de la tesis de Goldschmidt, aparecida por primera vez en su obra *Der Prozess Als Rechtslage*,<sup>98</sup> son, por un lado, según Couture,<sup>99</sup> el dístico de Spengler, que insta a sustituir la justicia estática de los romanos por una justicia dinámica, de manera que para Goldschmidt, el espectáculo de la guerra le deparó el convencimiento de que el vencedor puede llegar a disfrutar de un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha. Es así como llega a pensar que de la misma manera, también en el proceso, el derecho queda reducido a posibilidades, cargas y expectativas.

Tal es el estado de incertidumbre que sigue a la demanda y que hace que, en razón del ejercicio o de la negligencia o abandono de la actividad, pueda ocurrir, que como en la guerra, se reconozcan derechos que no existen. Kohler había expuesto una noción de la **situación** jurídica, como un elemento o una etapa del nacimiento o del desarrollo de un derecho, pensando en el caso de dos contratantes, después de la oferta pero antes de la aceptación, y por consiguiente, lo refirió al derecho privado.<sup>100</sup> En realidad, dijo Goldschmidt, el concepto de situación jurídica es específicamente procesal.

Nace así una concepción **dinámica** del proceso, al considerarse que convierte las relaciones jurídicas<sup>101</sup> en situaciones que, sin negar a las anteriores,<sup>102</sup> las transforma en el trasplante al campo procesal.

Pero las primeras palabras que se leen en el **Derecho procesal civil** de Goldschmidt,<sup>103</sup> son en el sentido de que el proceso o procedimiento, confusión que es de indudable trascendencia, es el método que siguen los

97 *Teoría general del proceso*, p. 12 y ss.

98 Berlín, 1925.

99 *Op. cit.*, p. 70.

100 Goldschmidt, p. 55.

101 Supuestamente de derecho estático.

102 *Piensa Guasp*, p. 21.

103 *Página 1*.

tribunales para definir la existencia del derecho de la persona que demanda, frente al Estado la tutela jurídica y para otorgarla en caso de que tal derecho exista. El siguiente párrafo insiste en que el proceso es un procedimiento, un camino concebido desde la Edad Media para la aplicación del derecho, cuya función lógico teórica se encamina a determinar en cada caso lo que sea justo, y su función práctica es la de ejecutar lo reconocido como derecho, parte del mismo proceso. El objeto de éste es el examen del derecho del actor contra el Estado, a obtener la tutela jurídica, mediante sentencia favorable y su consiguiente ejecución si fuere susceptible.

Goldschmidt afirma como premisas de su tesis,<sup>104</sup> que la obligación del juez de conocer la demanda, se funda, no en una relación procesal, sino en el derecho público que impone al estado el deber de administrar justicia. Tampoco incumben obligaciones al demandante, sino cargas, especialmente la de afirmar hechos y aportar pruebas. Esto no lleva a considerar al proceso como una serie de actos aislados. El fin del proceso es la sentencia y, más exactamente, la cosa juzgada; por ello la peculiaridad jurídica del fin del proceso determina la naturaleza del efecto de cada acto procesal.

La exigencia de protección jurídica no es de índole procesal, sino que pertenece a lo que Goldschmidt llama derecho justicial material,<sup>105</sup> término que es muy importante en su teoría. Al invariarlo con los preceptos del derecho privado, logra ver detrás de cada título subjetivo la acción correspondiente, o sea el precepto de derecho justicial material que obliga al Estado a exigir el cumplimiento de las prestaciones particulares. Alguna vez aparecen derechos sin acciones y acciones sin derecho; pero lo que no se sabe exactamente en esta teoría es si la llamada acción es una pretensión tutelada o una acción procesal, un derecho de instar sin tener que probar el fundamento.

La acción constitutiva es el tipo de una acción sin derecho. Para Goldschmidt, acción constitutiva y derecho privado potestativo se excluyen. Así, el inquilino tiene un derecho potestativo para rescindir su contrato, sin que además, tenga una acción ni la necesite. Atribuírsele sería debilitar su posición jurídica por obligarlo a accionar.

b) La base del derecho justiciario material está dada por la distinción de los imperativos jurídicos y se encuentra ubicado entre el derecho privado y el público, aunque preferentemente orientado hacia este último. El derecho justicial material, al decir de Carlos,<sup>106</sup> no es otra cosa sino el derecho privado considerado y completado desde un punto de vista jurí-

104 *Teoría*, pp. 57 y ss.

105 *Derecho justicial material*, Trad. Catalina Grossmann, Bs. As. 1959, pp. 15 a 160

106 *Introducción*, p. 139 y ss.

dico. Pero tal apreciación es incorrecta, porque el mismo Goldschmidt,<sup>107</sup> ha dicho que el derecho justicial, junto con el derecho político y el administrativo, integran el derecho público de la comunidad, que se divide en el formal y el material. Aquél comprende los derechos procesales civil y penal, y éste la totalidad de las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado, como asimismo el derecho penal.

Hay, pues, en los razonamientos de Goldschmidt demasiados puntos débiles que a medida que avanza el conocimiento, son una brecha cada vez más ancha y perceptible, y que a partir del derecho justicial material, muestran la inadecuada separación entre el derecho público y el privado. Ya se ha visto que en el derecho público aparece una vinculación, por la responsabilidad atribuida al súbdito, y la cual, no puede surgir de la obligación netamente privada, establecida en una relación autónomamente creada por los destinatarios. A ello debe añadirse que el término derecho potestativo es contradictorio en su literal expresión, y necesita de una definición arbitraria para subsistir. En el caso citado por Goldschmidt de la acción rescisoria de contrato de arrendamiento, no sólo existe una potestad privada para hacerlo, sino una pretensión tutelable y una instancia procesal idónea. Al referirse el autor al derecho justicial material, hace mención principal de los preceptos, que estando fuera de la ley procesal, se refieren a situaciones trascendentales para la valoración de la prueba. Ello implica un desbordamiento del derecho procesal, y la demostración se encuentra en esas palabras de Goldschmidt, que expresan que el juez ha de aplicar, por lo regular, los mismos principios que se aplican al derecho sustantivo.<sup>108</sup> A pesar de ser otra la intención del autor, el resultado muestra que cuando el juez aplica las normas del derecho justicial material, los principios del derecho civil que se incluyen en aquél no van en el proceso sino en la sentencia.

Si las normas que constituyen una acción, fueran de índole justicial material, y la admisibilidad se calificara por el juez; éste, como tercero imparcial, como sujeto frente y sobre las partes, no estaría constreñido por la relación o convención privada, sino por la disposición del legislador, cuya función es pública y cuyos actos se plasman en reglas. Cuando el juez acepta la eficacia, esas reglas son ahora de índole justicial material y van dirigidas a la valoración de la prueba. El autor no consideró que el derecho sustantivo no es puro derecho público o privado y por ello no percibió la institucionalidad general en el régimen jurídico, que permite la repercusión de las relaciones de un campo al otro. Nada tiene de extraño que en la sentencia surtan efectos las disposiciones públicas o las privadas sustantivas, pues es ahí donde se acogen antecedentes y efectos.

107 *Derecho justicial material*, cit., p. 20.

108 *Teoría...*, p. 28.

c) Afirmó Goldschmidt,<sup>109</sup> que a la tesis de la relación le faltó la conexión con el objeto del proceso, y esto parece incuestionable. Para lograrlo, introdujo el concepto del derecho justicial; pero entonces, nuevamente desbordó los límites, porque hizo del derecho material un nuevo amo del procesal. Lo que procede es partir de la autonomía de ambos campos, porque es manifiesto que entre ellos hay dependencia. Ya Carnelutti<sup>110</sup> había expresado que los procesalistas no deben trabajar sólo para construir asiladamente su disciplina, y que la ciencia del derecho es el mayor premio de las contribuciones particulares. Por tanto, ni el derecho sustantivo es ajeno al procesal, ni el último vive para sí mismo, sino para satisfacer al primero.

Goldschmidt ha tenido indudables aciertos y es, junto con Carnelutti, uno de los más singulares talentos del derecho procesal moderno; pero acontece que, fuera del concepto de carga que verdaderamente es inaceptable, los restantes: expectativas, perspectivas, ocasiones, etc., no han sido utilizados por él mismo con prudencia. El derecho justicial material viene deformado por el formal, y la importancia del primero no, es tanta que modifique la naturaleza del proceso, sino que, apenas, permite entender los vínculos o conexiones entre materia y proceso.

El problema concreto estriba en saber qué es el objeto del proceso. No importa la naturaleza del conflicto: litigio civil, controversia penal, desacuerdo administrativo o acuerdo arbitral. Lo que importa es pues, lo que está dentro del proceso, y que no puede ser sino el debate, lo que se ha deducido o presentado al juez, en resumen: la contraposición de pretensiones de las partes. Se puede advertir que si la pregunta se hace clara y sencilla, la respuesta será precisa: a la inquisición, ¿cuál es el objeto del proceso?, la respuesta será: el debate. Y así consideradas las cosas, el fin del proceso tampoco podrá ser el conflicto, sino la solución del debate; pero el debate, a su vez, tiene como antecedente el conflicto, surgido en la relación sustantiva y, por ende, lo que viene a ser interesante en la tesis del derecho justicial material, es que explica la trascendencia de lo sustantivo.

Con la palabra objeto del proceso, Goldschmidt ha cometido otra inexactitud, diciendo que es la constitución de la cosa juzgada.<sup>111</sup> Tal vez su castellano, porque originalmente escribió en este idioma, no fue dominado como el lenguaje nativo, porque lo que intentaba era señalar la finalidad. Con todo, y aún queriendo no ser estrictos con el autor, los lectores tendrán que admitir que los fines están en relación con los medios de mayor o menor proximidad, y que en la demanda hay un fin próximo de admisibilidad, otro lejano de concedibilidad y uno intermedio de aten-

109 *Derecho procesal civil*, p. 9.

110 *Estudios*, I, pp. 272 y ss.

111 *Teoría*, página 35.

dibilidad. Así sucede también con el debate y, en general con las relaciones consecuenciales. Por ende, afirmar que el objeto del proceso es la cosa juzgada, entendiendo por objeto el fin, tiene el defecto de confundir al observador, porque el fin del proceso, el más próximo, no está siquiera en la sentencia, sino en ese auto que cita para el pronunciamiento. Más adelante se encuentra otro fin: el fallo, y otro posterior: la inalterabilidad de la resolución, y luego, si procede, el cumplimiento voluntario, para llegar a la ejecución. En cambio, el objeto no cambia, no es relativo, es único: el debate.

Si la sentencia decide el debate, lo que por **cosa juzgada** se ha venido expresando, es otro fenómeno, típicamente metraprocesal: se trata de la inalterabilidad de lo juzgado. En cuanto **caso juzgado**, la relación con el derecho sustancial discutido es manifiesta, pero no primaria. Ha sido necesario que el derecho material fuera discutido, luego que fuera juzgado. Por ende, si la sentencia modifica o establece relaciones públicas o privadas de quienes fueron parte en el proceso, es debido, no a que su derecho fuera **juzgado** inmediatamente, sino primero debatido y luego decidido. Esto, por lo demás, explica que en ciertos casos, un derecho debatido haya sido juzgado en determinada dirección y luego pueda serlo en otra: típicamente, el ejemplo de la demanda de alimentos. Aquí, erróneamente se ha dicho que no hay **cosa juzgada**, cuando lo que no existe es terminación del derecho, que puede ser discutido una y otra vez mientras las condiciones lo permitan, y quien venció en un juicio, puede perder en otro. El vencimiento se limita al debate. La conectiva es: derecho a debate, y debate a sentencia.

No es pertinente seguir el plan de Goldschmidt, porque llevaría al estudio más extenso de la cosa juzgada, que ha ser analizada después; preferible resumir su estudio de las nuevas categorías procesales.

d) Las normas jurídicas, dice,<sup>112</sup> tienen doble naturaleza, representan imperativos para los ciudadanos y medidas para el juicio del juez. La primera cualidad se refiere a la función estática o material del derecho; de la segunda surgen las consideraciones dinámicas o procesales.

Independientemente de que Goldschmidt se confiesa adepto de la teoría imperativa del derecho, lo importante es que estime como derecho subjetivo al poder de hacer eficaces, en interés propio, los imperativos jurídicos; primero, porque así toma contacto con la tesis de Carnelutti, según el resumen que se hará después; y segundo, porque abre otra puerta para la distinción del derecho público y privado, aunque no sea éste su designio. Por otro lado, es interesante anotar que en la página 68 de su **Teoría**, afirma categóricamente que los derechos procesales no son públicos, lo que le restaría calidad de publicista.

Es claro que no coincide totalmente con Carnelutti, puesto que asegura que el poder le es atribuido al titular del derecho,<sup>113</sup> cuando éste piensa que lo es a la autoridad, de donde se infiere que para Goldschmidt el poder está ya en la concepción estática o material del derecho, mientras que para Carnelutti aparece en el proceso; pero le liga el criterio de que tal poder sirve para hacer eficaces las pretensiones que forman la relación jurídica.

Deber y derecho entran en el concepto de relación jurídica,<sup>114</sup> cuyo contenido primario está en el vínculo de una persona con el derecho objetivo. Los imperativos del derecho privado se dirigen a los particulares, los del derecho público sólo en parte. Con esto, Goldschmidt lleva a cabo una transposición sutil que le permite afirmar que los imperativos del derecho público, en cuanto no se dirigen a los ciudadanos imponen obligaciones al Estado. A pesar de tal idea, adelante afirmará que los jueces no tienen obligaciones procesales propiamente dichas, lo que resulta una patente contradicción.<sup>115</sup>

Dentro de la consideración dinámica o procesal del derecho, según la tesis de Goldschmidt, hay que considerar a las conminaciones o amenazas de pena, a las normas del derecho primario, como derecho judicial material. Vuelve, así, a desbordarse la concepción procesalista hacia el derecho sustantivo; pero no precisamente en el campo de la prueba como sucede con Carnelutti, sino con respecto al contenido de la pareja pretensión-sentencia. Debió bastar esto para que Goldschmidt aceptara que el fin de la determinación judicial es establecer una responsabilidad, acertada sobre el debate; en cambio, efectúa algo confuso, entre acto judicial y administrativo, por cuanto los somete exclusivamente a la regla jurídica, como todo acto de órgano estatal.

Hay influencia de las corrientes civilista cuando acepta que el juez establece, por medio de la ley un segundo orden, el cual le precede en caso de colisión;<sup>116</sup> y, por más que afirme que el juez aplica la ley con carácter profesional, no logra superar el problema de que la relación entre partes, antes y después de la sentencia, es distinta, no sólo por su situación con respecto al vínculo privado o simplemente sustantivo, sino en vista de que las primitivas pretensiones no alcanzan el contenido de la responsabilidad acertada en el pronunciamiento. Baste pensar en las costas y otras expensas que nacen del proceso; en el carácter del caso juzgado que tiene la determinación, y aún en la trascendencia del fallo, que vale, tanto para los litigantes como para las autoridades y contra terceros en muchos casos,<sup>117</sup> sin olvidar las sentencias constitutivas.

113 Página 44.

114 Página 45.

114 Páginas 48 a 66.

116 Página 50.

117 Artículo 93 del código procesal civil distrital.

En esta parte, <sup>118</sup> Goldschmidt llega a una de las conclusiones que más se le han criticado, al opinar que si el derecho es medida para el arbitrio judicial, el juez no puede ser sujeto u objeto de ligámenes jurídicos. Aun en el caso de que su silogismo fuese correcto, cabría pensar que el proceso debe ser regulado en forma que vincule al juzgador tanto como a las partes, en lo concerniente a la actividad propiamente jurisdiccional, sin mencionar la muy importante responsabilidad que el fallo implica para quien lo pronuncia. Pero no hay necesidad de acudir a este expediente, porque el autor se encarga de contradecirse, cuando en la página 167 expresa que la responsabilidad por la incertidumbre de las personas del recurrente o del recurrido, no se atribuye a la parte sino al juez, que corresponde tanto al actor fijar con claridad la persona que proponga y contra la que demanda; pero incumbe al juez señalar en la resolución a las personas por las que y contra las cuales pueda interponerse un recurso. A todo esto le llama **carga** como un imperativo del propio interés, categoría común a las partes y al juez, de manera que puede hablarse de una distinta posición de los sujetos y de un ligamen procesal, sea cualquiera el sentido que se le dé. En realidad podría decirse que hay obligación de sujetarse a los puntos cuestionados tanto como una obligación de decidir sólo aquello que las partes piden, y obligaciones de prestar, no convenidas, sino consecuenciales y legales.

Goldschmidt ha mirado en la **jurisdicción** algo metajurídico, <sup>119</sup> con lo cual lleva a nuevos extremos de difícil solución lo que llama situación de las partes y del juez. Del hecho de que la sentencia y no la **jurisdicción** como le llama el autor, sea una interpretación imperativa sobre partes, y por ende algo nuevo en la relación sustantiva, que dio lugar a la contienda, no puede inferirse que sea metafísica; a menos que se amplíe el significado del término para entender con él la creación de situaciones singulares. En tal sentido, son metajurídicos, con respecto a la ley, actos, convenios, negocios administrativos y judiciales. Y de esta manera, se dejará a la juricidad en la mera legislación y se dividiría el derecho en secciones de calificación absurda. Una sección sería lo jurídico y el resto lo metajurídico, pudiendo agregarse datos y notas tales como lo prejurídico, lo postjurídico, lo ajurídico y un sin fin más, todas como clases de un género sin sentido y sin especies, llamado derecho.

Ver en un fallo violatorio del derecho, un simple error como el de un artesano, <sup>120</sup> es funesto y nuevamente exagerado, dentro de cualquiera doctrina; pero especialmente en el proceso, donde partes y juez colaboran o debieran colaborar en el mismo plano de buena fe y responsabilidad. La preponderancia de la jurisdicción es más el resultado de un presupuesto

118 Página 47.

119 Página 48.

120 Página 49.

#### 44 El proceso como situación jurídica

de desinterés del órgano en la controversia, que de arbitrio autoritario que llegaría a fundar la determinación despótica y caprichosa: sin control jurídico.

Alude Goldschmidt al recurso de casación por infracción de la ley o quebrantamiento de forma,<sup>121</sup> para demostrar que en el derecho español, el artículo 1691 de la Ley de enjuiciamiento civil establece, no una infracción a cualquier deber, sino ignorancia o simplemente interpretación errónea, y tampoco la parte ha de partir de otro enfoque al interponer un recurso.

Previa la aclaración de que la ley española conoce, tanto la casación sin reenvío o por infracción a la ley,<sup>122</sup> como la casación con reenvío o por quebrantamiento de forma,<sup>123</sup> en materia civil y penal; debe decirse que la tesis de Goldschmidt tendría cabida en el primer caso pero no en el segundo, por cuanto el juez inferior está obligado a sujetarse a las normas que dicte el tribunal; pero en lo que atañe al recurso en sí, conviene puntualizar también que la casación por ignorancia o simple interpretación errónea, no significa que el juzgador carezca de responsabilidades al sentenciar, sino que se trata de una calificación de la causal del recurso. El argumento equivaldría a decir que el juez mexicano no tiene responsabilidades por el hecho de que el accionante que obtuvo una parte de lo pedido, puede apelar para alcanzar el total. Se advierte que Goldschmidt ha confundido los efectos o las finalidades del recurso con la obligación del juez de respetar la ley.

Si las actuaciones han de ser repuestas por el mismo juzgador, por ejemplo cuando se recurre una interlocutoria, no se pretende con ello darle una oportunidad de corregir el error, como si estuviera calculando un proyecto arquitectónico, sino constreñirlo a cumplir con la ley. Este caso muestra con claridad la falta de distinción entre derecho público y privado, que gravita cada vez más en la teoría de Goldschmidt; el contraste con Carnelutti es notable, porque el jurista italiano toma a las llamadas medidas jurídicas del proceso declarativo, como derechos subjetivos, mientras que el profesor alemán considera a la función del juez como si se tratara de la función de la norma.<sup>124</sup>

En realidad, la idea viene a duplicar los órdenes: legal y judicial, y mira en el derecho una simple medida para el juez. De otro modo expresado, la relación jurídica es afirmada desde fuera por el juzgador, quien aplica las leyes como el químico sus tablas de combinaciones, para variar los elementos y obtener el resultado previsto. Si falla, habrá lugar a una corrección y no a una responsabilidad; procede la reposición de

121 Página 48.

122 Artículo 1745.

123 Artículo 1766.

124 Página 50.

las operaciones con la misma independencia técnica que elimina la responsabilidad del juez o del químico ante terceros.

En derecho el concepto medida puede ser asimilado al de aplicación. La medida a que tiende el juez es no sólo un deber constitucional y orgánico de prestar el servicio público, sino también el deber de dirigir el proceso y de sentenciar conforme a lo pretendido. La ley le impone deberes correspondientes a las pretensiones de las partes y le hace sujeto procesal, porque debe prestar la jurisdicción con motivo y por causa de la acción; es decir, está constreñido a proveer cuando se le pida, aunque no cómo se le pida; de ahí que en casos como el control de amparo, constitucionalmente el juez está incluido entre las partes del procedimiento como autoridad **responsable**, como el sujeto de quien emanó el acto impugnado y a quien se le atribuye la violación.

Sin considerar el psicologismo de Goldschmidt,<sup>125</sup> superado por la teoría general, especialmente explicada por Fritz Schreier,<sup>126</sup> baste advertir que, contra lo que piensa el primero,<sup>127</sup> la vigencia del derecho, su posibilidad de prevalecer, no se funda en la fuerza psíquica de la expectativa de que las promesas o amenazas de una sentencia de contenido determinado, resultantes de la naturaleza del derecho en cuanto medida del juez, lleguen a realizarse. Si esto no fuera así, lo normal sería el proceso, la vida jurídica sería un reflejo de las sentencias, de su temor o esperanza. Pero el derecho no es, ni siquiera en los países del **common law**, ni tumor ni deficiencia funcional de la sociedad, requeridos más de un médico que de un juzgador que aliviara la enfermedad. Rige el derecho en tantas formas como la imaginación del legislador o la experiencia social hayan encontrado, y su campo se extiende más en la pacífica convención de los particulares, que en las contiendas judiciales o arbitrales.

Pero aún en el mismo proceso, el temor y la esperanza tienen cabida sólo en cierta clase de contiendas. Otras muchas cuestiones serán incluidas en el sector ampliamente explorado de los fallos que reproducen precedentes o aplican jurisprudencia. Sin embargo, la concepción de Goldschmidt no está desprovista de razones. El tema se vincula con las modernas corrientes norteamericanas y europeas que se expusieron al tratar la formación del derecho.<sup>128</sup> Lo que el autor llama el orden judicial, ha sido visto como el nacimiento de la norma especial para el caso singular en las escuelas del derecho libre. El caso que en el proceso se presenta al juez, no es el mal llamado caso concreto, como contrapuesto al abstracto, sino el complejo como polar de la simplicidad hipotética de la norma; y en este

125 Página 50.

126 *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, Trad. Eduardo García Máynez, Bs. As. 1942, pp. 44 y ss.

127 Página 49.

128 *Supra* N° 53.

punto, teine razón Max Ascoli<sup>129</sup> al decir que lo individual que se quiere, en el momento en que se lo quiere es un individual abstracto, y lo concreto a lo que se pretende arribar es un concreto genérico.

La expresión singular es lo menos concreto que pueda darse, pues cualquiera es un complejo en que el observador puede ir descubriendo innumerables propiedades o relaciones secundarias, efectos y consecuencias, que en lo abstracto de cualquier norma están verdaderamente concretadas a un determinado número de vinculaciones. La realidad, ha dicho Ascoli, es lo evasivo, lo elusivo, lo tornadizo y lo fluyente; es, además, lo que no perdura en el tiempo, lo que cambia, se transforma y termina. Lo concreto, aquello que tiene carácter permanente es lo conceptual. Aquí el contenido, el significado no cambia porque tiene existencia fuera del tiempo y el espacio: es un ser único e idéntico. La palabra que sirve para aludir a ese contenido, permite tomar contacto con los semejantes y transmitirles la intuición o referencia.

Pensar que el juez mide el caso singular con la ley, es cierto, pero a Goldschmidt le faltó ahondar en la diferencia entre ley y realidad. El juez invaría en la sentencia, precisamente lo concreto de la ley con lo complejo de las pretensiones deducidas.

Además de las relaciones, situaciones y posiciones complejas que forman el caso singular, existe el precepto. Ese juicio rige la actividad de las partes y de los demás sujetos del proceso, es un concreto que regula las relaciones sustanciales, es apenas un elemento que el juez toma para incluirlo en sus pronunciamientos. Además de la ley, el juez advierte las particularidades de cada caso, y es así que cabe hablar de orden legal y judicial, siempre que la referencia se haga, en el primer supuesto a las reglas concretas dictadas por el legislador, al conjunto de hipótesis que en forma definitiva el autor de la ley incluye en sus preceptos, y en el segundo a las reglas cumplidas en el actuar del juez, quien tiene que juzgar un caso real; porque, efectivamente, en la sentencia el juez interpreta cuando analiza, a la luz de un concreto legal, la complejidad de las cuestiones controvertidas; tanto es así, que la llamada **cosa juzgada** ha sido materia de una antiquísima especulación, y se ha advertido que en el hipotético concreto kelseniano, hay dificultades que nacen de verdaderas complejidades, al reunirse situaciones y posiciones, relaciones y consecuencias, que tienen que contrastarse para decidir si el caso fue ya resuelto o, si por el contrario, se trata de un problema nuevo.

Si la interpretación judicial fuera nada más el estudio de una norma concreta, sería bastante simple y previsible; pero es también el **acertamiento** de una situación y la invariación de un conjunto de normas aplicables a cada parte cuestionable del **thema decidendum**. Por ello, la sentencia apoyada en un precepto, no deja de crear, y es también así que resulta

aceptable el segundo orden, el judicial, como calificación de una regla que en términos generales, no deja de ser **principio orientador** de los dictados judiciales.<sup>130</sup>

Las normas legales, en el carácter de medidas del juez según Goldschmidt,<sup>131</sup> tienen, frente a los justiciables, función de promesas y amenazas de determinada conducta del mismo juzgador. Esos nexos individuales, constituidos correlativamente, son expectativas de una sentencia favorable y perspectivas de una desfavorable.<sup>132</sup> Ahora bien, la sentencia viene después del proceso, en el que la expectativa depende de un acto anterior, que se ve coronado por el éxito. Por ello, la parte que se encuentra en definitiva una sentencia favorable, tiene una posibilidad y ocasión procesales. Cuando la parte tiene que realizar un acto a fin de prevenir un perjuicio procesal y, en definitiva una sentencia desfavorable, le incumbe una carga procesal.

Expectativa de ventaja procesal y de sentencia favorable, dispensa de una carga procesal y posibilidad de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal, constituyen los derechos en el sentido procesal de la palabra, o sea, situaciones con el significado de la palabra francesa **chance**. Los derechos o las cargas procesales dependen de la evidencia, especialmente de la prueba de cualquier hecho.<sup>133</sup>

Estas categorías procesales no caen bajo el concepto de la relación jurídica, en el sentido tradicional, no son ni sometimientos bajo imperativos, ni poderes sobre ellos.<sup>134</sup> Representan, más bien, situaciones jurídicas, o sea, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera, con arreglo a las normas jurídicas.<sup>135</sup> Esta concepción se aplica a todo derecho que surge en un proceso, puesto que los ligámenes no son abstractos, sino que tienen un contenido que se determina por la aplicación del derecho procesal material que forma el **objeto** del proceso.<sup>136</sup> En esta aplicación al derecho subjetivo privado, hay una doble metamorfosis, la transposición en una exigencia de protección jurídica y la reducción de la exigencia a una mera expectativa o posibilidad procesales. La situación jurídica forma la síntesis de las consideraciones abstractas, supuesto procesal, y de la concreta, supuesto material del derecho justicial; reduce a común denominador la exigencia abstracta de que el Estado administre justicia y la concreta de que el Estado otorgue protección mediante sentencia favorable. La primera es la posibilidad de constituir, con la presentación de la demanda, la expectativa cercana y cierta, de

130 Supra N° 65.

131 Página 50.

132 Página 51.

133 Página 52.

134 Página 55.

135 Igual que el anterior.

136 Página 56.

menor valor, de que el juez proceda, a consecuencia de la demanda, con arreglo a la ley procesal; pero abriéndose al mismo tiempo la expectativa lejana e incierta de que el juez dicte una sentencia favorable al demandante.<sup>137</sup>

Cuanto más lejana e incierta, tanto más depende de ello el que una u otra partes aprovechen o no ciertas posibilidades, de desembarazarse de cargas o las descuiden, y de que se realicen las expectativas intermedias de menor valor. Del curso del proceso depende la expectativa de que la sentencia favorable se acerque y llegue a ser más cierta. Este modo de ver el derecho, dice el autor, puede llamarse consideración dinámica, en contraste con la común que es estática, porque enfoca todas las relaciones como consecuencias jurídicamente necesarias de hechos presupuestos como realizados. La unidad del proceso se garantiza por su objeto: el derecho material, que se desenvuelve en situaciones procesales.<sup>138</sup> Entre las partes no se constituyen relaciones en el sentido estático, al contrario, se han interrumpido por su causa y se han sustituido por situaciones de las mismas, en virtud de las cuales la suerte respectiva depende del pleito.

Tampoco pueden combinarse relaciones y situaciones, porque la situación procesal no es una situación de la relación pública abstracta, sino del derecho material, aquélla en que las partes se encuentran con respecto a este derecho, a consecuencia de la misma se ha hecho valer procesalmente.<sup>139</sup> Los nexos procesales no pueden ser una transformación o irradiación del derecho material, la base de los nexos es la evidencia del derecho material. Expectativas, posibilidades y cargas se enlazan y amoldan diferencia radical frente a la relación jurídica procesal, pública y siempre abstracta.<sup>140</sup>

e) Es claro que esta doctrina ha surgido como reacción de la anterior. Es de gran elocuencia el hecho de que, si bien no ha logrado una adhesión considerable entre los autores, en cambio sus descripciones y terminología han encontrado un campo de amplia aplicación. Situación, como estado del accionante respecto a la sentencia que se dictará según la norma jurídica, o bien la noción del derecho justicial material; de las dos clases de imperativos: los que se dirigen a los individuos y los que sirven de medida al juez, y consiguientemente la condición estática y la supuestamente dinámica de las funciones judiciales y extrajudiciales; pero, sobre todo, su concepto de expectativas y cargas, han sido aprovechados en repetidas oportunidades, inclusive por quienes son adeptos a la tesis de la relación.<sup>141</sup>

137 Página 57.

138 Página 60.

139 Página 61.

140 Página 63.

141 Cfr. Alsina, cit., I, p. 245.

Esta doctrina, que al observar la supuesta condición dinámica, postula una transposición de derechos en posibilidades, de expectativas y de cargas, viene a negar la relación procesal, precisamente basada en la razón, ya utilizada en otra forma, de que los accionantes se encuentran sujetos al orden jurídico, por más que Goldschmidt le mire en un conjunto de posibilidades, expectativas y cargas. En la página 71 de su obra citada, Couture resume los reproches de la siguiente manera: se ofrece un proceso deformado como a veces se mira en la realidad; no se trata de una situación sino de un conjunto de situaciones; se subestima la condición del juez; se destruye la visión unitaria del proceso y se construye un concepto que no suple al anterior; por último, la situación o conjunto de situaciones son realmente una relación.

Para el mismo Couture,<sup>142</sup> la tesis de Goldschmidt puede dividirse en dos partes: la que entronca con la teoría general y la filosofía del derecho; y la que configura las categorías de derechos procesales en particular. La primera ha quedado sin refutación, la segunda, aunque atacada, ha sido admitida cada vez con mayor acentuación. Otro autor,<sup>143</sup> afirma que si no ha de hablarse de derechos y obligaciones, porque son conceptos del derecho material, tampoco puede negarse la existencia de deberes de las partes. La carga de la prueba es un deber de aportarla, la interposición de un recurso es una facultad que puede no usarse. Conforme a la doctrina de la situación, el proceso no sería un medio para actuar el derecho, sino para hacer valer como derecho lo que no es. Además, toda situación jurídica supone una relación jurídica, y por lo mismo, es una consecuencia y un estado autónomo dentro del proceso.<sup>144</sup>

Con ser la teoría, casi exclusivamente de un autor, ha producido una profusa literatura que, comentándola, probablemente en contra de las ideas del propio Goldschmidt, ha ido superando los errores más notables, y esto es suficiente para tratarla con la extensión que aquí se ha hecho. Ha tenido el mérito, dice Guasp<sup>145</sup> de poner en claro muchas figuras procesales antes mal conocidas o confundidas.

Pero la tesis en general no puede admitirse por partir de un error inicial al negar la existencia de verdaderos derechos y deberes procesales. Es cierto que la obligación del juez de fallar no es una obligación procesal hacia la parte, sino *ex officio* hacia el Estado, y que el derecho de la parte no tiene tampoco naturaleza procesal; pero de aquí no se puede afirmar sin más que no existen derechos y deberes procesales. Las partes tienen el deber de no faltar a la verdad, de no actuar dolosa o negligente-

142 Página 72.

143 Alsina, *op. cit.*, p. 245.

144 Página 246.

145 *Op. cit.*, p. 21.

temente, de prestar debida colaboración, y el tercero tiene la obligación de declarar como testigos.

En definitiva, si el proceso es una situación, y ésta no indica más que un estado o condición de los sujetos con respecto a la sentencia, la pretensión de Goldschmidt podrá ser el dar una visión dinámica, pero su resultado es completamente un esquema, un corte transversal y, por ende, una visión estática. No se trata de que el proceso, al ser truncado, carezca de una estructura, cuyos elementos den situaciones como perspectivas o expectativas, puesto que no es esa la idea del autor, sino la de que todo el proceso se reduce a mera situación.

Por ello sus categorías han prendido hondamente en la terminología actual; pero entre aceptar los nombres y conformar teórica o legislativamente un proceso como lo concibió Goldschmidt hay enorme diferencia. En el término mismo: situación, se encuentra la impropiedad para una frecuencia móvil, continuada. El proceso es lo contrario a estar situado, por más que se renueve el significado y se quiera dar la impresión de un vehículo. La situación es, en el léxico común, una suspensión, una quieta postura eventual, transitoria o definitiva.

Fuera de esa observación, quizás de valor semántico, sí es importante notar que la situación, como expectativa o perspectiva, resulta sumamente limitada y, al mismo tiempo, muy vaga. Por ejemplo, las partes son las únicas que se encuentran en esta condición, de donde se infiere que el juzgador actúa extraprocesalmente. Y es vaga porque la situación procesal no es una situación de la relación pública abstracta, sino del derecho material o, más precisamente, aquella situación en que las partes se encuentran respecto a este derecho, a consecuencia de que el mismo se ha hecho valer procesalmente.<sup>146</sup> Cuál pueda ser esa situación fuera de la pendencia, o más específicamente, cuál pueda ser la situación procesal si la que define Goldschmidt se ha de atender con respecto al derecho material, es algo confuso.

Para complicar el problema, baste recordar que las categorías procesales no son ni sometimientos bajo imperativos ni poderes sobre tales.<sup>147</sup> Es decir, no son ni deberes ni derechos. De modo que, por un lado, el proceso se conforma con expectativas y perspectivas que poco o nada tienen que ver con derechos y deberes; pero, por otro, esas categorías constituyen una situación con respecto al derecho material, que sí impone deberes y concede derechos. A no dudarlo, la inteligencia de estas afirmaciones lleva a ver el proceso como una doble metamorfosis,<sup>148</sup> de un primer cambio del derecho subjetivo en una exigencia de protección jurídica,

146 Página 61.

147 Página 55.

148 Página 56.

mera expectativa o posibilidad que resulta ser nada, porque el segundo cambio salió de lo normado y necesario.

Si al menos la caracterización respondiera a la realidad, no habría otro camino que lamentar su existencia o pugnar por una transformación; pero no es este el caso, porque el proceso está bien lejos de ser el drama de esperanza y temor que pinta Goldschmidt; es menos estética su naturaleza, pero más técnica, más llena de certeza y de previsibilidad. Cabalmente el proceso es lo previamente bien conocido de una serie de actuaciones, cuya manifestación, ubicación, influencia y significado se tienen reglamentados.

Tal vez, y esto es lo más seguro, Goldschmidt tenía en mente, no al proceso sino a la sentencia, momento postprocesal en que el juez se presenta como sujeto con arbitrio y discreción amplios. Podrá perderse un derecho en la sentencia desfavorable e irrazonable; pero esto no es lo procesal sino lo decisorio. De otro modo, habría que sostener que la contumacia debe llevar necesariamente a sentencia contraria a los intereses y derechos del rebelde. Pero, sobre todo, debe tenerse presente que la sentencia **inter-pret**a pretensiones contrarias, y que si alguna parte, históricamente tenía razón pero descuidó su objetivación, si faltaron las pruebas de su derecho, el accionante podrá haber defendido su posición procesal con toda eficacia y perdido en la sentencia; pero ahí la culpa, si la hay, habrá de imputarla al propio litigante.

Por lo demás, expectativas y perspectivas se presentan, lo mismo en el proceso que en el comercio normal, en el ámbito legislativo que en el administrativo; porque se trata de nociones psicológicas que están en toda actividad humana y no exclusivamente en el derecho, menos aún tan sólo en el proceso.

En otro punto importante, debe decirse que dentro del sistema de Goldschmidt no hay un capítulo que pudiera denominarse de verdadera dinámica, en que se trate, si no matemática, por lo menos problemáticamente la evolución proporcional de las expectativas y las perspectivas. La falta de dinamismo se encuentra en la imprecisión de las conexiones, y es por ello que en la tesis de la situación, los conceptos son estáticos, como lo es la suma o la resta: a mayor pérdida de ocasiones una resta, a mayor desembarazamiento de cargas una suma. Falta un sentido de vinculaciones inmediatas y se habla apenas de la finalidad mediata, prácticamente de una finalidad externa a la acción, porque corresponde por entero a la pretensión.

En puridad, esas posibilidades que van acercando a los sujetos a la sentencia, deberían tener un distinto valor, según la proporción fijada en una tabla de equivalencias, o por lo menos de valencias puras. Sería imprescindible responder a la pregunta dirigida al valor, por ejemplo, de la duplica respecto a la demanda o a la contestación. De modo que se advierte

que un diagnóstico procesal en cualquier etapa de la serie, de ser factible en la teoría de la situación, tampoco serviría para determinar el sentido de la sentencia por venir. Dejar al proceso en lo aleatorio y contingente, sólo por causa del pronunciamiento extraprocesal, es convertirlo en un fenómeno causal que va contra la noción científica del fenómeno.

En todo caso, la tabla de categorías propuesta por Goldschmidt, es tan autónoma respecto a la tesis de la situación, que su influencia se ha acentuado hasta lograr que los modernos códigos, como el procesal civil para el Estado de Sonora en México, hable de carga de la prueba y, sin embargo, no se regula una situación ni ello sería factible pese a que en Goldschmidt, ambas circunstancias van unidas casi inseparablemente y por ello habla de una teoría del proceso.

En resumen, el profesor alemán encontró conceptos que han podido utilizarse en los mismos códigos, pero no ofreció una definición de la naturaleza del proceso. Estas categorías no explican siquiera la razón del movimiento procesal, puesto que lo mismo servirían, caso de aplicarse a un procedimiento, para señalar cualquier estacionamiento que la condición metaprocedimental de los sujetos. Para explicar un movimiento es menester indicar la dirección en cambio, la situación como espera se convierte en postura, en ubicación más o menos favorable pero estática.

Quizás se supusiera que el impulso aparece aquí en la combinación de los conceptos de ocasión y posibilidad procesales; que la expectativa o la perspectiva reciben su contenido de la actuación que proporciona una ventaja. Pero ni así es factible dar a la teoría un dinamismo que no tiene; porque los sujetos que se sitúan, que se ubican en cierta posición, toman un lugar: una actitud pero no una actividad. Si se propone un artículo de previo y especial pronunciamiento, si se deduce acusación o defensa, si se propone prueba o se producen alegatos, entonces habrá un cierto resultado. Ese entonces es el índice de un movimiento que de haber existido, quedó fuera de la descripción; se estará retratando un esquema del corte, un momento seccionado e inmóvil.

La correlación entre perspectiva y expectativa no muestra la proporción de un momento procesal cualquiera, menos aún la naturaleza del proceso; como tampoco es factor que explique la fluctuación probable de la sentencia. Para que los conceptos de desembarazamiento de la carga y obtención de ventajas, alcancen una lógica conexión con anteriores categorías, especialmente con la sentencia, es preciso el descubrimiento de medios jurídicos ciertos y seguros, que en esta teoría están eliminados, porque ni siempre acontece que al presentarse la ocasión y desembarazarse de la carga se obtenga una ventaja con respecto a la posible sentencia, como sucede cuando se ofrecen pruebas impertinentes, o aparece el allanamiento, el reconocimiento o la confesión; ni menos puede decirse que los estados de perspectiva y expectativa sean trascendentales en forma

absoluta con respecto al contenido del fallo; si lo fueran, quedaría negada esa posibilidad que se ha mencionado, de que el contumaz triunfe. Hay que hacer hincapié en que esas categorías valen, tanto para determinar un contenido cierto de la sentencia, como para no hacer progresar el proceso, que es lo que dinámicamente debe interesar.

La principal objeción es que esta tesis no define al proceso, porque la condición contingente que se produce con respecto a una problemática sentencia, vincula un estado particular con un acto que surge cuando el proceso ha concluido. Y no habiendo descubierto la naturaleza de la figura, lo que la tesis enseña es que probablemente haya un resultado del hecho de actuar procesalmente; pero esto no es caracterizar ese actuar peculiar, en el fondo, pues, se vuelve a aludir a la pendencia, pero con respecto al derecho material.

f) Cabe todavía ahondar en lo que Couture ha calificado de los principios generales de la doctrina de Goldschmidt.<sup>149</sup> La cuestión principal, no resuelta por éste, es la distinción entre derecho público y privado, problema que pesa decisivamente en su exposición. Las bases para conocer los nexos procesales, son el derecho como medida y el papel del juez.<sup>150</sup>

Entiende por medidas, sólo las que regulan la tarea del juez y no las normas que regulan la actividad de las partes. La falta de aquella distinción en las normas, se deja sentir en cuanto el nexo de las partes, en un gran sector de procesos en lo civil, está contenido por relaciones privadas.<sup>151</sup> Como estas normas no son medidas, entonces el proceso es conducido por las partes con sujeción a la normatividad privada.<sup>152</sup>

Durante el proceso subsiste el nexo que primero fuera relación en el sentido que después le daría Carnelutti, luego el litigio mismo y finalmente un cúmulo de nexos que por primera vez aparecen. Hay ligas de las partes con el juez y con otros sujetos, nexos entre éstos y el juez, y aún ligámenes entre los terceros mismos. Considerar como base para conocer los lazos procesales, al derecho en cuanto medida y al papel del juez, es convertir toda norma en medida, eliminando la razón suficiente de la clasificación; o bien es simplemente afirmar que el derecho regula nexos fuera del proceso y lazos dentro de éste, lo que es obvio. La cuestión está en saber cuáles son los vínculos dentro del proceso, qué clase de reglas se le aplican y, sobre todo, qué es el proceso.

Las normas legales como medidas para el juez, tienen semejante función, que las amenazas y promesas para las partes, con respecto a la con-

149 *Fundamentos*, p. 72.

150 Dice en la página 50.

151 Página 68.

152 Página 63.

ducta del juez.<sup>153</sup> En primer lugar, no puede hablarse de simples amenazas o promesas, sino también de condiciones, hipótesis, supuestos, vínculos de diverso contenido, etc. En seguida, no sólo funcionan como amenazas y promesas de conducta judicial determinada, también son prescripciones de deberes y derechos de las partes, esto es, también señalan prestaciones y pretensiones posibles o necesarias de todos los sujetos procesales. Actos que derivan, no sólo del juez, sino de cuantos intervienen en el proceso y que tienen un sentido cierto, tanto en la secuela como en la finalidad. Si se hubiera separado al derecho público del privado, entonces se habría advertido que también las partes tienen deberes y derechos públicos, que colaboran en la integración del poder público, porque el juez sin proceso es también un sujeto particular, ya que el ser autoridad proviene de dirigir con competencia un proceso. A su vez, proceso sin partes es imposible, por lo cual, las situaciones que forma el proceso y que resultan de derecho público, son las que dan la calidad de sujetos funcionales.

Promesas y amenazas constituidas correlativamente, como anexos que ligan a las partes entre sí y para con el juez, son bien poco en lo que toca a las partes que tienen un litigio previo y una relación anterior, que también podría contener amenazas y promesas de sentencia, aún antes del proceso, según se haya o no constituido la prueba eficiente, y que no deja de vincularles, sino hasta que la sentencia disuelva los lazos.

De otra manera no se entendería que pudieran abandonar la controversia y continuar ligados, sea renunciando al proceso y a su consiguiente sentencia, sea conviniendo mutuas concesiones. O estos vínculos existen antes del proceso y son el motivo de su establecimiento, o se daría el caso de un proceso inútil. Abandonado o no el proceso, esas relaciones están presentes y ligan a las partes, como algo más que el solo vínculo procesal. Y como éste no se ha certificado con precisión, es erróneo asentar que promesas y amenazas sean los únicos nexos entre las partes.

El caso de acuerdos sobre la marcha misma del proceso, sobre el pago de peritos, acerca del nombramiento de perito tercero cuando toca a las partes designarlo, la fuerza vinculatoria de las posiciones que se formulan al adversario y que prueban en contra del primero, y los nexos del depositario judicial, que sin ser parte, está ligado a éstas y al juzgador, lo mismo que a terceros, y los mismos deberes del demandado en la guarda y custodia de los bienes, o los de aquellos legitimados con los litigantes inhábiles, como el tutor, el albacea y el síndico, demuestran la existencia de relaciones que unas veces nacen en el proceso y trascienden hasta lo sustantivo, y otras van de éste al primero, o de procedimiento diversos: ejecutivo, disciplinario o negocial y llegan al proceso.

Asimismo, hablar de perspectivas para el agente del ministerio público en lo penal, resulta totalmente inadecuado. El nexo promesa-amenaza es

excesivo en el caso de que el interesado tenga que ocurrir al Tribunal Fiscal de la Federación para obtener la devolución de un pago indebido.<sup>154</sup> En este caso se ve con claridad que entre el particular y el fisco sería exagerado encontrar esas ligas de promesas y amenazas correlativas, pues la autoridad jurisdiccional se limitará a acertar, como lo haría la administrativa, si el crédito no fuera en cantidad líquida, la procedencia de la devolución.

Bien poco es el nexo entre las partes y el juez, porque en lo procesal y sin referencia a lo litigioso, mucho de lo que corresponde al principio de impulso de partes, está fuera de las amenazas y promesas; pero al invariarlas con aquel principio, se desnaturaliza la concepción ya que donde rige el principio dispositivo, la existencia de una amenaza es una derogación automática. Si la parte puede presentar pruebas en cualquier momento hasta antes de la citación para sentencia, y esto representa una amenaza, o se quiere decir que no hay tal posibilidad, o se afirma que aparece la hipótesis siguiente: si la parte presenta pruebas, éstas serán admitidas, lo cual está muy lejos de ser amenaza. Y cuando rige el principio de oficialidad, las diligencias para mejor proveer no son promesas para la parte.

Lo fundamental en la teoría del proceso como situación, no está en esa concepción emparentada con el peligro y la fortuna. El proceso no es mayor aventura ni mayor riesgo que otros fenómenos jurídicos. Tales datos están en cualquier caso, como características de la influencia de la voluntad en las relaciones. Pero por ser una nota común a toda posición frente a la norma, nada dice en particular del proceso.

En cambio, la consideración dinámica que Goldschmidt persigue sin alcanzar, se acerca a la noción del fenómeno jurídico de la transformación. El concepto: posibilidad de un acto jurisdiccional determinado, va restringiendo el campo de aplicación de las reglas procesales y sujetando los efectos de los actos singulares. Encontrar que en el proceso surgen derechos, ligámenes con un contenido que se determina por aplicación del derecho procesal al material, es una adquisición perdurable y valiosa de la teoría, porque funda la distinción entre el vínculo procesal y el sustantivo, donde, a pesar de ser el motivo, no está su finalidad. Tal vez no se asista a una verdadera metamorfosis del derecho privado, pero sí a una transposición de intereses: el privado en público.

La transformación que efectúa el proceso es precisamente la actuación de las partes al excitar a la jurisdicción en vista de un interés particular prevaleciente, que requiere la integración del poder público necesaria para exigir el reconocimiento colectivo de la pretensión procesal.

<sup>154</sup> Artículo 29 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal.

Aquí está la síntesis que el proceso logra y por la que la sentencia se convierte en **cosa juzgada**, quizás distinta de la relación primitiva, pero incluyéndola traducida en responsabilidad. En el proceso se trasmutan derechos por acciones y a su turno, surgen pretensiones definidas en el fallo; de las que responderán, en algunos casos, los mismos terceros ajenos a su desarrollo y decisión, como en el supuesto en que, conforme al artículo 93 del código procesal civil distrital, el tercero no puede excepcionarse contra la sentencia que recayó en juicio de estado civil, a menos que alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo.

Se puede decir que Goldschmidt hizo un gran esfuerzo para **sistematizar** diversos conceptos que consideró más adecuados para explicar al proceso, pero que en realidad su trabajo es aplicable a una sociología procesal. El hecho de que la terminología haya sido aceptada por los legisladores y por gran parte de la doctrina, no significa sino un fenómeno psicológico de adopción de neologismos. Pocos, de los que han tomado sus vocablos, han tenido el cuidado de ahondar en el significado y, muchos menos han podido sostener la **sistematización**.

Conviene tener presente que cuando se formula una doctrina como la de Goldschmidt, no ha lugar a hablar de triunfo si se admiten partes y se niega la conexidad general. Autores como Calamandrei o Carnelutti, Couture o Alsina, hablan casi impensadamente de la carga, por toda la literatura actual, las voces ocasiones, oportunidades, expectativas y perspectivas, son empleadas con la ligereza que muestra la utilización del nombre sin la admisión de su sentido.

Pero también es funesto aceptar una terminología que tiene un lugar especial en la teoría, y llevarla frívolamente por toda una exposición en la que la tesis principal está ausente. Parecería que el autor ha originado prosélitos, cuando apenas se trata de la comercialización del nombre, de la divulgación o propagación de los términos.

En Goldschmidt, sin embargo, habrá que admitir siempre el esfuerzo, la constancia para introducir un **sistema**, un conjunto de conexiones de conceptos congruentes. Que este **sistema** no sea científico, es algo que no se ha tenido el cuidado de analizar. Y no lo es, porque sus nociones son analíticas, porque tienen sentidos caprichosos, no sacados de las reglas semánticas, sino imaginados como algo novedoso en un mundo jurídico que venía existiendo sin tales descripciones en toda su cabalidad. El proceso sigue desarrollándose sin cargas, sin expectativas, y sí sólo con instancias que hacen referencias a pretensiones discutidas y discutibles en la más de las ocasiones. Como se dijera respecto a las tesis anteriores, no se trata de dar una visión romántica o apasionada, parcial o poética del proceso, sino científica, con conceptos sintéticos según la explicación ya ofrecida.

## 103 Las teorías de Carnelutti.

Al exponer la que llama teoría de la pluralidad de relaciones, Alsina<sup>155</sup> considera como sus principales expositores a Francisco Carnelutti y Ugo Rocco. Ciertamente el segundo afirma que el proceso civil es el conjunto de actividades del Estado y de los particulares, con las que se realizan los derechos de éstos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechas por la falta de actuación de la norma de que derivan;<sup>156</sup> pero con más precisión se encuentra expuesta su tesis en otra obra,<sup>157</sup> donde comienza por afirmar la naturaleza pública de la relación procesal, para en seguida distinguir entre la relación de derecho público judicial que se establece entre los jueces y el Estado, y la relación jurídica procesal, de derecho formal y, por tanto, diversa de la relación jurídica sustancial.

Tal relación procesal se funda mediante el ejercicio de la acción que es un derecho subjetivo público individual (sic), y consistente en una razón o pretensión al cumplimiento de la prestación de la actividad jurisdiccional. Esta relación se establece entre los sujetos del juicio y como son tres, se constituye entre actor, demandado y órgano jurisdiccional; por ende, consta de dos relaciones distintas, que coinciden subjetivamente en el sujeto de la obligación jurídica, el Estado, mientras que son distintos y diversos los sujetos activos.

A través de esta concepción, Rocco puede sostener que hay una relación procesal unilateral en la contumacia,<sup>158</sup> con lo cual se pierde el sentido de la idea fundamental<sup>159</sup> de la bilateralidad de la instancia. Así, pues, en Rocco, más que entenderse al proceso como una pluralidad de relaciones, se concibe como una figura con multiplicidad de ellas, es decir, no que el proceso sea sino que tiene muchas relaciones.

a) En el tomo II de su *Sistema*, Carnelutti expresa<sup>160</sup> que, si hay de una parte una obligación y de la otra un interés protegido, o también dentro de ciertos límites un derecho subjetivo, todo eso se puede y se debe expresar diciendo que hay una relación jurídica procesal, o mejor, que hay relaciones jurídicas procesales, tantas cuantos son los conflictos: entre el interés en cuanto a la composición del litigio y los intereses de aquéllos que deben proporcionar los medios del proceso, compuestos por el orden jurídico mediante la imposición de una obligación, y eventualmente de un derecho. No habría necesidad de decir más sobre el punto, porque obligación y relación jurídica no son para Carnelutti,<sup>161</sup> sino ex-

155 Op. cit., I, p. 246.

156 *Derecho procesal civil*, Trad. Felipe de J. Tena, México 1944, p. 67.

157 *Teoría general del proceso civil*, Trad. Felipe de J. Tena, México 1959, pp. 287 y siguientes.

158 Página 290.

159 Supro N° 65.

160 Página 647.

161 Ver el N° 11 de su tomo I del *Sistema*.

presiones diversas de un solo fenómeno; por eso, para él, resulta superfluo observar que, teniendo la obligación y el derecho carácter público y procesal, ha de ocurrir así con la relación.

Parecería entonces que la relación jurídica es la tesis sostenida por Carnelutti, con la única salvedad de que la entiende múltiple o plural, precisamente porque hay un interés en componer el litigio e intereses derivados de éste. Pero a renglón seguido recuerda que el vocablo, ya de uso común, tiene varios significados: si se tuviera que definir el sentido, no se podría decir sino que suele llamarse relación procesal al proceso mismo, entendido más bien que como cadena de actos, como conjunto de aquellas relaciones entre partes, oficio y terceros que precisamente trata de estudiar en ese capítulo. Si se quisiera combinar la teoría de Goldschmidt con la de la relación, no se podría explicar mejor el nexo, porque aquí, cada relación semeja la entraña de una situación, aunque en vez de observarla en la posición del sujeto, se la mira en conexión con otros.

Afirma Carnelutti que la concepción que expone, representa una fase de la ciencia procesal, que debería descubrir los elementos dinámicos, por más que su liga con la **situación** le convierta en algo estático. Pero dice que considerar al proceso, no ya solamente como una sucesión de actos, sino como un haz de relaciones jurídicas, fue sin duda un mérito y un progreso, porque la regulación del proceso se debe servir de los mismos medios del derecho material posibilitando su distinción. Esta visión, confiesa después, tenía el defecto de no separar las unas de las otras, entre las varias relaciones, y de hacer de ellas un todo, en un noción de relación jurídica que no corresponde a la tesis general del derecho. Si el progreso en el estudio del derecho procesal se manifiesta esencialmente en la subsunción cada vez más perfecta de los fenómenos en las categorías de la teoría general, un empleo semejante de la noción de la relación jurídica no parece útil ni a la ciencia del proceso, ni en general a la ciencia del derecho.<sup>162</sup>

Se observa, entonces, que desde esta posición, Carnelutti va avanzando en la tangente que cada vez se aleja más de la circunferencia que contiene el problema. Ello no obstante, sus investigaciones de los principios generales y las aplicaciones procesales, tienen indudable calidad que puede aprovecharse sin adoptar el **sistema** mismo.

b) En sus **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**,<sup>163</sup> Carnelutti dice que el proceso civil es, no sólo un sector de la realidad, sino también de la actividad, entendida como realidad determinada por una voluntad. Más adelante,<sup>164</sup> llama proceso por antonomasia a un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la actuación de mandatos jurídicos, cuyas

162 Página 648.

163 Trad. Jaime Guasp, Barcelona 1942, p. 15.

164 Página 29.

características consisten en la colaboración para este fin, de las personas interesadas que son las partes, con una o más personas desinteresadas, que son los jueces u órgano judicial. La voz proceso, indica para Carnelutti, un método para la formación o para la actuación del derecho, el cual tiende a garantizar la bondad del resultado, esto es, aquella regulación del conflicto de intereses que obtenga realmente la paz, y sea por ello justa y cierta.

A todo lo largo de su concepción, la finalidad es el tema fundamental. El proceso sirve para componer, para obtener mandatos, para la formación del derecho. Sin embargo, Carnelutti no conserva una posición definitiva en sus obras, y de la misma manera que su noción del proceso sin litigio es abandonada con posterioridad, cuando el sistema parecía una obra madura, llega a afirmar que no sólo el proceso contencioso sino también el voluntario puede ser jurisdiccional, ejecutivo, definitivo o cautelar, singular o colectivo. La **verdad** que se contiene en esta fórmula es apenas elaborada en sus últimos trabajos, antes había creído que el proceso voluntario y el cautelar eran una tercera y cuarta especie, colocadas en el mismo plano del jurisdiccional y el ejecutivo.

Y esta es apenas una faceta del profesor de Milán, porque puede acontecer que en vez de abandonar una tesis expresamente, la contradiga implícitamente. Cuando se estudia a Carnelutti, es preferible atenerse a cierta tesis, aunque parezca olvidarse la metaforfosis del autor, porque se puede caer fácilmente en el error de afirmar que sostiene una teoría que ya refutó o dejó abandonada en el camino.

Tres son las más conocidas posturas del autor: como adepto presuntivamente a la teoría de la pluralidad de relaciones, como creador de la tesis del proceso penal como jurisdicción voluntaria, y su idea del fin del proceso como composición del litigio.

La primera ha sido resumida antes, y en realidad no merec atención mayor, tanto porque Carnelutti no le da un desarrollo fecundo, cuanto porque no proviene de él, ni es quien la lleva a su más depurada forma. Pero sobre todo, porque sigue en pie la objeción de Goldschmidt,<sup>165</sup> al decir que entre las partes no se constituyen, a través del proceso relaciones jurídicas en el sentido corriente o sea el estático; que este sentido ha sido interrumpido por causa del proceso y se han sustituido las relaciones por las situaciones, en virtud de que el resultado depende del proceso.

c) El proceso penal como jurisdicción voluntaria, es pues, la segunda de las posturas carneluttianas.

En su libro **Lecciones sobre el proceso penal**,<sup>166</sup> Carnelutti estructura una tesis que, no por sutil o fina, deja de asombrar. A partir de un aserto

165 *Teoría del proceso*, p. 61.

166 Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1950; T. I, pp. 155 y ss.

irreversible: todo delito implica un ilícito, concluye que el delito es un ilícito con sanción múltiple: penal y civil. Podrían recordarse ahora sus definiciones de sanción como medida jurídica, o sea, como el sacrificio del interés subordinado mismo y sacrificio de otro interés,<sup>167</sup> de donde la sanción civil resultaría, probablemente, la restitución y la penal la compensación.

La declaración de certeza del delito implica la del acto ilícito,<sup>168</sup> es decir, la declaración imperativa de los efectos propios del acto ilícito, además de la declaración de los efectos del delito. Cuando un mismo hecho tiene dos órdenes de efectos, es inseparable la declaración de certeza de ambos. Por eso, de la declaración del delito deriva el ilícito civil, obligación de restituir, y eventualmente de resarcir o reparar el daño.

La litis en torno a la restitución o reparación, depende por consecuencia, de la comprobación positiva o negativa del delito; lo que quiere decir que el proceso penal obtiene dos resultados: la declaración de certeza del delito y la del ilícito civil del mismo hecho; su contenido va más allá de la declaración de certeza del delito a los exclusivos fines penales. Esta observación le parece fundamental para la definición de su carácter en orden a la distinción formulada por la teoría general del proceso, entre contencioso y voluntario.

Cabe recordar con el autor, que la litis es un conflicto de actividades, conflicto actual de interés, calificado por la pretensión de uno y la resistencia de otro;<sup>169</sup> por eso, entre las dos partes del delito hay litis cuando la una pretende la restitución o el resarcimiento y la otra los discute.

Conforme a estas invariaciones, resulta para Carnelutti que en cuanto a la ilicitud civil, el proceso penal es contencioso, mientras que para la penal este carácter está ausente. El autor se justifica de esta manera;<sup>170</sup> si en las primeras tentativas de sistematización<sup>171</sup> de una teoría general del proceso, desde el punto de vista de la función, había creído que el proceso penal tenía carácter contencioso, ello se derivó de la falta de distinción de su doble contenido: penal y civil; además, de la confusión entre litis y controversia.

La noción de litigio es propia del contenido civil; pero en el proceso penal, opina el autor, se presenta una fundamental distinción entre litis y controversia, pues la última no implica contraste de intereses sino apenas contraste de opiniones. Ha de excluirse del tema penal que el interés del imputado está en conflicto con un interés opuesto al suyo, pues la pena está, tanto en su finalidad preventiva como en su finalidad repressiva, dirigida al bien y no al mal de él. Entre imputado y ministerio pú-

167 *Sistema*, T., p. 27.

168 *Lecciones*, I, p. 155.

169 *Sistema*, I, p. 44; *Lecciones*, I, p. 156.

170 *Lecciones*, I, p. 156.

171 *Sistema*, I, p. 165.

blico la relación es la que existe entre el enfermo y el médico que le quiere suministrar una medicina.

El contenido del proceso penal no es, por ende, ni de carácter contencioso ni un tipo intermedio entre éste y el voluntario. El proceso penal puro es genuinamente un proceso no contencioso. Analogando el proceso para el castigo y el proceso para la interdicción, se advierte que quien pide uno u otro, no pretende en absoluto subordinar el interés de aquélla a un interés propio, como hace quien pide la reivindicación de un fundo o el pago de un crédito, si bien trata de tutelar conjuntamente el interés público con el interés privado de quien corre el riesgo de cometer algún delito o de arruinar su patrimonio.

A pesar de lo dicho, los contenidos penal y no penal, están unidos en forma que imposibilita una escisión entre ellos, de donde se debe reconocer al proceso penal, no tanto un carácter intermedio cuanto mixto del uno y del otro; es verdaderamente una fusión de un proceso contencioso con un proceso voluntario.

Esta concepción de Carnelutti es muestra de invariaciones discutibles aunque sutilmente presentadas. Desde la base misma de su idea, la inseparabilidad de los dos órdenes de efectos del ilícito puede objetarse, que ni se trata de una unidad siempre, ni forzosamente ha de hablarse de ilícito civil como dependiente o ligado al penal. Cabe que el indiciado sea finalmente absuelto y que sin embargo se persiga el resarcimiento del daño contra terceros por la responsabilidad objetiva que mencionan los artículos 1918 y siguientes del código civil distrital mexicano. Es decir, no resulta acertado afirmar que la declaración de certeza del delito implica la del acto ilícito en general, porque las disyuntivas son diversas: un delito sin responsabilidad civil cuando no hay daño patrimonial o no pueda precisarse, delito con responsabilidad civil discutible, sea porque hubo imprudencia en la víctima, o porque no hubo culpa en el indiciado; delito del imputado y responsabilidad propia o de tercero. De ahí que no pueda afirmarse siempre que la reparación o la restitución dependan de la comprobación del delito, ni que sea en el mismo proceso penal que se demanden, especialmente cuando se trata de una responsabilidad de los terceros legitimados: quienes ejerzan la patria potestad, los tutores, administradores, etc.

Por otra parte, es significativo que, cabalmente el proceso penal trate de controversia como contraposición de opiniones, cuando lo que se requiere del juzgador es, igualmente, una pretensión de sentencia: condenatoria según el ministerio público, absolutoria según el procesado. El contraste, en todo caso, no es de derechos sustantivos, sino de pretensiones que, al igual que sucede en el proceso civil donde puede faltar el litigio, no esté ausente la contradicción so pena de pretensiones declarativas

que tienden a prevenirlo. Y no lo hay en los casos de simulación, colusión o fraude, aunque haya litigio aparente.

Pero aún en el supuesto de las premisas carneluttianas, si en el proceso penal debiera hablarse de controversia penal y de litigio civil, lo pertinente sería sostener la acumulación, afirmar que en el caso penal aparecen sendas pretensiones de sentencia civil y penal, que por economía procesal ha lugar a acumular los procesos, pero entonces no habrá uno sino dos.

Como fusión de procesos, uno con litigio y otro con controversia, la resultante no es un genuino proceso no contencioso o voluntario, sino la suma, la adición de dos series: es decir, sin mayores complicaciones, la cuestión no está en buscar naturaleza *sui generis* para el proceso penal, pues basta señalar que en él se dan dos pretensiones: civil la una y penal la otra. Ya sea que el ministerio público accione solo, que admita coadyuvante, o exista acción popular o privada, o que se acuda al proceso civil para demandar de terceros la reparación del daño, en todos los supuestos aparece el proceso sin mayor calificación como serie; podrá distinguirse entre los contenidos de las sentencias: una que inflige una pena, y otra que determina una responsabilidad civil; pero la distinción entre los fallos es factible, igualmente, en lo civil, tal y como sucede cuando se demanda, al mismo tiempo, una declaración y una condena, una constitución y una declaración o una condena. El proceso penal como **jurisdicción** voluntaria es realmente inaceptable. Sobre todo, puede advertirse sin mayor esfuerzo, que la naturaleza del proceso sigue siendo problema no resuelto en Carnelutti, porque sostener las diferencias entre las pretensiones y las sentencias, o su misma acumulación, ni permite hablar de dos procesos, pues hay sólo uno con doble contenido pretensional, ni es proporcionar datos suficientes para clasificar lo unitario, lo unívoco: el proceso en sí.

d) El proceso como composición del litigio es la tesis teleológica.

Tanto en su **Sistema**, como en sus **Instituciones**,<sup>172</sup> Carnelutti ha sostenido su concepción del litigio y su composición, en términos cambiantes, esto es, como variaciones sobre el mismo tema, para llegar al cual, ha elaborado antes otras unidades metódicas.

El proceso está en la composición del litigio, pero antes de llegar a esta conclusión, Carnelutti aborda un concepto más elemental, definiendo al interés, que es la piedra de toque de su edificio, de la estructura técnica. Este concepto le habrá de servir para separar el campo del derecho privado y el atinente al derecho procesal. Interés es la posición favorable del hombre, para la satisfacción de sus necesidades.<sup>173</sup> El concepto es puramente convencional, sirve para los fines de una **sistematización**; no

172 1ª Edición en español.

173 *Sistema*, I, p. 11.

hay realmente en él la tendencia a captar esencias metafísicas, sino que se trata de una simple equiparación para posteriores combinaciones técnicas.

La conexión entre un hombre y un bien es el interés, vínculo conceptual que deja abierto el campo para ulteriores disquisiciones, pero es un significado establecido por la voluntad del investigador, de modo que lo importante está en la operación con estas ideas, en la sugestión que implica la convención sobre los términos empleados, la seguridad de que señalan precisamente el significado querido y determinado **a priori**. El teórico podrá convenir con Carnelutti o discrepar; pero hay una cierta seguridad de que se conoce la cuestión tratada, hay certeza en la alusión unívoca de los vocablos. Toda tarea de elaborar una terminología aparece como personalismo y choca con los criterios ajenos necesariamente; pero si bien se mira, todo es, como quiere la lógica moderna, problema de nivel del lenguaje. Cuando un investigador comienza por determinar un significado, cuando precisa el contenido intelectual de sus vocablos, bastará recordar o acudir al párrafo en que los define, para que el sentido convencional establezca el contacto indispensable.

Carnelutti procede a elaborar los puntales de su **sistema** con gran potencia discursiva. Entre el interés individual y el colectivo, coloca la perspectiva, también arbitraria y convencional, de los significados. El problema carece por completo de novedad, pues se trata de distinguir entre interés individual y colectivo, pero la separación tendrá que ser clara y terminante; no podrá llegar al extremo de hacer una pareja de unidades opuestas o sin posible fusión.

Según el autor, el interés colectivo es el mismo interés individual y, además, aquel interés que no puede satisfacerse sin alcanzar al mismo tiempo el de varios sujetos.<sup>174</sup> Como antes ha distinguido entre el interés mediato y el inmediato, y entre el momentáneo y el permanente, resulta que las invariaciones de estas unidades le ofrecen fecundas elaboraciones técnicas, como la concepción de interés colectivo con disfrute singular, que atañe a los bienes públicos o simplemente comunes.<sup>175</sup>

Al continuar en sus síntesis de interés y bienes, encuentra que la pluralidad de los primeros y la singularidad de los segundos, da la noción de conflicto.<sup>176</sup> Este se presenta cuando la situación favorable para la satisfacción de una necesidad, excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta. El conflicto puede ser, casi resulta obvio puntualizarlo, intrapersonal o intersubjetivo. El primero se presenta cuando un mismo hombre coloca un interés frente a otro. El segundo cuando dos sujetos están frente al mismo bien. Todavía logra combinar el supuesto

174 *Sistema*, I, p. 12.

175 *Idem*, p. 15.

176 *Idem*, p. 16.

en que el conflicto se establece entre el individuo y varios sujetos frente a él, y también el conflicto entre dos intereses colectivos.

Del conflicto se llega necesariamente a la solución y podría decirse que la idea es irrefutable, siempre y cuando por solución se entienda la nota común que aparece en resolución y disolución, porque si bien todo alcanza finalmente solución, no es igual el supuesto en que sobre el conflicto impera una interpretación, a la hipótesis en que basta el simple transcurso del tiempo para que el problema deje de existir o sea, acabe por disolverse.

La solución toma formas diversas: es violenta o pacífica, y ésta puede ser razonable o moral como le llama el autor, contractual o arbitral; pero en este punto cabe hacer un paréntesis, porque la arbitral no debe confundirse con la contractual ni siquiera en la idea de solución pacífica, aunque es cierto que no tiene ni la aspereza de la judicial, ni la intransigencia de la autotutela. Pero como sea, nace aquí la concepción del fin del proceso.<sup>177</sup>

Tal vez haga falta en Carnelutti una descripción mejor del poder y su distinción con la simple fuerza; además, no insiste lo bastante en el fenómeno del arbitraje, que estudia en otra parte con más profundidad.<sup>178</sup>

La permanencia de la vida colectiva exige una solución a los conflictos, por ello la composición es, además, un interés colectivo, que para distinguirlo, Carnelutti le denomina interés colectivo externo, el cual tiende a la paz pública, causa del derecho.<sup>179</sup>

Luego de estudiar las soluciones económica y jurídica, al derecho como combinación de regla y mandato, como organización humana expresada en el Estado, llega a lo que denomina instituciones correctoras de la regla y el mandato: el derecho subjetivo y el proceso declarativo.<sup>180</sup> Actos que califica de mandatos complementarios, donde el proceso se ubica por su finalidad correctora de la rigidez en la certeza del mandato. El precepto es una indicación en un mandato de conducta a observar, y la medida del derecho es un grantía del cumplimiento del precepto.<sup>181</sup>

Con estos elementos, al llegar a la idea de relación jurídica,<sup>182</sup> Carnelutti puede afirmar que la composición del conflicto por medio de un mandato, se convierte en relación, con un interés prevaleciente y otro subordinado, que constituyen la situación jurídica. La situación pasiva está en la subordinación de un interés, por la medida jurídica, que es un vínculo impuesto a la voluntad, o sea la obligación. Correlativamente, la situación activa es el prevalecimiento del interés, por la medida jurídica

177 *Idem*, p. 17.

178 *Cfr. Estudios*, T. II, pp. 452 y ss.

179 *Idem*, p. 18.

180 *Idem*, p. 21.

181 *Idem*, p. 22.

182 *Idem*, p. 29.

que generalmente depende del titular, de donde se desprende que éste cuenta con un poder, al que Carnelutti llama derecho subjetivo; pero habrá que aclarar que este poder, atribuido al interesado, depende del Estado y no de la voluntad del particular.<sup>183</sup> Por ello, persona jurídica es la combinación del interés protegido y la voluntad de uno de los titulares, o sea, el interés más un vínculo o poder de la voluntad.<sup>184</sup>

Importante en la tesis carneluttiana es el concepto de posesión,<sup>185</sup> como la exigencia de la subordinación del interés ajeno, que si se refiere a un conflicto ya regulado por el derecho es la obediencia a un mandato. El litigio es, pues, sinónimo de relación jurídica, que se ha visto, está constituida por la doble situación activa y pasiva.<sup>186</sup> Si en la relación se presentan concomitantemente una exigencia del interés prevaleciente y una resistencia del interés subordinado, surge el litigio, que puede clasificarse en conflicto de intereses y conflicto de voluntades; en el primer caso se atiende al elemento material, que comprende a la vez, el litigio o la relación, es decir, la pugna de voluntades o su coordinación.

Ubicado el proceso en el arreglo de voluntades, el autor explica que cuando la pretensión, acompañada o no de la posesión, encuentre resistencia y no consigue vencerla por sí, hará falta algo para que se concerve la paz social. Este algo tiene una función distinta según que el conflicto esté o no regulado por el derecho, en la hipótesis negativa, o si el conflicto no está todavía compuesto en una relación jurídica, se trata de hacer intervenir un mandato concreto que realice la composición. En la hipótesis positiva, como el mecanismo del derecho se ha revelado insuficiente para obtener la finalidad, se trata de integrarlo con una disposición ulterior, apta para el remedio. En ambos casos ese algo es lo que llama proceso.<sup>187</sup>

Hasta aquí las invariaciones de Carnelutti; es manifiesto que su idea era demostrar la utilidad del proceso, aunque no llegó a una verdadera definición. Fuera de las numerosas objeciones que pudieran hacerse a sus criterios unitarios, es decir, a sus conceptos de relación, litigio, composición y demás, y que dependen de una más profunda investigación de los fenómenos, lo cierto es que el autor ha logrado establecer ideas básicas, sobre las cuales ha podido llegar a ciertas consecuencias técnicamente razonables, aunque sistemáticamente discutibles.

La cualidad de Carnelutti es una poderosa capacidad técnica, una fructuosa invariación de los conceptos; pero el rechazo de su teoría proviene de la circunstancia de que si ha combinado con maestría los conceptos, no ha tenido la misma genialidad para establecer un significado adecuado a la realidad: verificable.

183 Idem, p. 32.

184 Idem, p. 34.

185 Idem, p. 46.

186 Idem, p. 44.

187 Idem, p. 47.

El proceso es el ulterior dispositivo para arreglar el litigio; pero siendo un remedio, una composición, no es el único y ni siquiera es siempre eso. El total de la institución, incluida la sentencia, sirve para componer **idealmente** el litigio, pero esto no resuelve el problema de lo que sea el proceso en sí, la pura serie de actos. También se compone un litigio acudiendo a una solución razonable o moral, sin que pueda hablarse de proceso. Cuantas veces un objeto de conocimiento se intente definir por su utilidad, pragmáticamente, el fracaso será seguro. La tarea, después de estudiar a Carnelutti, sigue en pie, sin que con ello se afirme que el autor llegó sólo a las consideraciones anotadas. Más adelante llega a señalar que existe proceso siempre que el efecto jurídico no se alcance con un solo acto, sino mediante un conjunto, cuando para la obtención de la finalidad hayan de coordinarse. Pero asombra leer a renglón seguido, que se puede hablar de un proceso legislativo o de un proceso administrativo, como serie de actos realizados para la formación de una ley o de un decreto. Es cierto que luego especifica que en lenguaje jurídico se llama proceso por antonomasia a la serie de actos que se realizan para la composición del litigio; y si no fuere una tautología, se diría que únicamente existe el proceso judicial. Sin embargo, ni la tónica del párrafo ni su redacción, permiten afirmar que esto rectifique lo anterior; por el contrario, la duda que se encuentra en sus palabras, la timidez frente a una improbable tautología que se explica por haber procesos judiciales, administrativos, arbitrales o legislativos, pero siempre que los órganos respectivos ejerzan jurisdicción, muestran que el autor ha retrocedido al llegar a la aplicación más efectiva. Así, el capítulo termina expresando que se trata, en la noción del proceso, de una operación mediante la cual se obtiene la composición del litigio.<sup>188</sup>

e) No puede encuadrarse terminantemente a Carnelutti en la escuela de la relación, pero tampoco la ha superado, probablemente pueda calificarse a ambas tendencias o esfuerzos, de tareas insuficientes.

Sin embargo, la doctrina de Carnelutti apenas comienza a desenvolverse en los anteriores conceptos. Al progresar en la lectura de su **Sistema**, se encuentran elaboraciones bien logradas, que no implican una superación pero sí una ejemplificación más del dominio técnico del autor. Así, en el capítulo segundo de las **Premisas a la noción del derecho procesal**,<sup>189</sup> se observa cierta coincidencia con la tesis de Goldschmidt, acerca del derecho justicial material. Carnelutti contrapone las normas concretas a las reglas generales, éstas no componen directamente un conflicto de intereses, pero establecen los requisitos del mandato que servirá para componer, son el instrumento para la composición. No imponen una obligación, sino que atribuyen un poder, por eso a las normas materiales se

188 Idem, p. 78.

189 I, página 55.

oponen las instrumentales.<sup>190</sup> El mandato especial es un mandato y no una regla, la norma instrumental es una regla y no un mandato. Entre los dos extremos, el mandato general o norma material, representa un término medio, es regla impuesta o mandato en hipótesis, una combinación de regla y mandato.

Para Carnelutti las normas materiales componen inmediatamente un conflicto de intereses, imponiendo una obligación y atribuyendo eventualmente un derecho; en cambio las instrumentales lo componen mediatamente, atribuyendo un poder e imponiendo una sujeción correlativa. Por esto, antes se habló de la relación como sinónima de conflicto, pues en ambos casos existen dos intereses, uno prevaleciente y otro subordinado. La diferencia está en lo que se llamaría precomposición y postcomposición, pues la relación preconforma y la composición conforma ulteriormente.<sup>191</sup>

Es también discutible esta invariación porque en definitiva, lo que se da como posible naturaleza del proceso, es carácter supuestamente fundamental de la norma material. Tanto las instrumentales como las materiales, consisten en una regla, o sea la posición de una relación entre dos conceptos, si el significado de uno se ha presentado, el otro tendrá que suceder.

En el fondo,<sup>192</sup> la diferencia entre normas materiales e instrumentales está en el contenido de la regla. En los dos casos hay un previo conflicto, pero en el primero la regla lo resuelve, mientras que en el segundo es un medio para su solución. Este ligamente se encuentra con el poder del juez. Sin duda que puede atacarse el criterio del autor, comparando los actos jurisdiccionales y administrativos que también solucionan conflictos y se ligan al poder público. Sin embargo, habrá que tener en cuenta la posible confusión entre acto jurisdiccional y acto judicial, porque sus significados tienen una amplia sección de coincidencia que no llegar a ser absoluta.

La distinción entre normas materiales e instrumentales, no excluye importantes referencias entre ambas, que se manifiestan, sobre todo, en los conceptos de obligación y poder. En el caso de que la ley atribuya un poder para llevar a cabo la obligación, cabe pensar que la norma material obra como instrumental, lo que permite hablar de normas materiales con eficacia instrumental, o sea el derecho justicial de Goldschmidt.

Asimismo, mediante la actuación del poder y de la sujeción, la ley puede constituir obligaciones y derechos, entonces la norma instrumental obra como material y puede hablarse de normas instrumentales con eficacia material.<sup>193</sup> Si Carnelutti hubiera encontrado antes la naturaleza del

190 Idem, p. 57.

191 Idem, p. 58.

192 Idem, p. 58.

193 Idem, p. 60.

proceso, y por ende, la de la acción, su invariación alcanzaría aquí mayor validez; de otra manera, la riqueza de aplicaciones técnicas de sus conceptos, puede dar lugar a serias confusiones, desde el momento en que el proceso queda amalgamado con tres clases de normas y resulta difícil seguir afirmando la univocidad de la palabra proceso jurídico.

Más adelante, el autor presenta la distinción entre poder y sujeción, los que derivan de la norma instrumental. El primero es la expresión subjetiva del mandato y significa la posibilidad de mandar.<sup>194</sup> Esta definición es enteramente plausible, sobre todo porque al invariarla con el derecho subjetivo en el sentido de Carnelutti, le da la posibilidad de valerse del mandato ajeno para el prevalecimiento de un interés. Si bien el profesor italiano no obtiene aquí todas las consecuencias ni se ha visto forzado a aceptar el poder del justiciable, su acercamiento a la realidad es tal que anula las reticencias.

La sujeción es la expresión del mandato considerado en su aspecto positivo, del lado de quien es mandado significa la necesidad de obedecer.<sup>195</sup> Entre obligación y sujeción hay una clara diferencia, la obligación es el vínculo impuesto a la voluntad, la sujeción es la imposibilidad de querer con eficacia, lo que explica el mecanismo de la preclusión. Quien ha dejado pasar un plazo sin actuar dentro del proceso, está sujeto, tiene imposibilidad de querer con eficacia, por lo menos en esta etapa y con respecto a ciertos efectos; tesis que es superior a la concepción de Goldschmidt.

Una forma de sujeción es la responsabilidad, sujeción a los actos realizados para actuar las sanciones jurídicas. Carnelutti identifica los dos términos y con ello lleva a cabo una falsa generalización, porque además de entender por responsabilidad la sanción de toda especie, cierra la posibilidad de aprovechar la primera como elemento fundamental en la descripción del derecho público.

Sujeción y poder son lo contrario de la libertad, que indica el campo en que la persona no está sujeta al querer ajeno, indiferencia recíproca de dos o más quererres. No puede decirse que Carnelutti carezca de recursos para obtener asombrosos resultados con sus invariaciones. En el pensamiento anterior resuenan las palabras de Kant, según se leen en la **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**,<sup>196</sup> en el sentido de verdaderas aporías, pero Carnelutti toma la función técnica evitando digresiones metafísicas, y apoyado en el querer, determina el concepto de libertad con sentido de acción que independiza del mandato y de la regla.

194 *Idem*, p. 61.

195 *Idem*, p. 61.

196 Pp. 56, nota 1, 78, 86 y *passim*.

El derecho, dice, en sentido objetivo limita la libertad, pero no la suprime, precisamente porque en cuanto la limita es para garantizarla. La libertad que queda al individuo dentro del derecho, le viene custodiada.<sup>197</sup> La posibilidad de obrar en este campo es la facultad, antítesis de la obligación. Cabe, pues, diferir del criterio del autor, pero no puede dejar de reconocérsele gran manejo técnico del tema.

f) En el capítulo tercero<sup>198</sup> se delimita más la noción del proceso a través de la idea del derecho procesal. Las exigencias sociales determinan el nacimiento del proceso y producen el derecho procesal, como conjunto de reglas que establecen los requisitos y efectos de aquél, reglamentación que al tener lugar por el lado de la forma, cabe denominarla derecho formal.

Para el autor, derecho procesal es parte de un conjunto más amplio: el derecho instrumental.<sup>199</sup> La invariación, como casi siempre en los tratamientos carneluttianos, estaba prevista por el desarrollo que se diera a los anteriores temas; pero se advierte una falla cuando dentro de este campo incluye al derecho administrativo. La más elemental noción de cualquier particular, hace distingos generales entre las dos ramas. Pero así como lleva las normas instrumentales al derecho civil, trae al proceso normas materiales que constituyen las obligaciones y derechos procesales.<sup>200</sup> De manera que lo que auguraba ser un sistema preciso, va perdiendo su calidad, presionado tal vez por la tradición y la influencia de la práctica, que Carnelutti estima en mucho.

El derecho procesal pertenece además al derecho público, y ya no es necesario insistir en la distinción con el privado, porque los conceptos metódicos de interés, antes expuestos, pueden ser suficientes para fundarla. Sólo que este carácter lo infiere, no de las normas, sino de la calidad del órgano a quien se atribuye el poder.<sup>201</sup>

Con todo y que la atribución de la propiedad ha sido hecha un poco a la manera de tercera coadyuvante, Carnelutti obtiene pronto excelentes consecuencias. Invaría estos conceptos con el principio de la derogabilidad por voluntad de las partes, afirmando que la eficacia puramente dispositiva de una norma jurídica, se despliega mediante el poder atribuido a los interesados, para regular, directa o indirectamente, el conflicto de intereses, y supone una norma instrumental que les reconozca ese poder.<sup>202</sup> De donde cabría desprender que el supuesto derecho dispositivo viene a quedar en un imperativo disyuntivo, y así, sin caer en la paradoja

197 Idem, p. 63.

198 Idem, pp. 81 y ss.

199 Página 82.

200 Idem, p. 82.

201 Idem, p. 83.

202 Idem, p. 85.

de llamar derecho a toda norma y luego añadir un predicado imposible como el de dispositividad, se explica la posibilidad de renunciar a ciertos actos procesales que no por ello dejan de estar ordenados, pero no en un solo sentido, sino en varios disyuntiva o suplementariamente.

Son precisas y claras sus palabras cuando asienta que una norma material puede ser derogada por las partes, significando ello que una norma instrumental les consiente el poder de componer de manera distinta y directa el conflicto de sus intereses.<sup>203</sup> Cuando esto sucede respecto de una norma instrumental, entonces mediará siempre otra norma instrumental que atribuya a las partes un poder, pero no el de componer directamente el conflicto, sino el de constituir el poder para resolverlo. Sobre todo en estas últimas palabras, es admirable el certero concepto de lo que en el proceso entraña la efectiva relación jurídica: ese poder constituido con la colaboración de las partes, que está presente en todos los casos; pero el autor no lo quiso advertir así, y la observación quedó en un atisbo. Tampoco quiso Carnelutti desentrañar la diferencia entre las normas procesales y las sustanciales, para poder afirmar que el proceso se sirve de medios cuya disciplina es el cometido propio de normas pertenecientes a alguno de los otros grupos. Cabe entonces preguntar qué es lo procesal del proceso, y qué es lo no procesal del mismo. A su respuesta parece destinarse el siguiente número de ese capítulo.<sup>204</sup>

Las normas procesales deben estudiarse, no por lo que disponen, sino por lo que son, el campo del derecho debiera distinguirse en: teoría de las normas y teoría de las relaciones, separando el continente del contenido,<sup>205</sup> Estas palabras de Carnelutti son una risueña promesa, pero existen razones previas para dudar de su cumplimiento. Confiesa que la espina dorsal de su teoría del proceso está en la distinción entre función y estructura. En el primer caso hay que indagar la finalidad y la eficacia, en el segundo es útil separar la composición de la aplicación de la norma, es decir, el cómo está hecha del cómo actúa.<sup>206</sup>

Finalidad de las normas procesales es la composición de los conflictos de intereses; el proceso es un mecanismo que sirve a ese fin; cuando el conflicto reviste la forma de litigio.<sup>207</sup> Hay un pero en todo esto, y es que asegura el autor que en tal aspecto, son equivalentes las normas que atribuyen el poder al legislador y las que se lo confieren al juez. Por su finalidad, entonces, la norma sale del proceso y se inserta en el destino genérico de la ley.

El problema se complica cuando Carnelutti termina diciendo que quien considere especialmente a las normas jurídicas procesales, advertirá

203 Idem, p. 85.

204 Idem, p. 87.

205 Idem, p. 87.

206 Idem, p. 88.

207 Idem, p. 89.

que su finalidad consiste en la composición de los conflictos de intereses: i) deducidos en el proceso, y ii) determinados por el proceso. La petición de principio es manifiesta. Además, conforme a su promesa, no puede confundirse el contenido con el continente, los conflictos deducidos en el proceso no son el proceso mismo, como no lo son aquéllos que éste determina; y no cabe pensar que Carnelutti esté hablando sólo del fin del proceso, porque ya antes convino en que no tiene uno específico, propio y exclusivo de él. Si ahora se viera como finalidad a la composición de esa doble relación, entonces se definiría la propiedad de una fracción con la cualidad del todo, pues los objetivos se presentan antes y después del proceso; por ende, éste es uno de tantos medios para la misma finalidad. Al coincidir con el objetivo, proceso, convenio, negocio y mandato pierden valor metódico y hacen fallar cualquier invariación, por muy sagaz que sea, como en Carnelutti.

El segundo punto de vista que propone el autor, es la función de las normas en su eficacia.<sup>208</sup>

La mayor o menor idoneidad entre los medios de composición y la finalidad de la norma, es lo que da la eficacia. Al ser la obligación el medio elemental con el que actúan las normas, la eficacia se entiende como la obligatoriedad o fuerza obligatoria. Más que en otros campos, en el del proceso se liga la eficacia estrechamente con el interés, en especial el de las partes; por ende, su eficacia es más bien nominal que real y menos intensa que la de las normas civiles y penales.<sup>209</sup>

La eficacia, invariada con la derogabilidad, permite afirmar que ésta se refiere especialmente a los límites de aplicación de las normas. Y como antes se ha precisado el concepto de dispositividad, resulta que la eficacia consiste en posibilitar el acuerdo de las partes a la mejor y más rápida composición.<sup>210</sup>

Como en el caso de la finalidad, al estudiar la eficacia se advierte poca trascendencia en las invariaciones, porque el proceso no queda distinguido en esa perspectiva, ya que la eficacia es propiedad de toda regla.

El tercer punto de vista del análisis es la composición de las normas procesales, su materia. Carnelutti acude al estudio de la formación de las reglas, pero fuera de advertir que sus fuentes son el proveimiento y la declaración de voluntad, dispersa su atención en lo genérico y apenas llega a señalar que las normas procesales se agrupan por homogeneidad, por coincidencia histórica en su origen y por la mayor facilidad de su manejo.<sup>211</sup>

El cuarto y último punto de vista se refiere a la aplicación de las normas procesales, lo que queda descrito en breves palabras: la confron-

208 Idem, p. 90.

209 Idem, p. 91.

210 Idem, p. 92.

211 Página 93.

tación de sus hipótesis con una situación práctica, para deducir si dada la conformidad de una con otra, ha de ser observada su norma.<sup>212</sup> Y esto es todo cuanto puede aprovecharse para la distinción del proceso. Es bien poco en realidad, y la impresión final es que Carnelutti ha quedado en deuda, porque lo que sea el proceso está por investigarse. Esos cuatro puntos de partida sirven para el proceso o para otros actos jurídicos, y es obvio que aquello que mienta algo de todo el derecho, dice poco o nada de una rama especial.

g) Se vincula con estas teorías y no sólo con la última, la exposición de Carlos,<sup>213</sup> referente a la tesis del complejo de relaciones, sobre la cual señala que está representada por procesalistas italianos, principalmente Carnelutti, que la expone en varias de sus obras.

Al considerar el proceso en sus elementos, como nexos o vínculos que ligan a las partes y a sus defensores entre sí y con el juez o tribunal y sus órganos auxiliares, recíprocamente, en el ejercicio de su actividad múltiple, se constituye un complejo de relaciones que la ley procesal establece; configurando las categorías de poderes, facultades, deberes y cargas con las contrafiguras del derecho material: deberes, derechos y obligaciones.

Según Carlos, Carnelutti ha dicho que esas relaciones pueden semejarse a vínculos que se constituyen entre los diversos elementos del proceso; en el lenguaje de la anatomía podría decirse que son los nervios del proceso; así como el estudio anatómico no termina con el análisis de los huesos y de los músculos, de igual modo el estudio de la estática procesal no terminaría si, después de conocer a los sujetos y a los objetos, se intentara también estudiar las relaciones procesales.<sup>214</sup>

Concebido así el proceso, como un complejo de relaciones jurídicas, el estudio del mismo consiste no sólo en aislar sus elementos constitutivos, para exponer metódicamente la teoría de los sujetos que lo integran y la de los actos procesales que concretan su actividad múltiple, sino también su finalidad, es decir, cómo ese conjunto de vínculos se recogen en un haz común, gradual, y en constante movimiento, para lograr la paz, mediante la certeza jurídica que se obtiene por la sentencia.<sup>215</sup>

De este resumen de Carlos cabe decir que en realidad se echa de menos un concepto carneluttiano que ofrezca la figura dinámica. Al meditar sobre sus exposiciones se recuerda aquella crítica de Goldschmidt, en el sentido de que se piensa que el proceso es público porque se habla de relaciones públicas, como si bastara el mero calificativo para penetrar en

212 Página 104.

213 Op. cit., pp. 143 y ss.

214 Carnelutti, *Instituciones*, p. 169, *Sistema*, II, p. 647; Alsina, op. cit., I, p. 425, 2ª Ed.; Couture, *Fundamentos*, p. 139, 3ª Ed.

215 Carlos, op. cit., p. 144.

cierto ámbito. Así, en Carnelutti, se advierte que pretende contraponer un proceso dinámico a un proceso estático, o mejor, una consideración estática a una dinámica, con sólo pensar en la finalidad, en la imagen del movimiento físico mismo.

Podría utilizarse su parangón con las ciencias biológicas, para expresar que si la anatomía es un estudio de estructuras, de composiciones, y por ende de objetos en reposo, la fisiología es un análisis de funciones, de organización de operaciones. De la misma manera que la fisiología no puede aludir a consideraciones estáticas, el estudio procesal no puede estimarse dividido en capítulos de estática y dinámica. El proceso no es una estructura, es una función. De la circunstancia de que las categorías procesales, puedan contemplarse en abstracto unitariamente, no se sigue que se trate de consideraciones estáticas. Cuando se captan los elementos de una demanda, no se está deteniendo un curso o corriente, sino que se está abstrayendo algo que, por más que se le vea estático no tiene ese sentido ni puede captarse su significado en tal forma. De otra manera dicho, la estática del movimiento es una contradicción, una aporía: la fotografía no es cinematografía.

Lo que acontece es que de todo objeto de conocimiento cabe la abstracción, el sacarlo de su ambiente y mirarlo aislado, como algo que dejó de ser o todavía no llega a ser. La substracción del medio no convierte en estático lo que es dinámico, al igual que el corte perpedincular de un cilindro muestra un círculo y no un cilindro superficial. Esto advierte que los conceptos de los objetos dinámicos pueden ser estáticos sin que sean los objetos mismos: la voz proceso es el nombre estático de un objeto dinámico, como tal objeto, jamás se le verá estáticamente, ni se le podrá describir como una compraventa que sí es relación estática. El proceso, descrito sin instancias no es proceso sino la palabra de algo y como tal, al escribirse quedará estática, sólo eso.

Acción, jurisdicción, reacción, son, al lado de otras instancias, como peticiones, denuncias, reaceramientos, querellas, quejas y hasta las actividades auxiliadoras de los subalternos, un conjunto de operaciones. El proceso tiene, a más de esos contenidos, un sistema, una organización que predetermina su ubicación, el lugar en que al operar respectivo debe aparecer una conexión, así como los resultados eficaces.

Esto es lo que caracteriza al dinamismo procesal: eficacia forzosa en cuanto los actos, que al manifestarse, invocan como algo consustancial, una respuesta, sea de la contraparte, del juzgador o sea de terceros, auxiliares de las partes o del juez. Un auto que ordena una notificación no es una cláusula contractual que estipula, de una vez por todas una situación jurídica, sino un operar que conduce a otro.

Carnelutti se ha distinguido por sus invariaciones, riqueza técnica que olvida que en la cuantificación hay un arbitrio: el mirar o intuir a cierto

objeto y el darle cierto nombre; pero nada más, porque si el observador pudiera inventar también el objeto, entonces ya no sería genio sino algo metafísico con lo que es imposible dialogar.

#### 104 El proceso como estado de ligamen.

En la obra del profesor alemán Wilhelm Kisch,<sup>216</sup> se encuentran, tanto un ejemplo de doctrina alemana que impugna la teoría de la relación, como la presentación de una nueva tesis: el proceso como estado de ligamen.

Con la observación anticipada de que el proceso no es un estado, sino una sucesión, y de que no cabe hablar de datos estáticos sino siempre dinámicos, debe entenderse que Kisch no va a definir al proceso, sino a destacar alguna de sus características más notables: la liga o el ligamen que por virtud de la indispensable cooperación o colaboración de los sujetos se establece de manera peculiar.

Lo reducido del tratamiento que realiza Kisch, impide considerar esta teoría con la minuciosidad de las anteriores; porque fuera de la denominación y de escasos conceptos de referencia, poco puede estudiarse en la exposición. Comienza el autor por afirmar que los conceptos fundamentales del derecho civil, a saber: derecho, deber y relación jurídica, sólo en parte encuentran paralelo en el derecho procesal.

Hay, dice, ciertamente deberes del tribunal que tienen carácter jurídico público, y por tanto, distintos de las obligaciones del derecho civil. Tienen, además poderes que no son derechos en el sentido corriente, sino derivaciones y manifestaciones del derecho procesal. Reconoce la existencia de cargas de las partes, que no tienen derechos directos contra el tribunal o el Estado, pero sí posibilidades de producir efectos jurídicos determinados por medio de sus actos, constriñiendo al adversario y obligando al juez a tomar ciertas medidas. Esta capacidad puede considerarse como facultad y es de distinta clase, según la naturaleza y efectos que producen los diversos actos. Empero, en todo momento hay que insistir en que estas facultades son fundamentalmente diferentes de las figuras análogas de derecho privado.

Así, pues, las partes se encuentran una frente a la otra, como parte activa y pasiva, y por lo mismo, no existe entre ellas ninguna relación jurídica: en el sentido en que corrientemente se toma el concepto, si bien cada uno de los actos procesales pueden dar origen a un estado de ligamen.<sup>217</sup>

Parece desprenderse de sus palabras que esos ligámenes son actos de fuerza vinculante: del tribunal a las partes, de las partes al tribunal, de una a otra y aún a sí mismas. El vínculo principal es la demanda, que

216 *Elementos de derecho procesal civil*, Trad. L. Pietro Castro, Madrid 1940, pp. 20-1.

217 *Zustand der Gebundenheit*.

constríe al actor a instar, al demandado a defenderse y al tribunal a decidir. Al volver sobre sus pasos, el autor reconsidera el repudio inicial y afirma que, en último término, puede llamarse relación jurídica a este vínculo, pero sin olvidar que el concepto tiene una significación completamente peculiar.

Las características de estos ligámenes son de límites y contenido imprecisos, dilatándose cada vez más a medida que avanza el proceso, y por consiguiente alcanzando una mayor precisión y exactitud, de manera que al final la emisión del fallo tiene clase y contenido determinados que precisan a su vez un límite y un contenido. El desarrollo del proceso no es sino el avance hacia el fallo, meta final del procedimiento, Dentro de él, puede predecirse si la meta está próxima o lejana, de acuerdo con los estados de ligamen surgidos. Por último, cada etapa de desarrollo en que pueda encontrarse es llamada situación o estadio.

A pesar de lo lacónico del mensaje, no obstante su apariencia de conciliación de doctrinas opuestas, y su aplicación ecléctica, lo cierto es que Kisch descubre particularidades de gran significación y realidad. La tesis no desenvuelta en su amplitud, probablemente porque esperaba hacerlo en su Tratado, se presenta en forma que impide ahondar en las premisas; pero como afirmaciones relevantes se pueden destacar la noción de fuerza vinculante trifásica: tribunal y partes por un lado, partes entre sí por otro, y finalmente la misma parte.

Cierto es que en el último concepto podría encontrarse una noción semejante a la de carga a la manera de Goldschmidt, pero también lo es que por medio de esta idea se puede llegar al concepto de preclusión, lo que va más allá de un ficticio imperativo del propio interés, o su reverso de desventaja procesal, para desembarazo de ella en la ocasión propicia. La vinculación de la parte no es hacia ella misma, sino que por obra de ella se da lugar a una estancia en el proceso. Se trata de explicar que, tanto el estar en el proceso, como el actuar en él, entrañan para la parte ligámenes más o menos simples, consecuencias que la ley imputa consecuentemente, sea que el sujeto esté activo, que resista o que se muestre contumaz. Es de tal manera interesante esta idea, que basta pensar en los resultados de una contumacia involuntaria por falta de citación: el proceso vincula al contumaz, ya que de otra manera no podría alegar violación a sus garantías constitucionales.

Así pues, entre la caracterización de Goldschmidt respecto a la situación jurídica, como aquella en que las partes se encuentran con respecto al derecho material a consecuencia de que el mismo se ha hecho valer procesalmente,<sup>218</sup> y la de Kisch como estado de la etapa procesal misma, con respecto a su desarrollo, no hay duda de la superioridad de la última, menos conocida y comentada; porque además, coordina con la

naturaleza de los ligámenes, el que siendo inicialmente de límites y contenido imprecisos, se van delimitando y precisando a medida que el proceso se desarrolle. El proceso, pues, no queda definido, pero su descripción sí es dinámica, netamente procesal y **ligada**.

En lo referente a su repudio inicial de la relación jurídica y su posterior admisión peculiar, debe decirse que en Kisch el vocablo relación procesal es sinónimo de una teoría, de una posición doctrinaria, y no de una noción científica especial. Lo importante no está en dejar establecido que el proceso **contiene** relaciones y, por supuesto, relaciones procesales, sino en precisar la consistencia de ella, su **función**, su **objeto** que no sirve para distinguir, para sistematizar, sino para identificar, porque en ningún ámbito jurídico hay otros **ligámenes** como los procesales; aquí lo característico es la **serie** de instancias **proyectivas**. Si fuera posible que en otro campo apareciera tal tipo de instar, entonces habría terminado, no sólo la peculiaridad de los ligámenes, sino de lo ligado, y el proceso estaría lindando y confundiéndose con un procedimiento bilateral como muchos administrativos de oposición a concesiones, permisos, licencias y autorizaciones en general. El ligamen es, por ende, resultado de lo peculiar del proceso: su **proyectividad** en las instancias que van reiterándose en serie, y esto no lo vio Kisch, o por lo menos, no puede decirse que se infiera de su obra.

### 105 El proceso como entidad jurídica compleja.

Gaetano Foschini, en dos trabajos presentados sucesivamente en la *Rivista di Diritto Processuale*,<sup>219</sup> denominados respectivamente **Natura Giuridica del Processo**, y **La complesione del processo**, expuso una tesis publicística diferente a las anteriores.

Sus primeras palabras son muestra de su posición original, al decir en el párrafo inicial del trabajo sobre la naturaleza del proceso, que el más inmediato conocimiento que el proceso ofrece de sí mismo, es el de una pluralidad de elementos: actos varios, situaciones diversas y relaciones diferentes; y, posteriormente, el de una unidad, en cuanto todos estos **elementos** se encuentran estrechamente coordinados entre sí. En este combinarse de la pluralidad con la unidad, en el cual reside la posibilidad misma de concebir al proceso como una entidad jurídica, se inserta el problema de su naturaleza.

La consistencia del proceso resulta una complejidad, lo que no es igual a complicada combinación de actos, de situaciones y de relaciones, sino que es, efectivamente, la unidad compleja, resultante de la invariación de esos tres contenidos.

<sup>219</sup> Anno III, N. 2, Giugne 1948, Parte prima, p. 110; y Anno IV, N. 1, Marzo 1949, Parte prima p. 15.

En el fondo, Foschini reúne tres perspectivas: el aspecto normativo abstracto, el aspecto estático concreto, y el aspecto dinámico también concreto. Estos tres **elementos** se presentan como relaciones, situaciones y actos o hechos jurídicos. El proceso, desde un punto de vista abstracto o normativo, es una relación jurídica compleja; desde el punto de vista concreto pero estático es una situación jurídica compleja; y desde el punto de vista concreto pero dinámico es un acto jurídico complejo. Son, pues, tres aspectos de la misma realidad jurídica, o de perspectiva procesal.

El autor reconoce que esta no es la concepción corriente, puesto que se entiende por relación, salvo variedades secundarias, una relación social regulada por el derecho; por acto jurídico, un acuerdo al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica; y por situación, una fase o grado de desenvolvimiento de una relación. Estas nociones han impedido la concepción unitaria del proceso, puesto que la doctrina se ha visto forzada a calificarlo como una de las tres especies que en el fondo, están implicadas en un género más amplio.

Ahora bien, si los tres conceptos son realmente irreductibles, en tanto se mantenga el sentido que corrientemente se les da, ello no significa que expresen tres diversas realidades jurídicas, sino tres aspectos de la misma realidad, de tal modo que los tres vienen a encontrar su coincidencia en la perspectiva. En efecto, entre situación jurídica y acto jurídico, no hay más diferencia que entre ser y devenir, la cual se encuentra porque el primer punto de vista es estático y el segundo dinámico; pero si en la realidad no pueden separarse ser y devenir, la distinción es puramente lógica, porque el acto jurídico no es sino la situación vista en su devenir, y la situación no es sino el mismo acto visto en su ser.

Acto y situación, perspectivas de la misma realidad, como lo dinámico y lo estático respectivamente, son empero aspectos concretos. La realidad puede ser vista también en su modo abstracto; en tal caso se observa la relación jurídica. Está reconocido, afirma el autor, que la relación tiene como base orgánica y empírica a la relación social o económica, de manera que aquélla debe ser un concepto universal, una categoría espiritual, una abstracción, un **a priori** lógico, como lo entienden los filósofos de la escuela kelseniana, o un **a posteriori** deducido de una generalización como lo miran los dogmáticos al estilo de Savigny y Jhering, En el primer supuesto, la relación sería un concepto puro, en el otro un concepto más propiamente abstracto, pero nunca una entidad empírica o **concreta** (sic).

Si no se quisiera seguir a Kelsen, porque en él todo el derecho se convierte en una relación jurídica; se puede pasar del punto de vista abstracto al real, para advertir precisamente, que se presenta como acto jurídico, en su momento dinámico, o como situaciones en el estático.

La relación jurídica parte del punto de vista de la normatividad de la realidad, de su consideración en función de la norma que jurídicamente le califica; es la realidad vista desde el punto de aplicación de la norma como expresión de su necesidad jurídica, de su deber ser.

La relación no es sino la situación en su deber ser, o también, el acto jurídico mismo en su deber devenir. Por ello, los tres representan la propia realidad bajo los tres aspectos del ser, del devenir y del deber ser: situación, acto y relación respectivamente.

En conclusión, el proceso desde el aspecto estático es una situación compleja; en el dinámico es un acto jurídico complejo; y en el normativo es una relación jurídica compleja también. Ello no significa que los tres aspectos, por referirse a la misma realidad sean conocimientos equivalentes del proceso, con lo que pudiera considerársele sólo desde uno de ellos; tal como una moneda no puede conocerse sino examinándola por el anverso y el reverso, esos tres aspectos han de estar presentes en el conocimiento, porque sólo de su composición ideal resulta la representación de ese fenómeno jurídico, extraordinariamente complejo en que consiste el proceso.

a) Posteriormente a estas explicaciones del profesor de la Universidad de Camerino, en su artículo **La complessione del proceso** ahonda en la compleja estructura. Dice al iniciar el trabajo, que el ser mismo del proceso, su complejidad, es un hecho claro y notorio. Por otra parte, su complejidad es en gran parte conocida y en otras ignorada, y consiste en lo concreto de esa complejidad.

La constitución del proceso puede ser objeto de investigación desde dos aspectos diversos, que en cierto punto aparecen diferentes. Uno mira a su materia, el otro a su modalidad. El primero indaga por la esencia del proceso, el segundo por su estructura. Entre ambos problemas hay la misma diferencia que existe en el estudio del cuerpo desde la bioquímica y la anatomía. El primer problema fue objeto de la doctrina desde la segunda mitad del siglo pasado, que comenzó a ocuparse de la diferencia entre acción y derecho subjetivo. Esta investigación no ha conducido sino a descubrir la intrincada realidad jurídica procesal.

Luego de repetir que las tres posturas doctrinarias del proceso como acto, relación y situación no son sino tres perspectivas de una misma realidad compleja, afirma que mirar al proceso como un complejo es contemplarlo en la pluralidad de sus componentes, reducidos al común denominador de su género en sentido tomístico.

Pero además de la pluralidad, el proceso puede ser visto en su unidad; lo que equivale a decir que, por ejemplo, un complejo de situaciones jurídicas, puede ser visto como una situación jurídica compleja, y, respectivamente, como acto o relación jurídicos complejos en visión monística.

Ello es posible porque la complejidad es un fenómeno de combinación de la pluralidad con la unidad. La modalidad de esta combinación, el cómo la pluralidad se combina en la unidad, corresponde al problema de la estructura del proceso. Se trata de conocer cuáles son los elementos constitutivos del proceso y, sobre todo, de la forma en que se han agrupado y combinado. Esta es la visión anatómica del mismo.

Insiste Foschini en que los elementos simples constituyen el proceso a través de agregación y combinación de entidades complejas, de grado cada vez mayor, y por ello supercomplejo. Para conocer la estructura es menester el conocimiento de esas entidades complejas en que se descompone el proceso. Por ser triple el aspecto de la esencia, triple debe ser la estructura, pues la estrecha correlación entre sustancia y forma se proyecta en la naturaleza dialéctica del pensamiento.

Al glosar su primer trabajo, el autor lleva a cabo uno de sus principales postulados a una aplicación más detallada. Dice, por ejemplo, respecto a la perspectiva del acto jurídico, que se debe particularmente al descubrimiento de que el acto complejo, no es una especie sino un género, que comprende varias especies, y que dentro de ellas, se encuentra la del acto progresivo, el cual conduce al acto procedimiento, o al procedimiento mismo. Es por esto que el acto complejo constituye una serie de actos más unidos en el sentido de que ciertos actos forman el presupuesto de otro y los primeros están coordinados y dirigidos a la consecución de su objeto y terminan en el acto a cuyo cumplimiento le reconoce efecto jurídico el acto complejo.

La unidad del proceso y su estructura, se aclaran en la relación de proceso a procedimiento. La relación no es una particularidad, en el sentido de que el procedimiento sea sólo la parte del proceso en vez de la totalidad, sino su identidad, aquello que está implicado en la complejidad, por cuanto la entidad compleja es, y no puede dejar de ser, la misma cosa que le constituye.

El proceso es, ante todo, el mismo procedimiento, y más particularmente, es un procedimiento complejo, esto es, está constituido por los procedimientos; lo que, en otras palabras, significa que es un acto complejo, constituido por otros actos puramente complejos. Esto se corresponde con lo explicado antes: el proceso tiene una complejidad de grado supremo.

La composición del proceso está en la base de la sistemática de la ley, y en el uso de la práctica, no con simple valor descriptivo, sino de verdadera y propia anatomía del proceso; por ello es claro que el valor de la investigación de la estructura dinámica del proceso, no se descubre sino en el simple hecho del conocimiento, y además, le trasciende, porque hace posible comprender la razón y el límite de todos aquellos principios por los cuales los defectos de un acto procesal, se extienden a toda la

serie de actos y al mismo tiempo, no pueden dejar de extenderse ni hacerlo hacia otra cosa. Puede pensarse en el principio de la extensión de la nulidad de un acto a otros actos<sup>220</sup> y a la delicada cuestión del derecho procesal internacional e intertemporal.

Mayores dificultades presenta la investigación de la estructura normativa del proceso, visto como un deber ser; porque la elaboración de la teoría general de la relación jurídica está más atrasada que la del acto jurídico, del que nace y aún no se emancipa. Tal se ve en la concepción de la estructura y de la relación, como vínculo bilateral entre las partes por un lado y el juez por otro. Es bien conocido el hecho de que para algunos, la relación no se establece entre el juez y las partes sino entre las partes mismas,<sup>221</sup> y que otros, le entienden como estructura angular que hace vértice en el juez y se desenvuelve entre las dos partes.<sup>222</sup> Todavía otros llegan a pensar que es una estructura triangular y algunos más hablan de estructura poligonal que incluye a los sujetos accesorios y a los eventuales.<sup>223</sup> En realidad, por estas y otras complejas tentativas de configurar geoméricamente la estructura del proceso, se advierte que se está frente a una lógica meramente formalista, razón por la que en este camino se ha perdido todo el contacto con la substancia de la relación sin haber advertido en definitiva que se negaba su propia existencia.

De la misma manera que la combinación progresiva de los actos da el procedimiento; en la perspectiva normativa, la combinación condicional de la relación jurídica lleva al ordenamiento. Esta conclusión es de la mayor importancia para el fin de la investigación de la estructura normativa del proceso, porque permite comprender que es, desde esta perspectiva, una relación jurídica convencionalmente super compleja, es decir, un ordenamiento compuesto de otros ordenamientos menores que siempre ha sido posible dividir en su complejidad para llegar hasta las relaciones jurídicas simples.

El proceso, desde el punto de vista normativo, o como puede ahora decirse, el ordenamiento procesal, consiste en la peculiar colaboración de las partes con el juez. Lo cual lleva a dividirlo en tres ordenamientos menores: los de la jurisdicción, los de la acción y los de la contradicción. La acción no es un poder sino un haz de poderes en un sistema de relaciones,<sup>224</sup> así también la jurisdicción y la contradicción, aunque la idea de esta última sea más confusa.

Si la dificultad del análisis de la estructura normativa del proceso se ha visto más difícil que la de la estructura dinámica, la dificultad au-

220 *Semel praesens semper praesens*, artículos 427, 428, 434, 3º y 4º del Código de procedimiento penales italiano.

221 Kohler.

222 Rocco, Kirkmeyer.

223 Florian, De Marsivo, von Hippel.

224 Como diría Carnelutti, *Lecciones*, II, p. 14.

menta cuando se pasa a la estructura estática del mismo; la razón está en que la teoría de la situación se halla apenas en su inicio. La misma noción de situación jurídica, descubierta primeramente por Kohler y tratada con amplitud por Goldschmidt, permanece aún en estado primario.

Para resolver la dualidad de idea y materia, o sea la de la relación y la situación jurídicas, Foschini acude a la filosofía de Croce y Gentile, para concluir afirmando que la realidad es al mismo tiempo idea materializada y materia ideada. Resultará claro que la realidad jurídica, en su perspectiva estática, en su ser jurídico, es la realidad en cuanto se le percibe jurídicamente, lo que equivale a decir que jurídicamente se le cualifica, que se trata de una realidad jurídicamente juzgada. Esta es la situación jurídica, un juicio jurídico, un juicio como actividad de juzgar que es la perspectiva dinámica, como síntesis de la cualidad jurídica que no es más que la idea jurídica, y del dato material que, sin embargo, sólo a través de su calificación jurídica se deja capturar completamente.

Situación jurídica es entonces lo real jurídico, la realidad jurídica cualificada. Todos los fenómenos pueden ser vistos como situaciones, basta que en vez de mirarlos en su devenir, como actos, o en su deber ser, como relaciones, se les vea en su ser jurídico. Ahora bien, la situación, como la nota y el color, tienden a la combinación; una combinación de calificaciones jurídicas constituye, por ende, una situación jurídica compleja. Y porque son diversos los modos de combinarse, se comprende que, tal como sucede con el acto y la relación complejos, la situación compleja sea un género en sí.

De manera que el proceso, que entra precisamente en la figura de situación compleja, debe calificarse como construcción jurídica, por corresponder a lo que en el campo de la filosofía se llama construcción lógica, pero dándole el sentido de síntesis de una compleja cualificación del dato empírico de ahí que juzgar signifique construir, dar forma a la materia, y en efecto, el proceso como situación compleja o construcción, se descompone en una situación material, una situación formal y una situación instrumental. La material es la **res judicanda**, que cuando es construida deviene en **res judicata**. La formal es una figura que plasma la materia y que se distingue en objetiva por el contradictorio y subjetiva por el oficio judicial que, a su vez, se descompone en el sentido de Carnelutti, en oficio del juez, del actor y de la defensa. La instrumental está constituida por las situaciones jurídicas que se evidencian en su naturaleza de juicio, fundamento y prueba.

b) De todo cuanto queda dicho, aparece que enjuiciar la tesis de Foschini puede significar una crítica de la concepción misma de Croce y Gentiles, de quienes toma el método creacionista, según el programa del idealismo, o bien el perspectivismo de un Ortega y Gasset, al que se acerca manifiestamente. Pero también puede representar sólo una observación de

la teoría procesal, lo cual se logra sin salir del estrecho campo de esta rama jurídica.

Su tesis es una construcción compleja, no por dificultades en su análisis, sino por las complicaciones de los elementos, o mejor aún, por la pretensión de complicar en una idea tres perspectivas. El perspectivismo sólo tiene sentido cuando, respecto al objeto de conocimiento, se le conceptúa volumétricamente, entonces es factible desglosar superficies, datos particulares con finalidades didácticas y clasificatorias, o cuando una totalidad, un ambiente o una constelación de fenómenos, organizados o no, son enjuiciados desde diferentes puntos de vista para entender la influencia de sus distintas energías, tal y como sucedería si al fenómeno social se le percibiera sucesivamente como dato jurídico, económico, político, educativo, técnico y demás. Pero el perspectivismo aplicado a conceptos que, siendo materia de invariaciones, no tienen volumen, no tienen superficie superior, ni inferior, ni anterior ni posterior, es tanto como tomar la fantasía por la realidad, lo metafísico y sin sentido, por lo ideatorio y conceptual. Hablar del proceso como de una complejidad o una supercomplejidad, es hacer poesía, es invariar palabras asignificativamente, es restar sentido al contexto de las proposiciones, es olvidar la regla semántica.

Desglosar esa complejidad ficticia es caminar por el ancho campo de la metafísica, ahí donde nadie rinde cuentas ni nadie las puede pedir, ahí donde todo es inverificable. El argumento más fácil de encontrar contra tal síntesis artificial si no es que artificiosa, es el ya utilizado antes para las otras teorías. En el supuesto de que el proceso fuera un complejo, tomando los términos con ese sinsentido de Foschini, otro tanto se podría decir del procedimiento legislativo o del administrativo, de las instituciones familiares a las que el mismo autor acude para ofrecer ejemplo de una situación jurídica. Sea como estructura, como esencia, como abstracto o como concreto, en el sentido siempre de Foschini, en el aspecto dinámico o en el estático, como visión tomística o monística, todo fenómeno jurídico resulta una entidad compleja. El procedimiento administrativo de divorcio, según la idea de Foschini, tendría un aspecto normativo o abstracto, que correspondería a una relación compleja, un aspecto estático o concreto que representaría la situación jurídica y un aspecto dinámico concreto que se referiría a los actos también jurídicos. Cabe preguntar en qué se diferenciarían de un proceso, si también lo serían en mayor o menor complejidad, y se inquiriría cuál puede ser su peculiar distinción entre otros fenómenos semejantes como el matrimonio o la filiación, que igualmente constituyen complejos y procedimientos o formas administrativas.

Poca es la utilidad que se puede obtener en el campo procesal de esta tesis, porque en definitiva deja al fenómeno en la indistinción, sin claridad ni precisión jurídicas. De otro lado, tiene el defecto capital de relevar

de una descripción peculiar al jurista, porque bastaría aludir a la complejidad para expresar con un concepto elástico y ambiguo, lo que no se haya podido resolver directamente. La prueba de ello está en esa ecléctica adición perspectivista de las tres corrientes a que alude, no porque en el fondo sean realmente incompatibles, pues todo depende de traducirlas al mismo nivel de lenguaje, sino porque sin analizar si las tesis se acomodan a la descripción que de ellas ofrece, le basta con invocar el término complejidad para sumar teorías que califica de sendas perspectivas, no del objeto<sup>225</sup> en sí, sino del concepto que busca. Esto es, para llegar a la idea de que el proceso es un supercomplejo entitativo, sostiene que sus elementos también complejos, son las tesis, posturas, o doctrinas anteriores. Entonces, no se trata de demostrar que el objeto de conocimiento sea en verdad complejo, sino que resulta complicado el tratamiento complejo, lo que evidencia una tautología y un círculo vicioso.

Foschini intuye certeramente que la relación es un concepto, pero en lugar de buscar su significado, lo que en la evidencia se encuentra como mencionado por la palabra, procede a combinar esa realidad, que ahora deja de serlo por estar también conceptualizada o simplemente mentada, referida por la palabra, no es el complejo sino la referencia a él. Esto equivale a sostener que una cosa es la blancura como idea y otra la blancura en lo real: da un ficticio complejo de blancura, y si esto es añadido con la idea de que algo deviene, que llega a ser o deja de serlo, entonces aparece un supercomplejo de blancura tan imaginario como todo lo que es falsa ampliación del conocimiento a base de abstracción de propiedades sobre anteriores cualidades del vocablo.

Por lo demás, la entidad jurídica compleja, no sólo es aplicable a los actos y procedimientos administrativos o legislativos, sino a todos los judiciales. De este modo acontece que siendo cuestiones de verdadera relevancia teórica y práctica, las consistentes en distinguir, por ejemplo, entre el negocio judicial llamado **jurisdicción** voluntaria, el procedimiento cautelar, el de ejecución, el disciplinario y el procesal, todos los cuales pueden interferirse en cierto momento, para poder decidir o discriminar sus efectos en lo procedimental lo mismo que en lo resolutivo, la teoría de Foschini se muestra impotente para ofrecer el menor punto de apoyo. Compleja es la llamada **jurisdicción** voluntaria, y complejo el proceso, entonces, ¿en qué o cómo podría separar lo procesal de lo negocial? Sus complejidades tienen el sentido que podría encontrarse en un análisis estético a base del colorido de los cuadros, y así sucedería que dos obras con semejantes tonalidades serían complejas, lo que no bastaría para distinguirlas.

Es preciso convenir en que si para algo sirve la noción del proceso, es para pugnar por la aplicación de los principios técnicos que le son consustanciales. Un proceso, entendido como algo complejo, nada dice de lo

## 84 El proceso como servicio público

que le caracteriza y aparta de otras figuras, nada enseña sobre qué deba respetar el legislador para no expedir una normatividad que, llamándose procesal, sea meramente procedimental; tampoco muestra qué es lo que deben hacer los sujetos que intervienen, cuáles son los efectos de la presencia del proceso en el mundo jurídico. Ahí donde el proceso aparece, debe ser reconocido por sus datos definitorios, necesariamente inferidos de la concepción **a priori**. Bien puede el legislador variar la bilateralidad de la audiencia y este procedimiento cercano o puramente inquisitorio, seguirá siendo entidad jurídica compleja o supercompleja como lo pregona Foschini.

En resumen, cuanto se elabore alrededor de la naturaleza del proceso, no puede ser un conjunto de elucubraciones secundarias, marginales o circunstanciales, tampoco falsas ampliaciones de conocimiento, sino precisión de sus notas constitutivas ineliminables. Este lenguaje de Foschini sigue siendo ejemplo de una terminología poética como le califica Carnap, un conjunto de proposiciones metafísicas, inverificables en lo que importa, en la captación, por medio de la palabra, del fenómeno jurídico. Si no hubiera proceso, o si todo lo judicial fuera procesal, entonces habría cierta razón para decir: lo judicial es complejo, pero ya se sabría que judicial determina al vocablo proceso. Lo administrativo sería otra cosa pero no proceso. En cuanto hay proceso dentro de los procedimientos de la Administración pública, como para las contiendas sobre marcas y patentes, el invocar lo judicial es impropio, es insuficiente en varios sentidos y, sobre todo, perjudicial.

### 106 El proceso como servicio público.

La idea del proceso como servicio público ha sido expuesta, entre otros, por Giuseppe Guarneri, que la ofrece particularmente en su aplicación al ramo penal. Con todo, ya se ha recordado que Enrique Redenti hace algunas alusiones que no llegan a formar verdadera tesis.

Guarneri, en realidad, se encarga de recoger una postura francesa, proveniente del campo administrativista y la condensación aparece en su obra **Sulla Teoria Generale del Processo Penale**.<sup>226</sup>

La doctrina, expresa, se originó en Francia y sus citas bibliográficas corresponden a Duguit,<sup>227</sup> Jéze<sup>228</sup> y Nezard.<sup>229</sup> Se comenzó por considerar que la actividad administrativa, en sus varias formas, es aquella que encuentra a la jurisdicción en su ejercicio concreto, a través del proceso, para alcanzar el servicio público. Esto parece evidente en el origen histórico de los tribunales de Francia, donde se constituyeron como una

226 Milano, 1939, pp. 73 y ss.

227 *Traité de droit constitutionnel*, París 1921.

228 *Le service public*, *Revue de drept public*, Bucarest 1926.

229 *Elements de droit public*, n. 188.

emanación directa del poder político, fenómeno que no aconteció en otros países. El poder que se ejercía sobre ellos, significó un control disciplinario que no se distinguía orgánicamente del administrativo. La función jurisdiccional estaba ordenada por el Parlamento como una estructura puramente política. Natural, entonces, que por congruencia con esta situación, la doctrina siguiera considerando a la actividad jurisdiccional desde el punto de vista del servicio público; esto es, como a una actividad material, técnicamente puesta a disposición del particular para ayudarle a la consecución de su propia finalidad, actividad que no es diversa de aquella por la cual el Estado organiza el servicio ferroviario o el servicio postal. Tal tesis fue recogida en Italia por Guido Zanobini.<sup>230</sup>

Se advierte cómo la última comparación tiene una aplicación semejante en el citado Redenti. Importa ahora advertir que las premisas de la teoría francesa, llevan a conclusiones peculiares, inconsistentes aún dentro del mismo campo administrativo, puesto que entre el servicio público y la competencia administrativa hay serias diferencias, y las relaciones entre la autoridad y los particulares no son en todos los casos como las que aparecen en el servicio de correos. No basta, por ejemplo, que el particular solicite en todo supuesto, para que la autoridad conceda, como es el supuesto del correo, donde la colocación de las estampillas obliga a lo pedido, a la satisfacción del interés individual.

En este sentido, la norma no tiene carácter jurídico como creación de relaciones jurídicas, sino que regula los medios para la consecución de un fin. Afirma Guarneri que en Italia se han adherido a esta concepción Flora<sup>231</sup> y Raggi.<sup>232</sup> De todas maneras, es obvio que la tesis ha sido recogida por autores dedicados al derecho administrativo y muchas veces meramente al financiero; por ende, dentro de la posición que intenta la asimilación de lo jurisdiccional con lo administrativo es poco menos que interesada, fraccionaria y poco profunda.

El autor observa ya,<sup>233</sup> que no debe ser aceptada la tesis en forma absoluta, pero con ello inicia un rechazo que no llega a ser definitivo; pues debe notarse que tal doctrina está afectada realmente de todos los defectos ya analizados en otras posiciones en las que preponderará la atención sobre el acto de la decisión. Pero, además, aquí se está considerando a la jurisdicción con una idea que ha venido abandonándose en todas partes, aún en la misma Francia, como se vio al estudiar la exposición de Lam-pué.<sup>234</sup> Sobre todo, el Estado no es siempre quien provee a la actividad jurisdiccional, el arbitraje privado, en pleno auge actualmente, es prueba de lo contrario.

230 *Corso di diritto amministrativo*, Roma 1936, p. 11.

231 *Scienza delle finanze*, p. 24.

132 *Servizio pubblico e demanialità*, Firenze 1909, p. 81.

233 Página 74.

234 *Supra* Nos. 77 a 79.

Es verdad que el Estado, en su más elevada actividad que es la impartición de justicia, resulta concebible por la tutela de los intereses particulares; pero no está en el caso de un servicio que necesariamente debe concederse a quien lo pida, tal y como lo solicita, porque en el proceso hay un objeto que es el debate y, en esta virtud, la resolución es de un dilema, lo que está bien lejos del transporte del correo, simple problema del porteador. A ello, debe añadirse que, desde la perspectiva contraria, también al proceso se llevan dilemas de orden público, o entre particulares y autoridades.

Sin embargo, estos no son los principales argumentos que pueden esgrimirse contra tal doctrina. Lo trascendental está en convertir en servicio lo que es una función. Por ello Guarneri afirma que, por más que se prescindiera de ciertos detalles, que son ciertamente decisivos, se observa que con esta tesis es imposible distinguir servicio y función públicos.

El argumento de Guarneri tampoco es contundente, pues en la página 75 explica que de esta manera puede llegarse a una notoria confusión en perjuicio del prestigio del Estado, del servicio y de la función, y que toda la actividad del Estado se reduciría a una mera actividad técnica, con lo que se comprende que la justicia se vería disminuida, quedaría reducida a una cosa puramente empírica, mecánica, casi material, a una actividad frente a la cual el individuo se presentaría como un contratante privado, con fines puramente egoístas. El interés particular se considera no sólo como condición y presupuesto, sino como medio para la satisfacción del interés público.

La incompatibilidad entre esta concepción y el proceso penal, no ha podido ser resuelta. Este proceso tiene un objeto fundamentalmente público, que se inspira en un criterio ético social. Se plasma y se da, de un modo totalmente particular, y en vista de los intereses superiores que tiende a cumplimentar. Para conferirle ésta, que es su cualidad más importante, el ministerio público, funcionario estatal, actúa solamente en interés de la ley.

Quizás el defecto principal que Guarneri encuentra en esta doctrina es su generalidad, la extensa denotación de su significado, pero supone que ha aportado el descubrimiento de la aplicación de normas técnicas en el proceso y que es el antecedente de las invariaciones carneltuttianas.<sup>235</sup>

La gran amplitud del concepto de servicio público, constituye la principal objeción a la doctrina, pero no puede desconocerse su cualidad de haber destacado lo que de técnico existe en las normas atinentes al proceso. Se cae, por tanto, en la esfera de la relación jurídica y en presencia de una situación similar a aquella que se manifiesta con la demanda de

un servicio público. Así enteñida, dentro de estos límites, la noción puede ser de la mayor utilidad, termina diciendo en la página 76.

Concluida la exposición de Guarneri, queda la impresión de su escasa importancia, la que bien podría limitarse al intento de comparación, nunca de asimilación, entre la actividad jurisdiccional y la administrativa. Pero es el caso que la preocupación fundamental radica, por ahora, en capturar la naturaleza del proceso, y en este sentido, la noción de servicio público es realmente inoperante.

Como expresa la práctica: suponiendo, sin conceder, que la jurisdicción fuera un servicio público, todavía quedaría por investigar cómo es diferente a otros servicios, en qué lo es: su naturaleza propia. Si la única razón para estimar a la jurisdicción como servicio, es la coincidencia de la demanda, o la comprobación de que el juez también lleva a cabo la aplicación de normas técnicas, entonces, bien puede responderse a esta doctrina, que nada tiene de asombroso ninguno de estos casos, primero porque la demanda no es sino la ineludible expresión de los actos que tienen un sentido jurídico de mecanicidad y que, por ende, dan lugar a los procedimientos. Segundo; porque el valor técnico es, como ya se ha dicho, propio de las construcciones jurídicas que se dan, no sólo en lo administrativo, sino en lo legislativo, en lo jurisdiccional o en lo convencional.

Algo apreciable hay en esta tesis, no por lo que tenga de positivo, sino precisamente por sus aspectos negativos. No se trata de que la idea del proceso como servicio público, sugiera algunas interesantes aplicaciones de los conceptos del derecho administrativo, sino de que se han destacado nociones que en otras doctrinas estaban un poco veladas: tales como la del servicio público en sí. Es sabido que ni siquiera para caracterizar al acto administrativo se utiliza ya el concepto de servicio público;<sup>236</sup> pero no deja de ser interesante intentar una delimitación con respecto a la función.

Si bien los autores suelen afirmar que servicio y función públicos son distintos, que las ideas de uno y otra no pueden asimilarse, son escasas las noticias que se dan respecto a las mentadas discrepancias. La función es el ejercicio de una actividad estatal, propia de su significado de empresa de gobierno. Por ello, cuando se señala a la jurisdicción entre las funciones del Estado, y luego se sostiene que el arbitraje es actividad jurisdiccional, aunque realizada por particulares, se lleva a cabo una manifiesta contradicción. La función no es la actividad del Estado, sino que las actividades del Estado dan origen a una función. En otros términos dicho, la

236 Cfr. Ernest Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Trad. Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junger, Madrid 1958, p. 279; Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, Bs. As. 1963-1965; Eduardo Morgan *Los recursos contenciosos administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño*, Panamá 1961, p. 132-3; Allan-Randolph Brewer Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas 1964, p. 120.

creación de reglas: la legislación, es una actividad que pueden tener y tienen los particulares, los sujetos sin investidura oficial, como aparece en los reglamentos interiores de cualquier asociación. Pero mientras la actividad en sí no es índice de pertenencia a los órganos oficiales, porque lo mismo que el operar con un patrimonio ajeno es administración pública o privada, la jurisdicción será pública o privada según quien la realice.

No es la operación: legislar, administrar o ejercer jurisdicción, lo viene a obtener la calidad. Entonces, para saber si una cierta actividad es oficial o estatal, es menester revisar las leyes constitutivas del país. La actividad tampoco caracteriza al sujeto, éste como aquélla, pueden ser oficiales o particulares. La jurisdicción en manos de los particulares sigue siendo jurisdicción, la legislación y la administración sufren semejantes eventualidades, y es por ello que toca a la doctrina definir, dar el significado unívoco de los vocablos.

Si el proceso puede ser dirigido por una autoridad estatal lo mismo que por una extranjera, por una eclesiástica o por un particular, lo importante radicará en saber que la actividad es función en lo que tiene de autorización para hacer efectiva una atribución. La función se distingue del servicio, no en la nota de atribución, porque ambos la tienen, o pueden tenerla. Servicio y función tienen elementos de distinción materiales, en contra de lo que sucede con uno de los términos si se le quiere contrastar por el sujeto que realiza la operación. Todo viene a concluir en la competencia: la función y el servicio serán oficiales cuando competen a un órgano público. Algunas veces dotar de agua potable fue un servicio privado, otras lo fue construir caminos o puentes y transportar personas o bienes. Las agencias de viajes han sido negocios privados hasta el momento en que el Estado decidió declararlos servicio público, como los estacionamientos que son objeto de concesión, etc. Pero servir es dotar de bienes o prestaciones concretamente determinados, en tanto que funcionar es actuar objetivamente. Así, la función legislativa no dota sino que es la actividad por la que las normas entran en vigor. La jurisdicción no dota, sino que es la actividad con la que se dirige al proceso. Y la administración pública pura es la operación del patrimonio de la empresa de gobierno. Si al órgano administrativo se le encarga, también, un servicio público, tal hecho viene a mostrar el crecimiento de las atribuciones: el Ejecutivo administra, rinde servicios públicos, entra en la actividad financiera y empresarialmente en las actividades industriales y comerciales, tradicionalmente pertenecientes a los particulares. Hoy, el Ejecutivo ha dejado de ser mero administrador para ser un ente más en la economía, en la educación, en los fenómenos sociales en general. Por ende, decir que el proceso es servicio público porque lo presta el Estado, es decir nada, y a nadie se le ocurriría pensar que porque el Estado vende y compra los cosechas a través de organismos descentralizados, realiza un servicio público

y menos aún un servicio público procesal. O viceversa, como el proceso lo suele dirigir un órgano público y también un órgano público cuida los bosques, ambas actividades son similares. En fin, el servicio público puede ser concesionado, y tampoco ha pensado nadie que en Roma se concesionaba la jurisdicción al árbitro privado. El Estado controla los organismos descentralizados y sería absurdo pensar que debiera existir una ley de control del arbitraje privado, porque en el momento en que el árbitro particular entrara en la burocracia, sería un juez más. Por ende, el servicio, y en esto se puede ver una utilidad de esta doctrina, sigue invariaciones técnicas que se apartan de la función por razones de su mismo origen, las cuales pueden considerarse de acuerdo con los siguientes puntos de vista:

a) La función es una actividad atribuida al órgano oficial por razones de política, o sea, por consideraciones vinculadas con la idea directriz de la empresa de gobierno.

El servicio es la prestación hacia la generalidad de la población, que se convierte en público cuando el Estado considera pertinente que la satisfacción de las necesidades se asegure y regularice.

b) La función se convierte en pública cuando por circunstancias propias de la empresa de gobierno, el Estado entiende que no puede conseguir sus metas políticas sin ejercerla.

El servicio público puede ser concesionado sin perder su condición.

c) La función entregada a un organismo público está regulada por disposiciones legales.

El servicio público puede prestarse en los términos de la ley y de la concesión o contrato administrativo particular.

d) La función se cumple aún cuando los resultados puedan ser contrarios a los intereses del sujeto que la provoca o promueve.

El servicio no puede prestarse en perjuicio del usuario, por más que sea factible establecer una contraprestación económica a su cargo.

e) La función no está prevista proporcionalmente a las capacidades de los gobernados en lo particular.

El servicio está planeado de acuerdo con las circunstancias del medio y puede ser proporcional a sus respectivas necesidades individuales. Un usuario puede recibir más servicios que otro.

Por todo ello, el servicio suele solicitarse o ser utilizado sin necesidad de instancia, mientras que la función que la doctrina denomina actividad requerida de excitativa, no se realiza sin la correspondiente instancia: de ahí provienen las palabras justicia rogada. El servicio está generalmente planificado como carga sobre los particulares, mientras que la función puede llegar a ser gratuita, como la administración de justicia en México.

Es verdad que, en definitiva, toda atribución estatal tiene un fondo fiscal; pero es distinto el hecho de que el usuario deba cubrir el servicio individual, a la circunstancia de que sea toda la población contribuyente la que soporte el presupuesto de la judicatura. Aún más, hay casos en que una función, como la legislativa, son de todo punto ajenos a la contraprestación.

Es, pues, hora ya de que se reelabore la noción del servicio público, no sólo porque conforme al artículo 5º de la Constitución mexicana, parece confundido con la función y con la obligación o deber de servir; cuanto porque la doctrina ha llegado a considerar como servicio público a una extensa diversidad de tipos de intervención económica del Estado: como la empresa de servicio público y la empresa del Estado interesada en la actividad privada.<sup>237</sup>

Ante ese desbordamiento de la **función** administrativa, ya no cabe asimilar un supuesto **servicio** jurisdiccional con una empresa de participación estatal o un patronato del ahorro nacional,<sup>238</sup> ni siquiera por lo que de normas técnicas tenga el proceso, y menos aún por lo que de actividad administrativa realice el oficio judicial, sobre todo en los procedimientos y diligencias referentes a su propio patrimonio.

Con posterioridad, Guarneri ha tratado de explicar la estructura del proceso, aunque restringida a la materia penal, con lo que evidentemente pierde la generalidad del fenómeno, aunque ofrece observaciones que deben comentarse.

En su obra **Las partes en el proceso penal**,<sup>239</sup> afirma desde el prólogo que el desarrollo del tema es tanto como acometer la esencia del proceso penal, puesto que equivale a investigar el método mejor para llegar a la meta propuesta que es la verdad material y la individualización de la personalidad psicosocial del reo. Tan sólo por estas palabras, se alcanza el criterio de confusión del proceso con un procedimiento de investigación de la supuesta verdad. Es indudable que si alguna coincidencia hay entre camino y proceso, ella se encuentra al final: en la sentencia, que es tanto como decir que la actividad determinativa del juez se halla en un momento extra o meta procesal, en una ocasión que por las circunstancias que anteceden a su pronunciamiento, es de posterior desarrollo de la serie de instancias proyectivas.

No puede, por tanto, hacerse un parangón y menos una identificación del camino con el proceso, cuando aquél va también en todo procedimiento y, respecto de la decisión de derechos, aparece con posterioridad. Pero

237 Cfr. Benjamín Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*. To. III, pp. 115 y ss.

238 Cfr. *Directorio del gobierno federal, organismos descentralizados y empresas de participación estatal*; México 1950.

239 Trad. Constancia Bernaldo de Quirós, Puebla 1952, pp. 11 y ss.

todavía en otro trabajo,<sup>240</sup> Guarneri ha tratado de escindir la cosa juzgada en lo penal y en lo civil, contraponiendo las construcciones jurídicas y sus fundamentos de hecho.

Así pues, lo que en algún momento parecía ser la exposición de la tesis del proceso como servicio público, se ha venido a convertir en un alegato en favor de la independencia del proceso penal, tan débil sin embargo, que el mismo autor descubre que esta situación de contraposición de partes es igual en todos los procesos. Lo cierto, concluye, es que el contraste es sólo en apariencia y que, para ser real, habría que construir el proceso en términos de colaboración y no de lucha de partes, lo que no impide que la función especializada del proceso exija la concurrencia de factores particulares, y esta sea la razón para que se prefiera el control de las partes sobre el juez, pues son las personas más indicadas para ello en cuanto son las interesadas en las vicisitudes procesales.

No se entendería que la misión esencial del procedimiento fuera estimular al máximo la participación activa de las partes, si se tratara de un simple servicio público, porque éste suele prestarse aún sin que los interesados promuevan cosa alguna, como sucede con la construcción de obras, la dotación de bienes y el normal funcionamiento de otros trabajos oficiales. El servicio público no está necesitado, como sí acontece con el proceso, de una garantía de participación o intervención de los interesados. No hay en los servicios algo semejante a la garantía de audiencia, la garantía de instancia y el principio de bilateralidad. En fin, un servicio no necesita de fórmulas constitucionales como las atinentes a la administración de justicia. No hay en la ley eminente un precepto que garantice al usuario la dotación de caminos, pero sí la expedita funcionalidad de los tribunales.

#### 107 El proceso como reproducción jurídica de una interferencia real.

Hay un cierto paralelismo entre Foschini y José Lois Estévez. Ambos tienden a presentar una tesis fundamentalmente filosófica que abarque con su pura connotación las diversas doctrinas sobre el proceso, sin negar una sola en lo que tengan de relativistas.

La postura ominocomprendensiva está justificada cuando todas y cada una de las proposiciones que se incluyen, tienen el mismo nivel de lenguaje y reportan una calificación cierta del objeto. No es un error ni una pretensión censurable querer superar un cúmulo de exposiciones opuestas unas y simplemente diferentes otras, como lo hacen Foschini, Lois Estévez y Couture, quien también intenta la síntesis acudiendo al concepto de institución; pero es condición inexcusable que antes de construir la combi-

<sup>240</sup> *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, Trad. Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla 1952, pp. 31 y ss.

nación, se demuestre la posibilidad de adecuar los lenguajes, de vincular las afirmaciones y de encontrar un concepto genérico o superior a todas. Al logro de ello han tendido los esfuerzos de los tres autores, que además tienen en común el participar de la corriente publicista.

En dos trabajos de Lois Estévez se encuentra desarrollada la tesis de la reproducción de interferencias reales; el primero es su obra **Proceso y forma**<sup>241</sup> y el segundo **La teoría del objeto del proceso**.<sup>242</sup>

Para entender qué sea una interferencia, término que evoca la teoría carneluttiana,<sup>243</sup> Lois Estévez hace una previa distinción filosófica entre causa, objeto y fin, conceptos que aplica inmediatamente al proceso.<sup>244</sup> Según su punto de vista, refiriendo al proceso estas ideas, el objeto es el resultado inmediato que produce, o en otras palabras, lo que se hace con el proceso. Causa habrá de ser el móvil que incita a cada parte actuante, que puede ser normal si está de acuerdo con el objeto, o anormal e ilícita en el caso contrario. La finalidad será la función que desempeñe el proceso institucionalmente; esto es, la misión que se le encomiende en definitiva sobre la sociedad.

Como su trabajo se destina especialmente al objeto del proceso, en su segunda obra,<sup>245</sup> hace una breve incursión entre las teorías que se han expuesto y que clasifica en subjetivas y objetivas, de la sanción y de la pretensión, etc., así como de las críticas que se han formulado. Por eso, en la página 617 concluye afirmando que, con independencia de los diversos tipos de proceso, la institución procesal puede ser considerada en abstracto; y apurando las cosas, cabe imaginar una legislación con un solo tipo de proceso. Habría que preguntar en ese caso cuál sería su finalidad, del mismo modo que se puede preguntar cuál es el objeto a que responde la creación institucional del proceso.

Esclarecido el camino a seguir, que consiste en encontrar el concepto de derecho que sirva para significar individualmente a la figura que se estudia, y después confrontar con la práctica esa noción, se llega a la síntesis de los caracteres universales, que el autor ofrece en la página 619, diciendo que es evidente que si se pueden tratar *a priori* todas las acciones, instituyendo las formas procesales antes de su ejercicio, es porque se sabe de antemano a qué necesidades de la vida da satisfacción el derecho procesal. Por consiguiente, la ordenación del proceso tiene por fuerza que traducir su objeto, ya que todas sus partes han de estar forzosamente dispuestas en esta dirección. Para hacer la corroboración empírica de las

241 *Ensayo de una teoría general del proceso*, Santiago de Compostela 1947.

242 En *Anuario de derecho civil de la Universidad de Madrid*, T. II, fascículo II, abril-junio de 1949, pp. 606 y ss.

243 *Sistema*, I, pp. 188 y ss.

244 *Proceso y forma*, p. 71, *La teoría del objeto del proceso*, p. 607.

245 Página 608.

investigaciones lógicas, ha de acudir a los datos concretos del derecho procesal, pero para conjugarlos de modo que sean universalmente válidos.

Las series de actos jurídicos se entrelazan e interfieren en campos diversos, de manera que el autor explica lo que se entiende por serie y luego fija las coordenadas de lo jurídico, para concluir en la página 622 que el derecho material y el procesal son como se ha visto, dos series compenetradas sistemáticamente; pero el ámbito de aplicación de la una es distinto y sucesivo al de la otra. Es decir, el derecho material y el procesal funcionan conjuntados uno a continuación del otro. Precisamente cuando aquél es ineficaz, éste debe ponerse en movimiento. El punto de conexión que enlaza los dos ordenamientos, señalando el tránsito entre su respectiva intervención, es la interferencia, que por eso tiene que estar formado con elementos de cada uno.

No es difícil, agrega, averiguar empíricamente cuáles son estos elementos. Una vez determinado que el ejercicio de una pretensión marca el instante en que se inicia todo proceso, no es insólito deducir que la pretensión ha de ser parte de la interferencia. Ahora bien, si la pretensión es el aspecto procesal de la interferencia, ¿cuál es el aspecto material? La causa de la pretensión remite a él inmediatamente.<sup>246</sup>

Descrita en esta forma la conexión de los dos órdenes jurídicos, por medio de la pretensión que queda dividida en su aspecto procesal y el material, por lo que tiene respectivamente de interferencia y causa, dice en la página 623 que la interferencia forma, por ende, unidad indisoluble con la pretensión y se la puede definir desde este punto de vista. Será, por consecuencia, la incompatibilidad de que subsistan simultáneamente una pretensión y un equivalente jurídico. Así, en los términos de la definición, quedan también recogidos los casos anormales en que la pretensión carezca de causa. La organización procesal requiere que al iniciarse la litis, se deponga todo prejuicio, de modo que hasta la resolución definitiva, nada se sabe de fijo sobre los fundamentos de pedir. No obstante, queda por entonces interferida la libertad de las partes.

El proceso, viene previamente definido como la reproducción de una interferencia real, o sea el punto en que se forman las coordenadas jurídicas de dos órdenes distintos, excluye la presencia y realización de un equivalente jurídico que satisfaga la pretensión; procede, pues, efectuar la síntesis constructiva de sus tres elementos: objeto, causa y fin. A ello se destina el resto del trabajo.<sup>247</sup>

Si el objeto como institución consiste en reducir a orden jurídico la interferencia, queda planteado el problema del significado que ante una interferencia concreta, debe tener el concepto de orden jurídico. No es difícil averiguarlo, asegura el autor, con tal de no olvidar dos cosas: una,

246 Página 622.

247 *Proceso y forma*, p. 71.

## 94 El proceso como reproducción jurídica de una interferencia real

que el proceso es el desarrollo, fase a fase, de la actividad jurídica compatibilizadora; otra, que el orden y la interferencia son contradictorios, de modo que mutuamente, en concreto, se excluyen.

Si se consideran las actividades que se realizan en el proceso, se encuentra con que revisten tres formas. Una primera se dirige únicamente a la reproducción de la interferencia, es decir, a dar a conocer al juez cuál sea la situación interferida sobre la que ha de pronunciarse. La segunda tiende a determinar la preferencia de las dos situaciones en pugna, esto es, a la discriminación de la interferencia. Y la tercera, cuando es necesaria, persigue la eficacia práctica de la decisión discriminativa, la discriminación eficaz. Es evidente que la discriminación eficaz de una interferencia equivale al restablecimiento del orden, porque cualquiera que sea el resultado de la resolución jurídica, se retira el fundamento de la pretensión o se anula la fuerza del equivalente jurídico. Y en cualquiera de las dos hipótesis, el choque entre la libertad y el orden queda suprimido. Así pues, el objeto del proceso es la discriminación eficaz de una interferencia. Esto es lo que se hace con el proceso, con cada proceso; pero simultáneamente, por eso mismo, se va logrando también el restablecimiento del orden jurídico.

a) El autor considera explicadas la causa, la naturaleza y la finalidad del proceso. Sólo le resta efectuar la inordinación de las doctrinas anteriores y esto es lo que intenta en la página 625.<sup>248</sup>

Comienza por afirmar que sin ninguno de sus riesgos, la que llama teoría subjetiva está comprendida y superada en la consideración del proceso como medio para la discriminación eficaz de una interferencia. Desde el punto de vista del actor, sigue siendo el objeto de sus actos no la realización de algún derecho subjetivo, lo que sería erróneo; pero sí el convertir su pretensión en acción, es decir, el derecho preprocesal en derecho postprocesal. Con esto quedan eludidos todos los inconvenientes, porque la discriminación de una interferencia es predicable de cualquier especie de jurisdicción; ya que la pretensión es actuada con independencia del posible derecho subjetivo, porque la interferencia es inevitablemente discriminada y, en fin, porque no hay ninguna oposición antes y después del proceso.

También la teoría objetiva que imagina que el proceso es el medio para la actuación de la ley, es sobrepasada y mejorada. En efecto, así el proceso aparece actuando la voluntad de la ley, pero actuándola como instrumento de su objeto. En resumen, la ley se actúa en el proceso, en cuanto la interferencia ha de ser objeto de una discriminación legal. Sin embargo, no puede colegirse de ahí que tal actuación sea el distintivo de la función jurisdiccional, como pretende la teoría objetiva. La interferen-

cia se discrimina eficazmente concediendo una acción a cualquiera de las partes. Entonces el proceso aparece actualizando la potencia coactiva, haciendo inminente la amenaza de sanción, y con este nuevo argumento, también es superada la teoría de la sanción.

La interferencia supone una pretensión, aunque no como objeto, sino como medio para propulsarlo, tal es el aspecto empírico de los hechos. Y no es posible tomar la pretensión en otro sentido sin desnaturalizar la función que desempeña el proceso. Con esto, nuevamente, se considera superada la teoría de la pretensión como objeto del proceso.

Por último, las teorías conflictualistas son comprendidas, en tanto que dualísticamente afrontan los problemas de la dogmática procesal. Ahora bien, sin que se incurra en sus mismos reparos, porque no se piensa en un conflicto, simple o doble, de voluntades, ni de intereses, ni de normas, sino en el conflicto que plantea una exigencia legitimada de obrar frente a un equivalente jurídico, que se le opone con o sin la voluntad del titular favorecido. Y esta situación es universal en el proceso, pues cuando hay que acudir a él, es al estar prohibida la autotutela, a causa de la protección dispensada a un estado de hecho.

En vista de todo lo anterior, Lois Estévez concluye en la página 627 sosteniendo que el proceso tiene como finalidad institucional la constancia en el orden jurídico, es decir, el procurar su preservación, conservación y mantenimiento. Tiene como causa el no orden: la interferencia, cosa evidente de por sí, ya que si se imagina por un momento una sociedad sin interferencias, reinando el orden, se arrebataría al proceso toda razón de ser. Y, finalmente, tiene por objeto la vuelta al orden, forzando la realización de las actividades compatibilizadoras, ya al realizar una declaración, ya al mover por la inminencia de la coacción potencial, la voluntad del obligado, ya al actuar ejecutivamente en sentido estricto. El objeto resulta así emplazado, como ha de ser en buena lógica, sirviendo de puente entre una y otra.

Paradójicamente, la pretensión totalizadora cae en una parcialidad. Con la caracterización dada al proceso resulta, primero, que donde no exista una interferencia de estado, no se configura un proceso. Segundo, que cuando la interferencia sea compatibilizada por la administración, existirá un proceso aunque falte la jurisdicción. Y tercero, lo que parece definitivo, la interferencia es normalmente compatibilizada autocompositivamente, lo que o excluye al proceso en su función reproductiva de interferencias, o excluye a las formas compositivas que por obra de las partes llevan a cabo la compatibilización.

Es decir, aquí y siempre que se busque una solución teleológica, no como complemento de cierta caracterización, sino como la propia definición, se tropezará con la aplicación múltiple de la solución. Sea que se mire en el proceso una aplicación de la legalidad, que se le observe como

una composición del litigio o como una reproducción de interferencias, siempre se llegará al momento crítico de la fórmula que sirve para muchos fenómenos, sean administrativos o negociales, o convencionales. Con ello se concluye necesariamente que lo que sirve para explicar diversas hipótesis es simplemente ineficaz.

Al analizar teorías como la de Lois Estévez, con pretensiones omni-comprendivas de las restantes, es de gran interés observar que la posibilidad de inordinar está en la elección de un criterio cualificativo. Es decir, la síntesis es posible porque el autor se aparta de la problemática fundamental, para incorporar a sus tesis los elementos semánticamente asimilables. Pero al lado de esas caracterizaciones, queda intocada la noción del proceso. Se dan las causas, el presunto objeto, las finalidades; pero su naturaleza no puede fabricarse por amalgama. Lo principal sigue siendo esa invariación de elementos prístinos que permite sostener la variedad de estilos. En el fondo de las elucubraciones, hay un recipiente conceptual que se deja sin analizar, sin determinar, y que es precisamente lo fundamental; porque ante un problema específico, ante el ejemplo de la práctica, ante un divorcio por mutuo consentimiento, o una demanda de rectificación de acta del estado civil, la noción de proceso debe permitir resolver cuestiones tales como la necesidad o lo superfluo de la contradicción, la conveniencia o la impertinencia del debate, y la misma consecuencia de la cosa juzgada.

Es insuficiente elaborar una supuesta fórmula que resuelva antagonismos teóricos, tomar una postura de manifiesto eclecticismo y de presunta superación. Compaginadas y coordinadas las direcciones doctrinarias que se han expuesto, por más meritorio que sea el esfuerzo, hace falta una primaria definición del instituto, que permita delimitar la función de sus factores, no la conexión aparente de teorías.

Aparte de la crítica que se podría hacer a quienes escriben libros sobre libros, a quienes suponen que la ciencia del derecho es mera erudición, clasificación de doctrinas y enumeración de críticas o hipotéticas superaciones de críticas, es importante demostrar que el proceso es susceptible de un tratamiento científico, no por el simple empleo de la palabra ciencia, sino por los resultados a que se llegue. Definitivamente debe decirse que en este campo, la síntesis de las doctrinas sobre el proceso es imposible. Los autores no conservan el mismo nivel de lenguaje y lo que para Goldschmidt es situación, para Canelutti es alto tan alejado, tan diverso, que no hay modo de compaginar.

Pues bien, dentro del mismo lenguaje de Lois Estévez, lo trascendental, lo que debe impugnarse ante todo, es que su tesis sirve para describir cualquier procedimiento que tenga o aparente tener contención, discrepancia o duda. Un simple procedimiento de querrela ante el ministerio público sería interferencia real, porque ha existido una doble exposición del hecho,

se ha alegado una lesión, se ha pretendido una reparación o un castigo y, sin embargo no ha habido proceso.

Más todavía, ¿acaso el procedimiento parlamentario carece de contenciones? ¿No se establece con discusiones, a veces violentas y casi siempre formando debates interminables? Ahí no hay proceso, y si se estima que los debates son a propósito de la constitucionalidad de una ley, se puede decir que la causa, el objeto y la finalidad están dados como en el proceso, el cual está por completo ausente.

Otras cuestiones son llevadas al juez negocialmente, es decir en lo que las leyes denominan erróneamente **jurisdicción voluntaria**. La causa, el objeto, el fin, son similares y no hay proceso. Un apeo, una información de dominio y hasta el divorcio por mutuo consentimiento, parecen procesos en la teoría de Lois Estévez y en ninguna obra moderna se les llama proceso, y algunas añaden que será voluntario pero no contencioso. Así pues, el autor hizo un excelente trabajo de aplicación filosófica, tal vez deba reconocérsele un talento singular para aplicar conocimientos generales a la ciencia del proceso; pero estuvo bien lejos de dar a conocer la naturaleza de éste. Todavía se puede ser benigno con su postura y decir que sí hay la reproducción jurídica de una interferencia real; pero esto vendrá a ser un contenido, un por qué, un para qué, la causa o el fin, y hasta el objeto, el material que está dentro del proceso. Sin embargo, lo que sea el proceso queda en la penumbra, o si se quiere mejor expresión, no se ha hablado del proceso sino de las circunstancias del mismo; amén de que probablemente no en todos los casos haya esa circunstancia o apenas se simule.

### 108 El proceso como institución.

Si a estas alturas se quisiera hacer balance de los efectos que han producido las teorías comentadas en la ciencia procesal, tendría que decirse que sólo dos han merecido importancia. La de la relación por lo numeroso de sus adeptos y la de la situación por lo utilizado o mencionado de sus categorías. Las restantes han pasado casi desapercibidas y sólo se les cita en los Tratados anecdóticamente o por razones de recopilación. Afirma Guasp<sup>249</sup> que ningún autor moderno las sostendría, aludiendo a la contractualista y a la cuasicontractualista. Se puede agregar que el resto parec un conjunto de tesis elaboradas con terminología que no ha logrado aceptación por causas que deben atribuirse a los estudiosos y no a los autores de ellas.

En fin, ciertamente ninguna de las tesis expuestas salva las dificultades de la realidad legislativa, y su vocabulario ha entrado en escasas proporciones y en muchas leyes con un nivel de lenguaje diverso. La ver-

249 *Comentarios*, I. p. 18, nota 2.

dad es que semánticamente, la legislación conserva su lenguaje estereotipado y anacrónico, rutinario y curialesco. Esto explica que las obras de tratadistas como Foschini o Lois Estévez, no puedan sufrir demérito alguno confrontadas con el derecho positivo, al mismo tiempo que muestra los motivos que impiden la difusión o aplicación de sus tesis, todo ello con entera independencia del valor científico que puedan tener, porque cabe decir que son tan inaceptables como la de la relación o la de la situación, las que han corrido con mejor fortuna por tratarse de palabras corrientes.

Con toda elegancia, Pietro Castro<sup>250</sup> ha dicho que la relación jurídica procesal ha actuado más bien en la ciencia del proceso como un espíritu, y que por carecer de formas ha engañado a los teóricos. Han sido ellos y no la tesis, los que han dado al derecho procesal el contenido que actualmente tiene y lo han querido elevar a la categoría de ciencia. Antes de Bülow el derecho procesal era **rituario, adjetivo**, y el proceso era tan sólo el **procedimiento**, es decir, lo puramente externo. Las exposiciones del proceso eran meramente descriptivas. Algunas materias, como la teoría de la acción, la de la prueba, la de la cosa juzgada y demás, se consideraban pertenecientes al derecho civil, y otras como la de los requisitos de los actos procesales, no se estudiaban en parte alguna. En este sentido era exacto hablar de procedimientos judiciales.

Pero a partir de entonces los procesalistas se dedicaron a reivindicar para lo que pudo llamarse el derecho procesal, todas estas materias, gracias a un reconocimiento de la realidad del organismo del proceso y a una investigación técnica de su contenido propio. En último extremo, dice Prieto Castro, la concepción del proceso como relación jurídica no contiene mucho de nuevo, pues el concepto romano de la misma, su fuente y antecedente, el **iudicium** en su traducción española, cuenta con una tradición secular en España, y persiste hoy no sólo en sus artículos, sino hasta en el nombre mismo de la ley de enjuiciamiento.

Así pues, no se definió al proceso, sino que se encontraron, sucesivamente, sus procedimientos, su contenido, sus efectos internos y su fin; pero la figura que toma su consistencia en los datos experimentales, o mejor aún, la fórmula jurídica que alude a la diaria práctica judicial, no ha sido cuantificada. A esto debe añadirse que, si pocas dudas surgen para denominar al fenómeno una vez percibido en la legislación vigente de cualquier país, no sucede lo mismo cuando se vuelve la atención al pasado, porque como diría Carnelutti, existen diversas formas de componer los litigios. No se está en el caso de menospreciar los estudios históricos sino en el supuesto de confrontar la equivalencia de términos. Así lo entendió Guasp cuando dijo<sup>251</sup> que al afirmar que el proceso no puede

250 *Derecho procesal civil*, T. I, p. 8.

251 *Comentarios*, I, p. 19.

considerarse como un contrato ni un cuasicontrato, no se quiere prejuzgar en modo alguno el problema de la posibilidad de existencia de tipos históricos de procesos cuya naturaleza responda a estas figuras; en particular, no se trata de discutir si la **litis contestatio** en el derecho romano era o no en realidad un contrato arbitral, refrendado simplemente por la autoridad, por el cual se sometían las partes al árbitro instituido. No es dudoso que esta concepción repugna por completo con la naturaleza del proceso actual, cuyo sentido es el que interesa. Marginalmente, habría que responder a Guasp que también él comete una relativización, pues lo que interesa es el proceso, todo proceso, de cualquiera época, y la definición ha de abarcar lo absoluto.

Prieto Castro <sup>252</sup> añade que el origen del proceso es latino, **processus**, aunque no romano sino medieval. Pues bien, he aquí un vocablo que nació como neologismo, queriendo tal vez significar el procedimiento en una lengua culta. La cuestión viene entonces a perder importancia, hállese del proceso o del juicio, que según Prieto Castro es la expresión española o castellana, mejor dicho, clásica, lo cierto es que ha existido siempre, allá con **litis contestatio**, acá sin ella y más adelante, en los países anglosajones, con extrañas manifestaciones, como el **pre-trial** o el **examination on exhibit**. Y porque en un país o región, la figura del **procurador** permite la notificación directa entre las partes, y en otro la declaración jurada es tomada por el abogado o el **clerk** que pertenece al oficio judicial sin ser burócratas, no se puede decir que no hay un proceso.

Debe insistirse en que el proceso no ha sido definido por las tesis examinadas, y esto justifica, o si se quiere exige continuar revisando el tema. Cuando en el panorama doctrinario surge una nueva concepción, que por el número de adhesiones o de críticas, cobra importancia de una tendencia o corriente, aunque no alcance las dimensiones de las más difundidas, debe corresponder su análisis al interés que suscita una tesis con posibilidades de evolucionar hasta lograr plausibles explicaciones del fenómeno. Y esto es lo que aconteció cuando autores como Gabriel García Rojas en México, Jaime Guasp en España o Eduardo J. Couture en Uruguay, hablaron del proceso como institución. De inmediato hubo contradictores, como Rafael de Pina, <sup>252 bis</sup> quien argumentó que los autores de la tesis no habían logrado llevarla a su madurez.

Esta tesis, calificada de española, <sup>253</sup> cuando mejor hubiera sido llamarla iberoamericana, es defendida en primer término por el catedrático en derecho canónico de la Universidad de Sevilla, Manuel Giménez Fernández. <sup>254</sup> En seguida por el catedrático de derecho procesal de la Uni-

252 Op. cit., p. 6.

252 bis *Derecho procesal. Temas*, México 1951; pp. 193 y ss.

253 Op. cit., p. 193.

254 *Instituciones jurídicas de la iglesia católica*, T. I, pp. 234 y ss.

versidad de Madrid, Jaime Guasp.<sup>255</sup> Después por Eduardo J. Couture, profesor que fuera de la Facultad de Derecho de Montevideo,<sup>256</sup> y quien inclusive la hizo derivar de Wach. Y por último, Gabriel García Rojas, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, expuso la tesis en el discurso de presentación de Alcalá Zamora.<sup>257</sup>

a) Giménez Fernández inicia su exposición ofreciendo las definiciones de proceso que dan Jellinek, Goldschmidt, Vermeersch, Chiovenda y Pietro Castro. Ante la diversidad de opiniones, formula un cuadro de las que considera cuatro principales posiciones filosófico jurídicas.

En el primero incluye las tesis individualistas y liberales, que entienden al proceso como la lucha entre el ejercicio de la acción y el de la excepción, siendo el juez un testigo pasivo, encargado de que no se vulneren ciertas reglas, escasas o formalistas, y de proclamar al vencedor. Dentro de esta corriente señala a Magín Fábrega Cortés, Simoncelli y Manresa y Navarro.

El grupo segundo 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 Vermeersch.<sup>258</sup>

Finalmente, la cuarta postura recibe el calificativo de institucionalista, que si bien coincide con la liberal en reconocer la autónoma actividad humana, se separa de ella en no estimar respetables más que aquellos actos no opuestos a la justicia eterna, ni al orden jurídico positivo, basado en aquélla. Admite, con la tesis estadista, la función específica del Estado, como tutelar del orden jurídico; pero sostiene que en esta misión, el Estado no puede oponerse al derecho natural, ni desconocer los valores supremos de la persona humana. Exige 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 al bien común, fin específico de la sociedad, que debe ser eficazmente promovido por el sistema legal vigente.<sup>259</sup>

Como una de esas instituciones es que entiende al proceso, medio instrumental aplicable para lograr la eficacia del orden jurídico en los casos en que sus normas sean controvertidas por desconocimiento o por viola-

255 *Comentario a la ley de enjuiciamiento civil*, T. I, pp. 22 y ss.

256 *El proceso como institución*, Revista Jurídica de Córdoba, Argentina, octubre-noviembre 1948, año 2º núm. 8, pp. 405 y ss. y *Anales de jurisprudencia de México*.

257 *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Núm. 30 p. 515.

258 *Op. cit.*, p. 234.

259 *Idem*, p. 235.

ción de las mismas. De manera que concluye<sup>260</sup> que se podría definir al proceso como 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.

Es de notar que como institucionalistas menciona a los españoles Pietro 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.<sup>261</sup>

Para Rafael de Pina, que circunscribe su crítica a tres autores, entre las posiciones adoptadas por Giménez Fernández y Guasp, existe un verdadero abismo y se advierte fácilmente cuando se fija la atención en las bases que cada uno de esos autores sientan como fundamentales de la institución.<sup>262</sup> El primero, en su criterio, parte de la existencia de un orden jurídico natural prevalente, que funde en tres elementos: la verdad objetiva, la libertad humana y la justicia social. El segundo, en cambio, lleva a cabo una mezcla incongruente de ideas tomistas y totalitaristas.<sup>263</sup>

La crítica de Rafael de Pina, más que a la institución se refiere a Guasp, y que a su tesis a su postura política. Sostiene de Pina que en la práctica, afirmar que el proceso es una institución, sin perjuicio de que sea algo más, no sólo no contribuye a esclarecer la naturaleza del proceso, sino que conduce a abrir de nuevo un debate que parecía definitivamente clausurado con una conclusión: la que admite que es una relación jurídica, que ha podido considerarse casi unánimemente compartida por los procesalistas contemporáneos.<sup>264</sup>

El debate, se ha venido observando, está bien lejos de haberse clausurado. La tesis de la relación jurídica no ha podido desentrañar la naturaleza del proceso, y la teoría de la institución no es la única que quisiera implicar a las demás; pero, sobre todo, es la misma tesis de la relación la que busca incluir a las restantes, como bien se advierte en las modalidades de sus corifeos, cuando hablan de pluralidad de relaciones o de relación de situaciones.

Los argumentos que presenta de Pina pueden dividirse en dos partes, los que atacan una posición filosófico política y los que se dirigen al concepto de institución. Los primeros son ajenos a la ciencia procesal, no porque deba negarse la filiación de los expositores o porque ella no interese para descubrir sus tendencias, sino porque la aplicación política es un fenómeno circunstancial y no esencial de la juridicidad. Cualquier doctrina apolítica, por ejemplo la kelsiana que pregonaba casi una fobia a toda influencia política, puede ser aprovechada por los políticos. Y éstos,

260 Idem, p. 236.

261 Op. cit., p. 187.

262 Op. cit. p. 193.

263 Idem, p. 194.

264 Idem, p. 203.

metidos a científicos, en cuanto buscan la demostración de sus afirmaciones, tienen que invocar razones científicas, las cuales son, para la teoría, lo verdaderamente trascendental. Se puede defender una teoría siendo liberal o antiliberal, sin que ello prejuzgue tampoco acerca del origen político de la tesis; pero mientras la posición política requiere una adhesión a la persona o al partido, la doctrinaria puede lograr la coincidencia de ideas en sujetos de las posturas más disímolas y hasta opuestas. Debe recordarse que después del conflicto bélico de 1945, la tendencia de los contradictores del código procesal civil italiano, fue tacharlo de facista y tocó al mismo Calamandrei, reconocido antifacista, defender esta ley originada en un régimen político distinto y vencido.

De otra parte, de Pina rechaza la teoría de la institución, por la vaguedad de sus términos, argumento que realmente sí es de peso, sobre todo cuando se alude a las nociones obtenidas de Roubier, Hauriou, Renard, Bodenheimer, Delos, Desqueyrat, Gaillard, etc., cuyas ideas permanecen en la manifiesta imprecisión. Pero los fracasos de estos autores no implican necesariamente la inutilidad de la tesis: es decir las limitaciones subjetivas no son índice de un defecto de la objetividad. Se puede censurar al autor y admitir la tesis, sea porque el primero no entendió la idea, o porque de ésta se tiene otra explicación. Después de todo, los secuaces de la teoría de la relación tampoco están conformes con el estado actual de su doctrina, aunque la diferencia esté en que ellos se limitan a expresarlo sin llevar a cabo reforma alguna que muestre el adelanto que pretenden.

b) Jaime Guasp,<sup>265</sup> comienza por reconocer lo que de exacto hay en la teoría del proceso como relación jurídica; pero estima preferible abandonar la concepción y buscar una determinación más afinada de la naturaleza jurídica del proceso, lo que considera factible a base de aplicar una idea ya conocida y admitida en el cuadro de las categorías generales del mundo del derecho: la de la institución.

Al aplicar tal concepto al proceso, no debe concebirse como una relación ni como una situación, sino como una institución jurídica. Esta es la calificación con la que el autor lleva a cabo la inordinación, tomando al proceso dentro de coordenadas especiales; pero hará falta explicar el significado exclusivamente jurídico de las coordenadas, para no caer en el equívoco de quienes explican la norma de derecho con noticias sociológicas.

Guasp entiende por institución, no simplemente el resultado de una combinación de actos tendientes a un fin, sino 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 volun-

tades 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.

En contraste con esta caracterización que sostiene, entre otros, Rouhier, se advierte en Guasp una indiscutible superación. Sigue manteniéndose la distinción entre simple combinación y un complejo; pero ahora se ha suplantado el fin por la idea, que ha de ser común a las actividades, y además objetiva. Esta es la cuestión todavía imprecisa, porque si bien la objetividad de la idea explica la heteronomía de la disposición, o por lo menos puede hacerlo, siempre será preferible hablar directamente del derecho público.

Entendido de esta manera, dice el autor, no es difícil aplicar el concepto de la institución al proceso; la idea objetiva común que en él se aparece es la actuación o denegación de la pretensión; las voluntades adheridas a esta idea 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 también.

Lo último justifica la objeción. La verdad es que en Guasp la idea objetiva es sinónimo de derecho público, de manera que esa objetividad está más cercana del derecho sustantivo perseguido en el proceso, que de las reglas propias de éste. Esa idea sería, además, objetiva si al proceso sólo fueran el actor, el juez y el demandado, pero frente a terceros es difícil o impropio hablar de comunidad en la idea de actuar o denegar la pretensión de los accionantes, pues el testigo o el perito, el secretario o el oficial judicial, no pueden concebirse como interesados en esa pretensión, y por ende no les es común tal finalidad. Las voluntades adheridas son en realidad la serie de vínculos que se identifican como los actos procesales. No es única esta transposición de conceptos, Guasp llega a denominar derecho instrumental al sustantivo y sustantivo procesal al que Carnelutti llama instrumental, pero si esta inversión de términos es intrascendente, no lo es llamar voluntades adheridas a la idea de instancias, tales como las denuncias de los testigos o los informes de los peritos, pues sus participaciones de conocimiento son y deben ser desinteresadas, no supeditadas a la actuación o denegación de la pretensión, como sí lo es la actividad de las partes.

La crítica a esta teoría aumenta a medida que se conocen sus aplicaciones. Por ejemplo, mientras poca duda ofrece la afirmación de que el proceso puede nacer y extinguirse en su particularidad, sin que ello afecte a la idea de la actuación estatal de pretensiones fundadas, consistiendo lo dudoso en no saber si con ello persigue Guasp 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 nuevamente la duda en cuanto a precisar si por realidad se alude a lo ideal; en cambio ya no puede aceptarse que el proceso sitúe a los sujetos que en él intervienen en un plano de desigualdad y subordinación porque la idea jerárquica sea consustancial con el concepto, pues si bien con estas palabras no se afirma el despotismo del oficio o no se afirma claramente, cabe, siguiéndola, negar, como ya lo hiciera Goldschmidt, una responsabilidad procesal del órgano judicial, lo que en sí muestra ya un verdadero peligro.

Por el contrario, sería inusitado que sobre tal aserto se llegara al criterio de Carnelutti, de que el proceso es el medio de someter la voluntad ajena por conducto de la potestad del juez, pues es más fácil concluir que son las partes las que quedan bajo éste. En síntesis, el poder no es pertenencia, ni exclusiva ni definitiva del funcionario, sino que resulta de la colaboración social, base de la competencia, y debe ser compartido en cada caso procesal, con apego a la legalidad; de otra manera no se entendería la casación por abuso de poder, ni el amparo por violación a las garantías individuales.

De igual modo, mientras resulta casi irreprochable la consecuencia de que el proceso no es modificable en su contenido por las voluntades de los sujetos, sino dentro de límites reducidos; es falso y peligroso afirmar que el proceso se adapta a la realidad de cada momento sin que el respeto a situaciones subjetivas anteriores tenga la misma fuerza que en una relación contractual, pues con ello no se mejora la figura básica de la preclusión, y en cambio se desfigura la realidad, donde los casos de nulidad surten consecuencias a veces insólitas; con esta tesis, de un dinamismo en serie se pasa a un actuar indeterminado y modificable a voluntad del juez. Siempre cabe entender las palabras de Guasp en el sentido de que lo no respetable fatalmente es la relación sustantiva, porque en el proceso se debata su validez; pero entonces la afirmación carece de trascendencia y desnaturalizante del proceso.

En el punto destinado a concluir con el perfil del proceso, mediante el análisis del complejo de vínculos que ligan las voluntades adheridas a la idea objetiva común, Guasp los reduce a dos categorías: derechos subjetivos y obligaciones. Los primeros se entienden como el poder conferido por el ordenamiento jurídico para la protección de un interés, idea que fuera analizada por Carnelutti y Goldschmidt en sus dos sentidos más importantes. Las segundas son la necesidad de una determinada conducta, exigida por el ordenamiento jurídico. Dentro de estas amplias caracterizaciones, intenta incluir las potestades, atribuciones, y también a las

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 nuevamente la duda en cuanto a precisar si por realidad se alude a lo ideal; en cambio ya no puede aceptarse que el proceso sitúe a los sujetos que en él intervienen en un plano de desigualdad y subordinación porque la idea jerárquica sea consustancial con el concepto, pues si bien con estas palabras no se afirma el despotismo del oficio o no se afirma claramente, cabe, siguiéndola, negar, como ya lo hiciera Goldschmidt, una responsabilidad procesal del órgano judicial, lo que en sí muestra ya un verdadero peligro.

Por el contrario, sería inusitado que sobre tal aserto se llegara al criterio de Carnelutti, de que el proceso es el medio de someter la voluntad ajena por conducto de la potestad del juez, pues es más fácil concluir que son las partes las que quedan bajo éste. En síntesis, el poder no es pertenencia, ni exclusiva ni definitiva del funcionario, sino que resulta de la colaboración social, base de la competencia, y debe ser compartido en cada caso procesal, con apego a la legalidad; de otra manera no se entendería la casación por abuso de poder, ni el amparo por violación a las garantías individuales.

De igual modo, mientras resulta casi irreprochable la consecuencia de que el proceso no es modificable en su contenido por las voluntades de los sujetos, sino dentro de límites reducidos; es falso y peligroso afirmar que el proceso se adapta a la realidad de cada momento sin que el respeto a situaciones subjetivas anteriores tenga la misma fuerza que en una relación contractual, pues con ello no se mejora la figura básica de la preclusión, y en cambio se desfigura la realidad, donde los casos de nulidad surten consecuencias a veces insólitas; con esta tesis, de un dinamismo en serie se pasa a un actuar indeterminado y modificable a voluntad del juez. Siempre cabe entender las palabras de Guasp en el sentido de que lo no respetable fatalmente es la relación sustantiva, porque en el proceso se debata su validez; pero entonces la afirmación carece de trascendencia y desnaturalizante del proceso.

En el punto destinado a concluir con el perfil del proceso, mediante el análisis del complejo de vínculos que ligan las voluntades adheridas a la idea objetiva común, Guasp los reduce a dos categorías: derechos subjetivos y obligaciones. Los primeros se entienden como el poder conferido por el ordenamiento jurídico para la protección de un interés, idea que fuera analizada por Carnelutti y Goldschmidt en sus dos sentidos más importantes. Las segundas son la necesidad de una determinada conducta, exigida por el ordenamiento jurídico. Dentro de estas amplias caracterizaciones, intenta incluir las potestades, atribuciones, y también a las

cargas. El tema, aunque importante, no pertenece al análisis de estos capítulos y habrá que remitirlo a su lugar.<sup>266</sup>

En resumen, puede decirse que es inútil pretender obviar el problema transitando por su periferia y evadiéndose en la tangente. Tampoco basta con inordinar al proceso en la institución. Aparte de que esta misma idea requiere de una severa crítica, en ella caben el matrimonio y la nacionalidad, las asociaciones y la profesionalidad, etc. No sería difícil aplicar la descripción de Guasp a cualquiera de esas figuras, ni imposible que las consecuencias fueran también adecuadas.

En cuanto al proceso, o se trata de algo peculiar, no por lo exótico sino por lo unívoco de su significado, o realmente no existe el objeto. En otras palabras, con la teoría de la institución ha sucedido que en lugar de dar a conocer lo específico del objeto de conocimiento, lo irreplicable de su concepción, se ha mentado un tipo común a varias materias. Félix Kaufman<sup>267</sup> ha dicho que la posición contenida en los juicios consiste en la coordinación entre **lugares** y **cualidades**, en cuya virtud determinados lugares son **ocupados** por ciertas cualidades. En consecuencia, los lugares y cualidades, enlazados en tal coordinación, en virtud de lo afirmado, deben ser cognoscibles también con independencia de ella, porque en otro caso no sería posible verificar la afirmación. Sin embargo, ese **estar a disposición en el ánimo**, como diría Kant, no debe ser interpretado como si existieran lugares y cualidades en sí; su recíproca independencia no debe ser concebida como la posibilidad absoluta de aislarlos, sino como variabilidad independiente, con lo que se quiere decir, que en principio, no importa qué lugares puedan ser ocupados por no importa qué cualidades. Las cualidades son objetos no independientes, y esta reflexión es especialmente importante para la metodología, porque se confunde siempre la cuasiamplicación del saber de objetos ideales que se alcanzan reflexionando sobre lo **propiamente mentado**, mediante la reconstrucción racional, con la auténtica ampliación del saber de hechos, mediante experiencia complementaria. Describir una cosa o un fenómeno quiere decir el indicar cómo están ocupados determinados lugares y estas indicaciones se pueden ampliar indefinidamente. Describir un **tipo**, por el contrario, quiere decir ofrecer la caracterización de un concepto que señale un número determinado de características indeterminadas que podrán ser determinadas más tarde, teniendo en cuenta una experiencia complementaria.

Estas palabras de Kaufman son enteramente adecuadas a la tesis de la institución que no explica el fenómeno del proceso, sino un tipo jurídico, dentro del que el proceso puede ser ubicado.

266 *Supra* N° 67.

267 *Metodología de las ciencias sociales*, op. cit., pp. 31 a 33, 37, 40 y 94.

## 109 El proceso como serie de actos proyectivos.

El carácter institucional del proceso proviene, en primer lugar, de esa posibilidad de conjugar las normas jurídicas por razones de diversa índole, que inicialmente pueden agruparse en cuatro sectores:

Si alguien preguntara, ¿de qué cosa es nombre las palabras proceso jurídico?, habría que responderle: de un objeto X. La incógnita es el tema de la indagación doctrinaria. Según que se responda circunstancial, calificativa, poética o sintéticamente, se tendrá una tesis diferente. Ver lo circunstancial del proceso puede ser útil y hasta necesario, pero de ninguna manera es señalar el qué de la pregunta. Otro tanto acontece con la perspectiva cualitativa, porque aquí las valoraciones serán puntos de vista relativos, como cuando se dice que el proceso es una relación pública, o una interferencia real y demás. Los proposiciones poéticas son del todo inverificables, son lo metafísico del tema: el proceso es el camino de la justicia, es la composición más valiosa, etc.; también se dice: el proceso es un juego o un drama, una empresa o un mal necesario. Queda, entonces, un solo camino: el concepto sintético. Se requiere sistematizar, lo que en pocas palabras se explica en las sucesivas, conexas y congruentes invariaciones técnicas posteriores: que no se vaya a expresar algo sobre el proceso, que sea simultáneamente aplicable a otro fenómeno, llámese procedimiento administrativo o **jurisdicción** voluntaria, función legislativa o institucional familiar.

En un primer sector, hay datos del proceso que por ineliminables pueden llamarse esenciales. Son los datos comunes a todo proceso, histórico o geográfico. Por ejemplo, el proceso necesita de instancias, sin ellas no hay el fenómeno. Podrán ser mayores o menores en número, pero siempre se tendrán instancias. Lo que éstas sean y su clase o especie, es problema que ya debió estar resuelto de antemano.<sup>268</sup>

El segundo sector corresponde a esas normas variables pero también de vocabulario común para la ciencia procesal. Son la parte técnica del proceso, es decir, la condicionalidad para alcanzar determinadas finalidades. Hay modos y formas procesales que originan pluralidad de procedimientos: escritos, orales, sumarios, ordinarios, plenarios, rápidos, incidentales, accidentales, etc. Lo esencial del proceso no se ve afectado por el cambio técnico, de ahí que si la finalidad es una sentencia constitutiva, una de condena, una declarativa, una penal, una civil, una administrativa, una constitucional, y demás, el proceso será por completo ajeno a las alteraciones que sufre la parte técnica.

El tercer sector podría ser calificado de político, porque dependen sus normas de la cultura, tradición, organización estatal, el medio ambiente en general. Así, hay normas del derecho anglosajón que son inope-

rantes o ininteligibles en el continental europeo. A veces, expresiones como **cross examination**, **exhibit on examination**, etc., son traducibles, pero sin correspondencia para el derecho mexicano. Un **pretrial**, o un **despacho sa- neador** forman parte del régimen político respectivo, el norteamericano en un caso, el brasileño en el otro.

El cuarto y último sector está compuesto por ese conjunto de normas que vienen a dar modulación particular a cierto proceso. La libertad pre-paratoria no tiene sentido en lo civil; y por ello **instrucción** es vocablo de significado distinto en lo penal y en lo mercantil, etc.

a) Nuevamente: la pregunta, ¿de qué cosa es nombre las palabras proceso jurídico?, debe responderse con lo pertinente al sector esencial. Es aquí que puede hacerse una definición **a priori**, la cual carecería de sentido si se estuviera contemplando un ejemplo técnico. De ahí que cuando se discute si la **ejecución** forma parte del proceso o no, quienes están por la afirmativa, tienen que ceder terreno al argumentárseles que la **eje- cución** penal está en el campo administrativo. Acontece, pues, que se está utilizando un lenguaje relativo para un objeto absoluto.

El proceso, conviene reconocerlo, es una institución; pero desde la idea institucional es factible avanzar hacia el análisis del Estado, de la familia, de las asociaciones, de la magistratura, de la abogacía, de la ac- tuaría y de cuantas formas jurídicas toman la afectación de un estatuto personal,<sup>269</sup> para elaborar un conjunto en que las reglas públicas o hete- rónomas, y las privadas o autónomas, repercutan recíprocamente, propi- ciando una reproducción vitalizante del derecho. En pocas palabras, la ins- titución está en el proceso como **tipo**,<sup>270</sup> por cuanto el proceso no es mera construcción a semejanza de los contratos o los derechos administrati- vos, etc.

Explica Eduardo B. Carlos<sup>271</sup> que el concepto de institución responde a una idea fuerza que emerge de uno o varios sujetos promotores, que recibe la adhesión de otros varios, idea que en sí misma, lleva su programa y su plan para lograr su realización, cuyo fin es el bien común de sus asociados.

Con el propio Hauriou, menciona los límites negativo y positivo. Res- pecto al primero, expresa que la institución es todo elemento de la so- ciedad, cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados, como la familia, el Estado, el municipio, etc. Al referirse a los límites positivos, indica que la idea objetiva del fundador, las adhe- siones que la misma recibe, y la sujeción de las voluntades son los tres elementos de la institución: idea objetiva transformada en obra social y que sujeta a su servicio, voluntades subjetivas indefinidamente renovadas.

269 *Supra* N° 3.

270 *Supra* N° 108.

271 *Op. cit.*, pp. 144 y ss.

Comenta Carlos que resulta difícil establecer con nitidez tales conceptos, puesto que esos complejos de voluntades vinculadas por un fin superior común, que subsisten y perduran en el tiempo, a pesar de todo, no escapan a las dudas que múltiples interrogantes plantean. De ahí que Soler, al iniciar su exposición del tema, haya expresado que la teoría de la institución, no obstante la empeñosa labor de sus propugnadores, no ha logrado franquear la nebulosa zona de lo no definido, de lo no aclarado o precisado.

Se ha reconocido que la idea de la institución proviene del campo administrativo y que se ha trasplantado al derecho privado. Pero estas no son todas las objeciones, a las ya indicadas de Soler y de Pina, se han de añadir las de Couture que en algún momento sostuvo el concepto del proceso como institución, o la cautela de los civilistas. Pero de la misma manera que no puede rechazarse la idea del contrato como una manera del acuerdo de voluntades para transferir obligaciones y derechos por la sola circunstancia de que en la práctica no haya acuerdo sino adhesión, tampoco puede desterrarse el concepto de institución porque sus adeptos la hayan empleado para fines políticos.

b) Si con entera objetividad se revisan los ejemplos más usuales de figuras institucionales, se advertirá que efectivamente hay algo en común en sus normatividades, una característica que desaparece en lo que no se denomina institucional. Se acude al Estado, al matrimonio, a la familia, la asociación y ahora al proceso. Tales figuras son contrastables con otras construcciones tales como los convenios, los contratos y los acuerdos.

Ya sin mencionar las que podrían calificarse de notas tradicionales en la caracterización de la institución, las cuales ciertamente son inadecuadas por carentes de significación verificable; se puede decir que una institución lo es, no porque haya una idea objetiva y voluntades adheridas, palabras sin sentido, palabras metafísicas, sino porque se trata de un cierto tipo de construcción normativa. Es decir, en determinado momento, la juricidad emplea el medio de combinar disposiciones heterónomas con otras autónomas, para lograr la indefinida repercusión de consecuencias, y esto lo hace alterando un estatuto personal.

Supónganse por un momento que en una época económica cualquiera, los Estados descubren que para incrementar el comercio exterior, es necesario el financiamiento a largo y mediano plazo de las ventas. Si varios países acuden a una solución financiera específica y la implantan definitivamente, se dice que la fórmula se ha institucionalizado. Esta es una manera vaga y frecuente de calificar los fenómenos. También se puede decir que el movimiento de sindicalización se ha institucionalizado, que el turismo es una institución de cierta región, etc. Aquí, la palabra institución se hace derivar de *instituir*, imponer, establecer o crear, y en ello asiste la

razón a los institucionalistas. Lo criticable es que el concepto no es jurídico, no es perteneciente a la técnica del derecho, en todo caso es un vocabulario social, común y corriente.

Ahora bien, para darle el matiz peculiar de lo jurídico, conviene volver a preguntar, ¿de qué cosa jurídica es nombre la palabra institución? Si tal cosa no existe, la palabra es sin sentido, estará aludiendo a una proposición vulgar, propia de otra esfera, no del derecho. Para que en lo jurídico exista algo institucional, es menester que haya, y esto parece una perogrullada, algo no institucional. El contrato es una figura no institucional. Sería institucional si del contrato se estuviera predicando con el lenguaje vulgar, diciendo que hace tantos siglos que se contrata, que en la sociedad humana el contrato es institucional. Pero esto no responde a la pregunta hecha. El contrato no es una institución porque se distingue de aquellas figuras que se han mencionado como institucionales. Así, frente a la familia, el contrato vive exclusivamente en la autonomía de los contratantes, mientras la familia está regida por normas heterónomas combinadas con autónomas.

Por ende, si se quiere que el contrato repercuta en la normatividad pública, por ejemplo, para efectos de tributación fiscal, entonces habrá que institucionalizar, no al contrato ni al tributo, sino al instrumento que los vincula, el cual no es sino el estatuto personal: hay que dotar al contratante del carácter de contribuyente. Entonces, el arrendador que contrata por un precio bajo, verá que sus estipulaciones trascienden al campo público cuando el pago de la expropiación se base en el precio del arrendamiento.

Todos los ejemplos de instituciones tienen el fondo estatutario mencionado: el Estado se convierte en persona y altera el estatuto de las gentes en nacionales y extranjeros; la familia califica el estatuto personal de los familiares por el parentesco; el matrimonio el estatuto de los contratantes; y el proceso comienza por determinar a las partes.

Cuando se concibe al proceso, con independencia de sus notas esenciales, cual una institución, se puede responder a otras preguntas de gran importancia práctica. ¿Por qué si la acción se considera derecho público, se puede transigir, desistir, renunciar, allanarse, reconocer, confesar y convenir en diferentes modos? ¿Por qué si la jurisdicción es una potestad pública, pueden las partes impedirla, suspenderla, interrumpirla, concluir la anticipadamente?

Tales preguntas no tienen sentido en el campo de los derechos subjetivos: convenios, acuerdos y contratos, porque si es factible que en la práctica haya adhesión de voluntades, esto viene explicado por el acuerdo. En general, en este sector, las partes **arreglan** las conexiones entre las respectivas pretensiones y prestaciones, de ahí la autonomía que prueba la índole privada de la relación.

Por lo mismo que el derecho privado no puede entenderse como normatividad heterónoma, como imposición de un sujeto sobre otro, porque el titular de una pretensión privada no puede apelar a la normatividad pública, a la fórmula de constreñir la voluntad ajena, a la coacción jurídica o a la compulsión legal por su propia mano, es por lo que convenio, acuerdo y contrato se encuentran aislados en su ámbito privado. La violencia aquí sería salir del derecho y entrar en los hechos físicos. Así pues, no es del derecho privado, sino del público, como es la disposición del artículo 17 de la Constitución mexicana, que los particulares pueden acudir a la autoridad, demandar de ella la intervención indispensable para inclusive, hacer un proceso sin intervención del Estado, lo que no pueden, es ejecutar la sentencia sin la anuencia de éste. Se puede pensar y pedir que el tribunal arbitral ejecute, pero si el Estado no lo consiente, la fórmula será impracticable.

Entre la pretensión convenida, el derecho subjetivo incluido en el contrato, y la pretensión de sentencia, hay una distancia manifiesta. Esta solución de continuidad está llenada institucionalmente, por un instrumento que permite la repercusión de la normatividad privada en la pública, del convenio en la sentencia. Ahora bien, si, como en el caso penal, no hay esa combinación, su ausencia en nada afecta el carácter institucional del proceso penal, porque aquí también hay posibilidad de acuerdos procesales y hasta de transacciones, desistimientos y conciliaciones, como cuando el Código Fiscal de la Federación, permite que el ministerio público no acuse, o se desista, si el acusado de contrabando paga el impuesto. Por lo demás, hay un sector llamado de los delitos privados, donde el convenio alcanza toda su eficiencia, trascendiendo hasta la eficacia del accionar que no deja de ser del ministerio público. Si faltara la institucionalidad, el procedimiento sería conciliatorio, fórmula de composición sin alteración de la personalidad que seguiría viviendo en el acuerdo: campo privado donde la heteronomía queda fuera, excluida y sin aplicación, sin repercusión.

c) El proceso, pues, está en este tipo de construcciones jurídicas que deben denominarse **instituciones** por todas y cada una de las razones expuestas antes. Pero decir que el proceso es una institución es clasificarlo, no definirlo. Por la clase de tipo a que pertenece, se explican ciertas eventualidades procesales, y cabe señalar la coexistencia de normas públicas y privadas, así como la alteración del estatuto personal. Es institucional el proceso y debido a ello, se puede pactar la renuncia a la apelación en el arbitraje, se puede celebrar el acuerdo sobre la competencia judicial, se puede nombrar un notario en lugar del secretario oficial, se puede convenir en los peritos, y hay acuerdo en los jurados del proceso penal; en fin, la institucionalidad reúne proceso y procedimientos judiciales no procesales, como los de liquidaciones de masas hereditarias o concursuales, la **jurisdicción** voluntaria y las **ejecuciones**. Todo va al fondo común de la institu-

cionalidad y, si se sigue ampliando el panorama, del proceso se pasa a los procedimientos y de éstos a construcciones estáticas como la familia y el Estado.

Estas son las causas específicas de la institucionalidad del proceso, pues se ha querido que la normatividad pública repercuta en el ámbito privado y viceversa. Así, cuando el convenio entre las partes hace superfluo el instrumento, el proceso deja de tener razón de existir y desaparece. Por ello, también, muchas veces se deja a las partes que acuerden o convengan en si la recepción de las pruebas se hará en el procedimiento escrito o en el oral.<sup>272</sup> Con ello no se hace depender el procedimiento mismo de las partes, sino la práctica de uno y no de otro.

Por obra de la construcción institucional, hay diferencia entre litigantes y accionantes, aunque físicamente sean los mismos, porque el derecho procesal, la normatividad respectiva, determina quiénes pueden accionar, aunque para hacerlo se remita al derecho civil; pero ni siempre acontece que los sujetos civilmente hábiles para ejercer ciertos derechos pueden accionar, ni es cierto que todo sujeto civilmente inhábil esté impedido para accionar, como sucede en el proceso laboral. Lo institucional opera, entonces, afectando la habilidad personal, el estatuto y al hacerlo, crea el instrumento que le permite la repercusión de normas de un campo en el otro. Otro efecto, muy importante en la afectación personal, es la creación de órganos. Ya en la asociación aparece la legitimación, en el Estado el funcionario, en el proceso el titular de la jurisdicción, sea juez oficial o árbitro privado. Hay una distribución de funciones que son propias de la organización, la cual se mira, tanto en el Estado como en la familia o el matrimonio.

Queda ahora la cuestión central, ¿de qué cosa es nombre las palabras proceso jurídico? Se ha visto que la institución tipifica al fenómeno, pero no lo define. Para encontrar el significado del vocablo hay que ir a la intuición. ¿Qué se mira cuando se menciona el vocablo proceso? Se observa un fenómeno que es inconfundible, que no tiene ni paralelo ni sinónimo. De otra manera no tendría importancia hablar del proceso, sería suficiente quedarse en el estadio de las palabras: modo de resolver problemas jurídicos. Todo cuanto se añade poéticamente, como concreción de la norma abstracta o composición del litigio, es insuficiente, atrás y fuera de ellas queda el proceso en sí.

No sería pertinente volver a hablar del proceso como garantía de los intereses sociales o colectivos y particulares o privados, ya no se está en el caso de pensar si en el proceso hay facultades y potestades o derechos y obligaciones. Lo único a que hay que responder es a lo elemental del problema esencial, ¿qué es el proceso?

272 Artículo 299 del código procesa civil distrital mexicano.

Obviamente, el observador debe dirigir su atención a un fenómeno de hoy y de siempre. Hay que buscar lo absoluto, lo *a priori*. Nada ha de quedar de las reglas técnicas, políticas ni modulatorias; tan sólo lo verdaderamente esencial, lo que da la sustancia misma del proceso.

Con esto se llega a un primer resultado: el proceso es un compuesto, luego su determinación viene de los elementos que le integran y de la manera que lo hacen: su estructura.

Los elementos son: los actos proyectivos. La estructura: la serie.

Los dos términos: serie y actos proyectivos, tienen concreción o significación verificable plenamente. Su semántica es conocida en los dos campos: el común tratándose de actos y de serie, el técnico tratándose de proyectividad. Podría decirse que lo único nuevo es la tecnificación del vocablo **proyectivo**, que ha sido significado antes.<sup>273</sup> Alude a la instancia única que, partiendo de un sujeto, llega hasta otro a través de un tercero.

Combinar los datos semánticamente comunes con el técnico, es presentar una invariación de notas, *a priori* determinadas, cuya verificabilidad depende del sentido del contexto en que se usan. Aquí ya no se requiere explicar que **acto** es el resultado positivo de una conducta, porque tal significación es conocida vulgarmente. Tampoco es menester decir que **serie** es el avance o retroceso graduado por unidades, porque tanto en el derecho, como en las matemáticas o el lenguaje corriente, se sabe que frente al conjunto está la serie, que uno es el **montón** o **amontonamiento** de objetos, y otro es el progresivo incremento o disminución de cantidades. La serie parte de uno, sigue con el dos, continúa con el tres y así sucesivamente, o baja del uno al décimo, al centésimo, al milésimo, etc. En el derecho mercantil, por ejemplo, se conocen los documentos **seriados**, aquéllos que se expiden numeradamente en progresión: bonos, cédulas, letras de cambio, etc., en serie, no es conjunto simplemente, sino conjunto numerado progresivamente.

Así pues, cuando se conectan los términos: actos, de significación común, serie de significación corriente, y **proyectivos** de sentido técnico convenido arbitraria pero verificablemente, el producto es una definición que tiende a abarcar cuanto fenómeno pueda recibir la denominación de proceso. Sólo proceso, ni más ni menos.

La serie está en el proceso, es una de sus características, en cuanto los actos que le constituyen se suman uno a uno hasta llegar a la convergencia. Las sumas pueden ser parciales y tender hacia un límite, de manera que se habla de serie **convergente**, o bien se va hacia lo ilimitado y se alude a la serie **divergente**. En el caso de la convergencia, el límite es la **suma** de la serie, y sólo en este caso se habla de valor definido que es la suma.<sup>274</sup>

273 *Supra* N° 74.

274 Ec. C. Tithshmarsh, *Esquema de la matemática actual*, p. 88.

La segunda unidad es el acto proyectivo. Se trata de actos que pueden ser distinguidos de los restantes, por su dinámica exigencia de complementación.<sup>275-276</sup> El acto proyectivo explica la trama, la malla de cierta actividad humana. Fuera del derecho se puede hablar de proyectividad en el juego o el arte escénico y de ahí la tendencia de las doctrinas metafísicas, empleando lenguaje poético para un conocimiento científico.

En esta clase de actos no se encuentra una regla de necesidad natural, sino la intención de armar un conducto unitario, una constelación que se ha completado por obra de la convencional cooperación de un grupo **organizado** de sujetos. La conducta de cada uno recibe cierta propiedad de enlace con la conducta de los demás, sin que cualquiera de los sujetos pueda salirse de las reglas, so pena de que el juego, la representación teatral o el proceso pierdan su significado.

Es por ello que en lo procesal se encuentra un **plus** del simple procedimiento. Los órganos legislativos también enlazan sus actividades en el procedimiento creador de la vigencia de la ley, pero no hay proceso, simplemente procedimiento, porque faltan: la serie convergente y la proyectividad. No se trata de que el procedimiento legislativo esté impedido para llegar a un fin cierto, sino de que la meta puede conseguirse aún salvando trámites, aún dejando de cumplir ciertas formas y actos. En un procedimiento basta la mecánica conexión;<sup>277</sup> en un proceso es menester respetar la **serie** y la **proyectividad** que tiene su mejor expresión en la bilateralidad de la instancia.

El concepto de proceso como **serie de actos proyectivos**, está dado **a priori**, porque no depende del criterio subjetivo de ninguna de las personas que en él intervienen, ni siquiera del legislador. Según Pietro Castro,<sup>278</sup> desde que las partes acuden al tribunal hasta que se decide, media un camino más o menos largo, que no se recorre de una sola vez, sino por etapas más o menos estrictamente señaladas. El medio de adelantar en este camino es el acto procesal de las partes y del tribunal, de ahí el nombre de proceso como **avance**.

Si los efectos institucionales atañen a la modificación de la habilidad y a la misma personalidad jurídica, de manera que por su **tipo**, el proceso se asemeja a otras figuras institucionales; como serie, como **suma** de categoría especiales: etapas y actos, todos éstos se enlazan como formando una cadena, que comienza con la demanda y termina con el acto que cita para sentencia. A partir del primero, dice Pietro Castro,<sup>279</sup> cada uno es

275 Puede verse un empleo filosófico de la palabra en la obra de Martin Heidegger.

276 *Introducción a El Ser y El Tiempo de Martin Heidegger*. José Gaos, p. 72; *El ser y el tiempo*, Martin Heidegger, p. 218; *La filosofía de Martin Heidegger*, A. De Waelelens, p. 95.

277 *Supra* N° 70.

278 *Op. cit.*, I, p. 6.

279 *Op. cit.*, I, p. 7.

consecuencia del anterior y antecedente del que sigue. Cada uno de ellos crea una situación jurídica que por sí no tiene valor sino en relación con la que le antecede y la que le sigue, hasta el final: el auto que cita para sentencia.

La serie procesal es convergente, y por ello desde el artículo 23 constitucional mexicano, se ordena que ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Esta cualidad fue atendida por el legislador cuando al final del artículo indicó que queda prohibida la práctica de absolver la instancia. Se miró, por tanto, a la adición parcial imponiendo la llamada **instancia**, o sea el período procesal ante el primer juzgador, y el límite de convergencia de **instancias**.

La serie, en el proceso no impide que haya reglas de modulación, como cuando para lo civil se dice que el juez puede eludir escritos de réplica y dúplica, citando a una junta verbal para fijar con claridad el debate.<sup>280</sup> Tampoco impide la modalidad del juicio llamado sumarísimo del artículo 432 del código procesal civil distrital, que indica que para los casos en que se aplica, no se requieren más solemnidades que oír a las partes, primero al actor, en seguida al demandado, recibir en ese **orden** sus pruebas y dictar la resolución.

La proyectividad, a su turno, alude a tres principales cualidades de estos actos especiales, que se presentan por lo mismo en el proceso, y es debido a este simple hecho que ellos adquieren: integrabilidad, energía y progresividad.

Física, materialmente, un acto procesal no se distinguiría de otro cualquiera, al grado de que el lego que observara al abogado hablando con el juzgador, no sabría distinguir cuándo está accionando procesalmente y cuándo se limita a conversar. Para delimitar el acto procesal es preciso intelegir su sentido de **integración**, captar ese significado peculiar de proyectarse hacia otros dos sujetos, no sólo hacia el juez, sino hacia la contraria.

Podría ocurrir que el accionante, antes de la audiencia o en el transcurso de ella, conversara con su contraria o los empleados del juzgado. ¿Cómo distinguir entre el diálogo y el accionar? ¿En qué puede advertirse la **actuación** procesal de otras actitudes, tales como cambiar impresiones? Sólo **conociendo** los efectos proyectivos del acto, sólo sabiendo que lo expresado frente a un juez y la contraria, tendrá repercusión ineludible, forzosa, legalmente establecida por el legislador, aunque esté muy alejada en el tiempo.

Se trata, por ello, de la coordinación prevista que va más allá de un simple complemento. El contrario puede caer en contumacia, mostrarse inactivo, ya que si la norma exige su contestación, la conducta depende

<sup>280</sup> Artículo 280 del código procesal distrital, derogado pero en vigor en los restantes códigos de la República que le copiaron originalmente.

de la persona. En tales condiciones, la complementabilidad es insuficiente, el legislador acude entonces a la suplementabilidad. La parte contumaz no puede impedir que se forme la serie, que surta sus efectos de **proyección** la instancia ajena. Ante la inhibición, el legislador puede optar por atribuir al juez una competencia procesal determinada: suplementar la inactividad del contumaz.

La **energía** del acto procesal tiene esos dos aspectos: impulso de parte e impulso jurisdiccional. Así se aprecia en las palabras de Robert Wyness Millar, <sup>281</sup> que la activación de la causa <sup>282</sup> es la actividad que mueve adelante, de fase en fase, y que puede asignarse a las partes o al tribunal. De acuerdo con ello, se distingue entre el impulso por las partes o por el tribunal. Es verdad que el legislador llega a confundir entre el impulso y la eficacia de la acción, de modo que, por ejemplo, en el decreto de 30 de diciembre de 1939, que adicionó los artículos 74 y 85 de la Ley de Amparo, estableció una caducidad por falta de promociones oportunas y ordenó el sobreseimiento del juicio. Este error ha sido corregido en la reforma de 1968, pero consistió en confundir el principio de presentación de parte con la contumacia.

Finalmente, la **progresividad** se refiere a la regulación por grados y fases, etapas y períodos. Se habla de fijación del debate y luego del ofrecimiento de las pruebas y de los alegatos.

Claro está que la definición: serie de actos proyectivos, podría ser objeto de una explicación posterior y más amplia, de concepto por concepto y marginalmente de sus cualidades; pero entonces ya no sería una determinación esencial sino una descripción minuciosa.

Sencillamente, cada uno de los términos de la definición tiene posibilidades de ampliación al detallarse sus efectos. Así, la proyectividad explica el anudamiento de los actos en situaciones definitivas, y esto impide el desvío, el retroceso o la repetición, lo cual, por otro lado, no impide juzgar de la validez de lo actuado. Pero lo importante es que ni el acto administrativo, ni el legislativo se conforman procesalmente, porque no tienen ese caminar sobre esclusas con actos proyectivos. Los estadios que miran a la seguridad de la serie, la dirección convergente que explica el progreso, no tienen aplicación cabal fuera del proceso. Y no porque no existan procedimientos administrativos regulados en serie, sino porque la invariabilidad de ésta es propia de lo procesal, en tanto que en lo administrativo o lo legislativo, el salvar trámites, momentos, pasos o cruces, es frecuente y legítimo. Ha surgido últimamente la tendencia a formalizar el procedimiento, tanto en lo administrativo como en lo legislativo. Se habla del acto reglado frente al discrecional, y del procedimiento público, como la vía cierta y segura para la consecución de un fin. Pero la progresividad

281 Op. cit., p. 81.

282 *Processbetrich*.

que deriva de la serie es un fenómeno llevado del proceso a los demás campos, de manera que no siendo peculiar de éstos, su incumplimiento no es violación.

También se puede y debe agregar que de la definición: serie de actos proyectivos, se deriva el sentido de eficacia del proceso, frente al significado de eficiencia del derecho sustantivo. Así es, porque en lo procesal, el resultado es cierto y fijo, propio del instar y del acto jurisdiccional, mientras que la eficiencia es el producto buscado, que sólo se obtiene si hay base, justificación de fondo, prueba de la existencia de la relación material. Es obvio, que a través del eficaz accionar se pretende la eficiencia del derecho discutido; pero los órdenes **sistemáticos** son distintos y cabe que, siendo eficaz el accionar, la pretensión resulte insuficiente o deficiente. Como es factible que siendo eficiente la pretensión, el accionar sea ineficaz.

Con la **tipificación** institucional de esta **serie de actos proyectivos**, se asciende al plano de la repercusión de efectos del ámbito del derecho privado en el público y viceversa. Como entre los dos órdenes no hay un **sistema** de capilaridad, el cual permitiría que una norma privada produjera una pública y a su turno la pública otra privada, es menester **institucionalizar** los dos grupos, alterando el estatuto personal, para permitir que el contratante pueda ser accionante y que éste pueda renunciar, transigir, desistirse, etc. Si la institucionalidad del proceso explica este mutuo y recíproco repercutir de normatividades públicas y privadas, en cambio no explica la **integrabilidad**, la **energía** ni la **progresividad** del proceso, características que surgen de la **definición** del fenómeno. En Roma o en el Medievo, entre los aztecas o en el derecho actual, el proceso será esa **serie de instancias proyectivas**, por más que las reglas técnicas, políticas y de modulación, cambien de época a época, de país a país, de materia a materia. Un proceso es la **serie de actos proyectivos** en lo civil, lo mismo que en lo penal, en lo laboral que en lo administrativo, etc.

## CAPITULO II

- 110 La actividad procesal. 111 Las circunstancias. 112 Hechos y actos en el proceso.  
113 Los actos procesales. 114 Clasificación de la actividad procesal.  
115 El contenido de los actos.

## 110 La actividad procesal.

Una serie de actos proyectivos significa en la realidad cotidiana de los tribunales, y en su caso de las sedes arbitrales, el continuado actuar de ciertos sujetos, pues la conducta humana es el ingrediente forzoso del proceso.

El término *acta*, explica Manzini,<sup>283</sup> 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 que vino a designar lo que en derecho italiano y francés se denomina *proceso verbal*. Hoy puede decirse que por *acta*, frente a *acto*, se entiende la constancia del último, su objetivación escrita.

Si toda la actividad del proceso se pudiera compendiar se formaría un conjunto de *actas*, operación fascicular que la llama Carnelutti,<sup>284</sup> por la cual se evita la dispersión de los documentos y se logra forman volúmenes según las normas atinentes a la reunión de los escritos singulares. Por otra parte, agrega Carnelutti,<sup>285</sup> no sería posible encontrar los fascículos singulares si no existieran registros donde se hacen las respectivas anotaciones.

Como advierte la doctrina,<sup>286</sup> 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**, vale decir, de la actividad proyectiva, o por el resto de personas que de cualquier manera intervienen en el proceso. Esclarecer este punto es fundamental para hablar de actividad netamente procesal.

Lo dicho lleva de la mano a la diferencia entre proceso y procedimiento, porque unos pueden ser sujetos del proceso y otros del procedimiento. Unos actúan proyectivamente y otros sólo instan peticionando, denunciando, querellando, en queja o en reaceramientos.<sup>287</sup>

No debe llevar a confusión el hecho de que en ciertas circunstancias, un sujeto no llamado por la ley para ejercer cierta actividad originalmen-

283 *Derecho procesal penal*, cit. T. III, p. 3, nota 1.

284 *Lecciones sobre el proceso penal*, cit., T. III, pp. 127 y ss.

285 Página 128.

286 Manzini, *op. cit.*, T. III, p. 3.

287 *Supra* N° 71.

te, la realice efectivamente, como sucede cuando por disposición legal, el secretario supla al juez y ejerza jurisdicción; o bien cuando el abogado accione verdadera y materialmente no siendo el actor ni el demandado sino el patrono de ellos. De ahí que al hablar de la actividad, se ha de comenzar por dejar en las sombras al sujeto de la conducta. Puede encontrarse en la doctrina una posición contraria, es decir, los autores suelen formar una dependencia del acto respecto al sujeto. La preferencia por la clasificación del acto, tiene la explicación de las ventajas que existen al identificar primero el objeto llamado acto, con independencia de su autor, porque éste, eventualmente, puede, o no ser quien positivamente efectúe el acto, o su acto sea instancia simple y no proyectiva, cuando el sujeto es titular del accionar procesal. Para no incurrir en generalidades que deban sufrir excepciones injustificadas, conviene comenzar por la actividad y luego buscar la titularidad.

El inicio, pues, de la investigación, obliga a distinguir entre actividad procesal y la procedimental, para después considerar el desarrollo de cada uno y sus condiciones y circunstancias.

a) No siempre se ha distinguido entre proceso y procedimiento, lo que tiene su explicación en que prácticamente van unidos, pues no se puede mirar un proceso en sí, es menester observarlo en el procedimiento. Pero así como el color está en las cosas cualitativamente, y se identifica porque los objetos pueden cambiar de color y los colores pertenecer a otros objetos; igualmente se sabe que el proceso está en el procedimiento, pero puede haber procedimiento sin proceso, puede estar el procedimiento en una actividad administrativa o legislativa.

No han faltado intentos de romper la sistemática procesal, y así, por una parte se ha hablado, como lo hiciera Alberto Trueba Urbina,<sup>288</sup> de una rama autónoma por la especialidad de sus instituciones, de sus principios básicos, y por su independencia frente a otras disciplinas, aunque ello no excluye sus conexiones con ellas; y por otro lado se ha sostenido que entre proceso y procedimiento no hay diferencia importante, tal como lo hiciera Manuel Rivera Silva,<sup>289</sup> diciendo que en lo relativo a la separación conceptual del proceso y el procedimiento, la doctrina mexicana es más simplista que la extranjera, la que algunas veces invade los campos del bizantinismo con discusiones que recuerdan entretenidos rompecabezas, sin ninguna trascendencia en el campo del derecho.

Esa tendencia, primeramente señalada, de introducir supuestas diferencias entre procesos de diversos campos, implica una ruptura con la teoría general del proceso, tan sólo por motivos que son, primeramente, atribuibles al procedimiento. La segunda postura, de prosperar, no sólo

288 *Derecho procesal del trabajo*, T. I, pp. 21 y ss.

289 Reseña bibliográfica del *Derecho procesal penal* de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene hijo, en *Revista de la Escuela de Jurisprudencia*, T. VIII, Núm. 30, p. 330.

impediría la distinción de los casos por el distinto procedimiento empleado, sino que llevaría a confundir proceso con procedimiento que puede surgir en otros ámbitos: administrativo, legislativo y convencional.

Pues bien, para quienes el procedimiento sí tiene individualidad, cabe considerarlo como la sucesión en su sentido dinámico de movimiento. Tal decía Couture.<sup>290</sup> El sufijo nominal **mentum**, explicaba es derivado del griego **menos**, que significa principio de movimiento, vida, fuerza vital. Esta caracterización, y la propuesta por Alcalá Zamora y Levene,<sup>291</sup> como la noción que se liga con el desarrollo de la actividad procesal, y que se podría describir como serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma prescritos en cada caso por el legislador y relacionadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo; tales nociones han de estimarse como acercamientos al centro del problema, sin que hayan llegado a desentrañar la nota que separa al proceso del procedimiento. Y, debe insistirse, el hacerlo, el distinguir entre proceso y procedimiento, es algo que tendrá que sustentarse constantemente, porque, como ahora sucede, de ello dependerá el tratamiento que se dé a los temas en estudio. Si ahora se considera la **actividad**, de no esclarecer lo que vaya al proceso y lo que quede en el procedimiento, será inútil pretender la **sistematización** de la teoría sobre el proceso.

b) El procedimiento, se ha dicho antes<sup>292</sup> es la **sucesión de conexiones** de los actos jurídicos. No es la simple sucesión, ni tampoco basta con la referencia a los actos, debe destacarse la conexión, porque la sucesividad de conexiones es lo procedimental. Por ejemplo, sucesión hay en el mundo físico: días, noches, horas, minutos, segundos, primer priso, segundo, tercero, un predio, el siguiente, el de más allá, etc. La sucesividad sola es insuficiente para lo que en derecho ha de entenderse como procedimiento.

Si se agregara el término actos, entonces, toda figura, toda manifestación de sucesividad de actos, sería un procedimiento; y así se tendría que el contrato de suministro es sucesividad de actos, el de arrendamiento también, e igual las pensiones alimenticias. Una vez, otra y muchas más, no son bastantes para dar la significación del procedimiento.

Por supuesto, la tendencia doctrinaria a separar el procedimiento por la forma, es descartable inmediatamente. Bastaría decir que el proceso no se ve si carece de forma. De manera que volviendo a la definición dada ahora: **sucesión de conexiones de actos de distintos sujetos**, se tiene: primero, que sin la sucesividad el procedimiento es imposible. Segundo, si no se trata de actos humanos, cualquiera otra sucesividad es indife-

290 *Fundamentos*, cit., 3ª Ed. de 1958, p. 202.

291 *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 45.

292 *Supra* N° 70.

rente a la noción jurídica. Tercero, la sucesión de actos puede significar el cumplimiento de una relación estática, como el contrato de suministro, donde el cumplimiento material es lo sucesivo, pero la obligación está permanentemente, estáticamente considerada de una sola vez y por todas. Lo que viene a completar, a precisar el concepto de procedimiento, es que las conexiones estén previstas en sucesividad. Si se revisa el artículo 1550 del código civil distrital mexicano, se encontrará que respecto al testamento ológrafo, se dice que, hecho por duplicado e imprimada la huella digital en cada ejemplar, el original, dentro de un sobre cerrado y lacrado, será depositado en la sección correspondiente del Registro Público, y el duplicado, también encerrado en un sobre lacrado y con la nota en la cubierta, de que se habla después, será devuelto al testador. Aquí hay un procedimiento: por lo menos, las conexiones son dos y sucesivas: entrega de un sobre y devolución por el registrador.

Las conexiones de actos no pueden realizarse cuando falta la pluralidad de personas. Si una norma se refiere a cierta sesión del tribunal y expresa: que leída el acta, el secretario pondrá a consideración de los juzgadores el proyecto de sentencia y si éstos nada dijeren procederá a tomar la votación; en este supuesto, sólo habrá conexión de actos al final: en la votación, pues faltando la intervención de los juzgadores al principio, el secretario sería quien actuara doblemente: leyendo y preguntando si hay observaciones. Claro está que la norma puede entenderse como conexión de conductas, pero si éstas son omisivas, esto es, se manifiestan en la pura abstención, falta el punto físico, material, que permita identificar la conexión. También es conocido el mecanismo legal, por el que se vinculan actos con omisiones: ofrecida una postura en un remate, se esperan cinco minutos, pasados los cuales el juzgador preguntará si alguien la mejora, en caso contrario fincará el remate. La conexión es de acto a objeto que mide el tiempo: el reloj, luego no hay procedimiento sino meras conductas sucesivas.

c) El procedimiento no puede significar conexión de hechos, ni de conductas con hechos. Si el actor llega a la mesa del oficial de partes y deposita la demanda, mientras no aparezca la conducta siguiente: la recepción del documento, la conexión procedimental está ausente. Hay un ejemplo excelente en el fenómeno del aluvión. Se puede pensar en una sucesión de desprendimientos de tierras de una orilla del río que van a la opuesta. Aunque los hechos se produzcan sucesivamente y haya obvias conexiones de masas de tierras, no habrá procedimiento.

Para evitar posteriores dudas, es preciso indicar expresamente que la conexidad aludida no es la material aproximación de objetos. La conexión que da origen al procedimiento es la que idealmente se mienta en la norma. Presentar la demanda es conexión, porque legalmente significa dar un documento y recibirlo. Esto es un primer contacto, a él debe seguir

otro legalmente previsto, o no habrá procedimiento, como sucedería con el pago de una deuda, donde no se previera posterior conexión.

Es manifiesto, entonces, que el procedimiento es la mecánica sucesividad de conexiones de actos jurídicos de diferentes personas. El fin será distinto en cada supuesto, la forma podrá variar y la conexión será oral o escrita, por medio de señas como en los sordomudos o por otro tipo de mensajes: luminosos, con objetos como la posición de banderas en la marina, etc. Hay pues, un interrelacionar de conductas positivas, que se toma como punto de una serie más o menos regular, fija o definitiva, porque el procedimiento estricto viene en lo procesal.

Otro aspecto que debe anotarse es el truncamiento de un procedimiento. Como no se trata de capturar lo acontecido, sino de un deber ser, una normatividad, el significado de cierta clase de conceptualización, también hay procedimiento cuando éste se interrumpe, suspende o termina anticipadamente. Que la sucesión de conexiones no llegue a tener realidad, es un acontecimiento, un suceso que merece estudio especial; pero cuanto se diga sobre el tema, no resta nada a lo explicado sobre la noción del procedimiento, de la misma manera que nada cambia sobre el contrato de compraventa, si las partes no se ponen de acuerdo y no se celebra el propuesto. Pero, desde luego, trancar un procedimiento no es lo mismo que efectuar un trámite o una gestión aislados. Por ejemplo, si alguien se presenta en una oficina a preguntar cómo se obtiene la licencia de funcionamiento de un giro mercantil, no está instando en un procedimiento. Si alguien compra un esqueleto en el que deben anotarse los datos de una declaración fiscal de ingresos, no está instando un procedimiento. Si otra persona acude a la Tesorería a preguntar el día de pago, no está instando un procedimiento. Todas estas personas pueden no sustanciar el procedimiento relativo y no por ello se va a pensar que éste ha quedado truncado. Por ello no hay **actividad** procesal si el abogado acude ante el secretario para preguntar cuándo se dará entrada a la demanda, cuándo se notificará a un sujeto, quién es el actuario en turno, cuándo se lista una audiencia, etc. Más aún, es factible que el abogado convenza al oficial que es urgente su caso y debe ser visto con prioridad, tal gestión no es procedimiento ni parte de él. Pedir una cita a un magistrado y luego abandonar la sala, no es trancar un procedimiento, pero sí lo es presentar un escrito solicitando copias certificadas y dejar de tramitar su expedición.

d) Supuesta la identificación, tanto del proceso como del procedimiento, es necesario avanzar un poco más para ubicar la **actividad** en su ámbito peculiar.

La conducta humana se expresa en el tiempo y el espacio. Por razón de lo primero tiene temporalidad, por lo segundo forma. Es cierto que hay datos que sólo pertenecen al espacio y no atañen a la forma, pero lo contrario sería imposible, porque la forma es la apariencia y no existe

ésta si falta el espacio. Ello explica que en la doctrina haya un capítulo destinado al espacio como tal y otro a la forma como si fuera algo independiente o autónomo. Lo cierto es que como la forma puede darse en distintos espacios, tiene las propiedades que corresponden a toda cualidad, entre ellas, la de ser susceptible de abstracción.

Si se preguntara en este momento si bastan los datos mencionados para completar el cuadro de la **actividad**, habría que responder negativamente. Tiempo y espacio son indispensables, pero es necesario añadir las circunstancias y las condiciones.

Semánticamente se comprende que la circunstancia es cuanto materialmente rodea al acto, y como ha quedado aislado el grupo tempoespacial, la circunstancia tendrá que hacer alusión al resto de objetividades presentes al actuar. Por ejemplo, no es la misma la circunstancia en un procedimiento procesal que en uno legislativo. Los datos que varían son igualmente ingredientes de la **actividad**, y puede discutirse en la teoría y en la práctica, si se puede presentar un escrito en la sede del tribunal lo mismo que en el domicilio del secretario, o dejarse con el conserje que habita el mismo local del tribunal. Hay comunicaciones que se hacen por correo, por telégrafo y se habla de otras por teléfono, lo que lleva a pensar en el empleo de otros vehículos de comunicación: radio, televisión, etc.

Al lado de lo que es propio de la circunstancia, están las condiciones. A diferencia de aquéllas, se trata ahora de ese conjunto de previsiones legales que otorgan o restan validez a los actos, que les atribuyen una conexión u otra. Las condiciones vienen a propiciar la seguridad jurídica, porque en su ausencia se tendría la incertidumbre. Así, si se ejerce la acción, se **sabe** que hay un **presupuesto**: jurisdicción y reacción. Presentada una demanda se **presupone** una sentencia. Y si se mira hacia el pasado, jurídicamente entendido, toda demanda **supone** un conflicto, al grado de que doctrinariamente debe discutirse si puede darse el nombre de demanda a una promoción de procedimiento no procesal, como sería la **jurisdicción voluntaria**:

Las condiciones son de tres tipos: **supuestos**, **requisitos** y **presupuestos**. Los primeros se conectan hacia la anterioridad, los segundos de modo simultáneo y los terceros hacia el futuro. En la **actividad** la **condicionalidad** tiene la máxima importancia, porque predica los efectos y las consecuencias. Se puede predecir, teóricamente, la efectividad de cierto actuar conociendo su condicionalidad, porque ésta viene a ubicarlo en su ordenamiento jurídico especial. La condicionalidad de la petición es diferente a la de la queja, la de la denuncia a la de una querrela, la del reacertamiento a la de la acción. Hay, pues, necesidad de considerar, por su orden: la pertenencia de la **actividad**: al procedimiento o al proceso, en el tiempo, en el espacio, según la circunstancia particular y de acuerdo con su condicionalidad.

### 111 Las circunstancias.

Todo objeto, todo fenómeno, se encuentran rodeados de otros que están con ellos en cierta proximidad, muy inmediatos unos al grado de servirles de forma o apariencia y mediatos otros hasta una lejanía indeterminable. Si se toma un acto con su forma o expresión, en lo cercano estará el procedimiento; pero más alejadas se encuentran otras materias y acontecimientos que pueden tener con el primero alguna referencia. Hay pues, la posibilidad de incluir en la circunstancia una totalidad tan extensa que sea improbable mentarla siquiera, o una particularidad tan limitada que se confunda con la forma del objeto.

Lo que ahora se tiene en mente es la actividad, es decir, no un acto, sino la abstracción de los que se realizan en el procedimiento. Por ende, sería impropio aludir con la palabra circunstancia a la oralidad o escritura, a la sucesión de conexiones o a su condicionalidad. Para esto sirve la **cuantificación**, ya que permite delimitar en la evidencia, un objeto que será significado por el vocablo elegido. Y en esta ocasión, por circunstancia de la **actividad** se tiene esa constelación de cosas, más o menos próximas a ella.

Quedan excluidos los hechos, porque respecto a la actividad se puede hablar de simultaneidad o de concomitancia. Si al tiempo de levantar el **acta** se descompusiera la máquina de escribir, sería un hecho simultáneo, que por no estar regulado, ni como antecedente ni como producto, es enteramente ajurídico: no entra en la circunstancia de la **actividad**. También puede suceder que en la audiencia se tomen las declaraciones de los testigos, mientras que una de las partes fallece en su domicilio; este hecho es una concomitancia que para la **actividad** de ese momento procedimental no tiene implicaciones, aunque las tendrá para la **actividad** general del procedimiento; por tanto, no viene a ser una **circunstancia** de la audiencia ni del procedimiento, sino eso: un acontecimiento trascendental por ser concomitante.

Tampoco se habla ahora del fenómeno tempoespacial, pues ya se ha convenido en que siendo ingrediente de la actividad, lo que produce es la ubicación de ésta y no la circunvala.

Si por **circunstancia** de la **actividad** no se ha de entender, **cuantitativamente**, ni la forma, ni las condiciones, ni los hechos, ni el tiempo, ni el espacio; sólo queda buscar **al rededor** de esa **actividad** procedimental, aquellos datos que están presentes en su manifestación y que no son parte de las notas eliminadas.

Conviene hacer dos aclaraciones. La primera es que se viene hablando de la **actividad** procedimental y no de la procesal, porque las circunstancias de la última se implicarían en el procedimiento mismo. La segunda es que, si nada en la evidencia está fuera del tiempo y del espacio, al eliminar estos datos parecería acabar con la circunstancia; pero no debe ol-

vidarse que se está ante algo artificial, es decir, algo creado por el hombre en el tiempo y en el espacio y que en esos marcos toma concreción significada unívocamente.

Las **circunstancias** de que en seguida se tratará, están, pues, en el tiempo y el espacio; pero no son estos **significados** de los que se predica, sino de objetos que en ellos están artificial, humanamente estructurados, conformados, compuestos o arreglados; se habla de la **circunstancia** propia de la actividad procedimental jurídica.

a) Pocos autores han tratado de la circunstancialidad, y menos la han concebido autónomamente. Por ejemplo, Carnelutti,<sup>293</sup> habla de circunstancias procesales impeditivas y modificativas; pero lo hace con motivo de la clasificación de los actos procesales según el efecto.

Para este autor, las circunstancias procesales son hechos y, luego, en un lenguaje poético o metafísico, indica que reaccionan sobre un hecho principal. Las impeditivas lo hacen sobre hechos constitutivos o extintivos, paralizándolos definitiva o temporalmente. Una circunstancia impeditiva del poder del juez ordinario a cuya competencia perteneciese el litigio sería el compromiso que constituye el poder del árbitro nombrado por las partes. Por cuanto a las circunstancias modificativas, obran también sobre la eficacia de un hecho procesal constitutivo o extintivo modificándolo, como sucede con la cláusula **solve et repete** pactada entre las partes, que tiene eficacia constitutiva de una **carga** respecto de una de ellas y que modifica la eficacia de la potestad del juez, en cuanto la subordina de conocer todas o algunas de las razones propuestas por una parte, a la condición de que haya consignado a la otra, a título de caución, el bien pretendido.

Como se ve, en el primer sentido, las llamadas circunstancias son actos impeditivos, y en el segundo son actos modificativos. Ni siquiera se trata de verdaderos y propios hechos, de acontecimientos no vinculados por la relación procesal respectiva, o por ninguna otra, sino actos que están significados en los conceptos de la relación jurídica adecuada o respectiva: el compromiso en un caso, el pacto en el otro.

Tampoco puede decirse que, a fin de cuentas, se trata de circunstancias en el sentido más **amplio** del término, porque el empleo de la palabra **circunstancias** hace pensar en una nota o dato que aparta al objeto principal de cuanto le rodea. En Carnelutti no se está clasificando cuanto rodea al acto, sino apenas intentando destacar que lo impeditivo no es consustancial de lo principal, y lo modificativo viene de fuera para alterarlo. Esto último es propio de las condiciones, y por ello, la cláusula **solve et repete** se presenta como una eventualidad respecto de la **actividad**; en esta hipótesis, lo que acontece es que la eficacia de la acción está

supeditada al requisito de la caución para pretender válida o eficientemente.

En otras obras, particularmente las especializadas en terminología, como el **Diccionario de derecho procesal civil** de Eduardo Pallares,<sup>294</sup> ni siquiera se ficha la palabra. Lo mismo sucede en el **Diccionario de derecho y ciencias sociales**, en el<sup>295</sup> **Diccionario jurídico del trabajo**,<sup>296</sup> en el **Diccionario laboral**<sup>297</sup> y en **Los conceptos jurídicos y su terminología**.<sup>298</sup>

Por su parte, Henri Capitant<sup>298 bis</sup> explica que la palabra viene del latín, **circumstantia** y deriva del verbo estar alrededor de, empleándose 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 que autorizan y aún obligan al juez a pronunciar una pena inferior; y en sentido estricto refiriéndose a las circunstancias 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 o aún obligatoriamente las penas.

Raúl Goldstein,<sup>299</sup> a pesar de referirse a la misma materia de Capitant, omite el vocablo. Pero Rafael de Pina<sup>300</sup> llega a mencionar las circunstancias modificativas, como los elementos subjetivos u objetivos que en relación con el delito son susceptibles de afectar a la sanción, agravándola o atenuándola.

José M. Herrera Alarcón<sup>301</sup> habla de las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, citando lo dispuesto por el artículo 15 del código respectivo. Y A. Quintano Ripollés,<sup>302</sup> se refiere a la voz alemana **Umstand**, que en lo penal son las eximentes, atenuantes y agravantes, aunque en la moderna terminología se suele sustituir esta tradicional denominación por la de **Gründe** o causa, pero el término **Umstand** es muy usual en el léxico suizo.

La Enciclopedia jurídica **OMEBA**<sup>303</sup> hace una larga explicación filosófico social de los empeños en la consecución de la rigurosa determinación objetiva de las penas y el respeto por las garantías individuales, para hablar de las circunstancias atenuantes y agravantes, de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad en el proyecto Ferri de 1921 y del

294 México, 1963.

295 Arturo Orgaz, Córdoba 1956.

296 Hugo L. Sylvester, Bs. As. 1960

297 F. de Maza y M. Iglesias, Barcelona, s/f.

298 Rafael Bielsa, Bs. As. 1961.

298 bis *Vocabulario jurídico*, Trad. Aquiles Horacio Guaglianone, Bs. As. 1961, p. 111.

299 *Diccionario de derecho penal*, Bs. As. 1962.

300 *Diccionario de derecho*, México 1965, p. 61.

301 *Diccionario mexicano de legislación y jurisprudencia*, México 1941, T. I. p. 620.

302 *Diccionario de derecho comparado*, en colaboración con Johanna Heilpern de Quintano, Madrid, 1951, p. 532.

303 Bs. As. 1955, T. II, pp. 1018-1027.

proyecto sobre estado peligroso de 1926 en Argentina, para concluir con referencias jurisprudenciales que, casuísticamente vienen determinando la agravación o atenuación de las penas en cada supuesto de delito contemplado por ella.

En fin, en el **Diccionario de derecho privado**,<sup>304</sup> se hace una remisión a los casos de circunstancias de los varios asientos de registro: inscripciones, anotaciones y cancelaciones. Por ejemplo, respecto a las anotaciones,<sup>305</sup> se dice que deben contener las mismas circunstancias de las inscripciones cuando resulten de los documentos presentados para su práctica, y además, el reglamento señala las especiales que debe contener cada anotación según su clase. El artículo respectivo, que es el 166, enumera como circunstancias especiales: la fecha del fallecimiento del deudor, las circunstancias personales de los herederos si el procedimiento se siguiere contra ellos, las circunstancias del testamento o declaración de herederos, etc. En fin, en lo civil, a diferencia de lo penal, por **circunstancia** parece aludirse a los detalles, como pueden ser la fecha de un proveído, la identificación de una ejecutoria, los detalles respecto a como se obtuvo una resolución de quiebra o concurso, la especie de incapacidad del sujeto, la fecha de la resolución admitiendo una demanda de este tipo, y los datos del demandante y del titular, la clase de legado, su importe y condiciones, el haber sido aceptada la herencia, la de no haberse promovido juicio testamentario, y demás por el estilo.

b) Nada hay, se desprende de lo citado antes, que en la doctrina aluda a lo que ahora se significa con la palabra **circunstancias**. Todo lo más, cabría decir que Carnelutti ha tomado circunstancia por lo circunstancial, sinónimo de eventual, contingente o temporal.

Sin embargo el fenómeno mismo es bien conocido y apreciado en toda su importancia, como se demostrará en breve. Interesa antes, explicar que las **circunstancias** de que se habla forman tres grupos bien delimitados.

En primer lugar se encuentran las circunstancias personales. Después las escénicas. Y por último las instrumentales.

Al explicar las conveniencias del arbitraje privado, la **American Arbitration Association**<sup>306</sup> comienza por señalar que al empresario le interesa hacer negocios y no controvertir sobre ellos. El arbitraje que ofrece este organismo es privado e informal, diseñado para concluir rápidamente, práctico y de bajo costo, por más que está **ordenado** procedimentalmente por reglas y bases prescritos por la ley. La **A.A.A.** es, pues, una agencia administradora y no el árbitro mismo, aunque ella se encargue de formar una nómina de personas capaces.<sup>307</sup> Como tal administradora, la

304 Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, Barcelona 1950, T. I. p. 886.

305 Idem, p. 352.

306 *A businessman's guide to commercial arbitration*, N. Y. s/f.

307 Pág. 3.

agencia toma a su cargo el arreglo de los locales para las audiencias, del material que se presentará en ella, del personal secretarial.<sup>308</sup>

La A.A.A. cuida de la moralidad de los árbitros, de su capacidad técnica y clasifica a los integrantes de sus nóminas por especialidades. La A.A.A. conserva sus listas al día y les asigna ayudantes. Todo esto se prevé para satisfacer los deseos de las partes en su mínimos detalles materiales.<sup>309</sup>

Son estas **circunstancias** las que permiten ofrecer con ventaja el arbitraje privado para aquellos conflictos susceptibles de ser resueltos en este campo, sobre todo, ventajas que se aprecian más cuando las disputas atañen a cuestiones o problemas derivados de la **tecnología** moderna, tanto en la industria como en el comercio.<sup>310</sup>

De estos informes se desprende que el arbitraje comercial ha entrado en una senda de revitalización, que comprende, no sólo las reglas de procedimiento más adecuadas, los árbitros más eficientes por su especialización, sino algo que antes se sabía pero que quedaba en la penumbra de los comentarios forenses: el ambiente, el escenario. Un arbitraje comercial moderno, principia por llevarse a cabo en una oficina que tiene toda la apariencia del despacho de un hombre de negocios. El mobiliario, la comodidad y a veces la elegancia de las instalaciones, la privacidad que calma los ánimos, que surte efectos de sedante desde el colorido y la luminosidad, hasta el silencioso trabajo del registro estenográfico o la grabación electrónica con equipos siempre actualizados. Esto, todo el escenario es una **circunstancia** que cambia frente a la que se conoce en los tribunales estatales, más severos y frecuentemente más impresionantes. La actitud de las partes, informal pero reglamentaria en el arbitraje, permite resultados más efectivos, sólo por la **circunstancia** escénica, personal e instrumental.

c) Cuando los autores italianos han querido comparar al proceso con el drama, en realidad han tomado las **circunstancias** y no la esencia del objeto de conocimiento. Carnelutti ha hecho un atento parangón de la Corte de Assises con el teatro, el estadio, o el cinematógrafo.<sup>311</sup> El autor ha descubierto que en estos **escenarios** el espectador vive la vida de los demás y olvida la suya propia. Basta penetrar, dice,<sup>312</sup> 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.

308 Gerald Aksen, *Arbitration of disputes arising from health, welfare an pension fund plans*, S. Francisco, 1965, p. 213

309 *A manual for commercial aribtrators*, A.A.A., N. Y., s/f., pp. 4 y 7.

310 *Management arbitration in acción*, American Business Law Journal, N. Y., winter 1965, p. 34.

311 *Cómo se hace un proceso*, Trad. Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, Bs. As. 1959, p. 16.

312 Página 47.

La impresionante solemnidad de un tribunal puede ser sencillamente imaginada, con sólo conocer algunas **circunstancias** personales. Así, se sabe del puesto preeminente de la Sagrada Rota Romana,<sup>313</sup> que por efecto compuesto ordinariamente de diez preladados, quienes deben ser sacerdotes de la reforma de Pío X, de 29 de junio de 1908, es un tribunal colegiado, tes, doctores al menos **in utroque**, o sea en ambos derechos, y distinguidos por su honestidad de vida y pericia en el derecho. El colegio está presidido por un Decano y todos los miembros son 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 por el colegio y confirmados por el Papa, y los cursores. Sin duda, las partes que se presentan ante este tribunal, reciben una impresión bien distinta de la que tendrían en una oficina de la **A.A.A.** al acudir para un arbitraje comercial, las **circunstancias** han variado.

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 937 acusados, en la francesa a 2027, ignorándose los datos relativos a la zona soviética.<sup>314</sup> Tampoco se puede dudar de las diferencias que separaron a estos tribunales, a estos procedimientos, de los militares comunes, aunque se trate de consejos extraordinarios de guerra, y no ya por cuestiones estrictamente de competencia, sino por las **circunstancias** personales, escénicas e instrumentales.

De estas **circunstancias**, por ejemplo de las personales y escénicas, han provenido ciertas deformaciones o insuficiencias de los tribunales. Ahí están para recordaras, las elegantes palabras de Piero Calamandrei,<sup>315</sup> que con el título **De cierta inmovilidad de los jueces en audiencia pública**, en fina ironía resume toda la **circunstancia** en el diálogo de un juez con un profesor, el primero diciendo que en la cátedra sería mejor enseñar lo que el proceso no es: ni un escenario para histriones, ni un escaparate para exponer las mercancías, ni una academia de conferenciantes, ni un salón de desocupados que cambian conceptos ingeniosos, ni un círculo de jugadores de ajedrez, ni una sala de esgrima. Pero el profesor, tímidamente,

313 Fernando de la Rocca, *Instituciones de derecho procesal canónico*, Trad. Pacífico de Iragui, Bs. As. 1950, p. 134.

314 José Agustín Martínez, *Los procesos penales de la post guerra*, Madrid 1955, p. 13 a 15.

315 *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Trad. Santiago Sentís e Isaac J. Medina, Madrid 1936, pp. 61 y ss.

dice Calamandrei, continuó: ni un dormitorio. Porque en efecto, todo el capítulo está destinado a criticar el hecho, **simultáneo**, del juez que se arrulla con la oratoria del abogado hasta alcanzar la magia del sueño. ¿No son acaso las **circunstancias** del escenario las propicias para estos hechos anecdóticos?

Toda la obra de Federico Sodi,<sup>316</sup> o la de Quintin Reynolds,<sup>317</sup> no son otra cosa que los relatos de juicios en que sobresalen las **circunstancias** escénicas, las personales y algunas instrumentales. La mención de salas para testigos, la sala para la audiencia pública, y sobre todo, la referencia al espectáculo del Jurado,<sup>318</sup> son en sí suficientes para **ambientar** al lector. Ese monólogo ante el Jurado que recorre todos los grados de la oratoria, y hasta la **actuación** verdaderamente teatral de los defensores;<sup>319</sup> todo ello obedece a las **circunstancias** en que se desenvuelve la **actividad** procedimental.

Aunque las raíces sean las mismas, las **circunstancias** hacen que un proceso difiera de otro, como acontece con la administración de justicia en Norteamérica y en Inglaterra. En esta última, por ejemplo, el hecho de que cualquier individuo mayor de edad, poseedor de un **Menor, Freehold** o **Copyhold** de cien libras esterlinas de renta libre y neta, o que sea heredero forzoso de una renta de trescientas libras anuales, pueda ser agregado a una comisión de Paz con sólo ofrecer sus servicios al Lord Gran Canciller, por medio del Lord Lugarteniente del Condado, vuelve a **especificar** el funcionamiento de los juzgados de paz.<sup>320</sup>

Si se contrasta un proceso ante los jueces de paz, del Pequeño Jury, de las Asisias y de la Cámara de los Pares, todos en la propia Inglaterra, fuera de las diferencias del rito, de la competencia, de las materias del conflicto, se advertirán esas **circunstancias** que finalmente hacen pensar en la conveniencia de una transformación material, de una modificación de los edificios mismos. ¿Por qué se ha sentido la necesidad de trasladar los tribunales de sus viejos edificios a las nuevas construcciones? ¿Acaso el ambiente físico no importa?

Ese arreglo de las circunstancias bien podría encomendarse a un arquitecto, profesionalista que se especializa en satisfacer las necesidades de las funciones sociales. Porque la distribución de las salas, la ubicación de los muebles, las comunicaciones interiores y hasta los más comunes servicios para una comunidad que, por pequeña que sea, son necesarios para **mantener el orden**, el concierto y la marcha de los trabajos. No sería exa-

316 *El jurado resuelve...*, México, 1961.

317 *Sala de jurados*, Trad. Carlos Gaytán, México 1951.

318 Sadi, cit., p. 58.

319 Reynolds, cit., p. 67.

320 M. Cottu, *De la administración de la justicia criminal en Inglaterra y espíritu del sistema gubernativo inglés*, Trad. por el autor del español Londres 1824, p. 23 y ss.

gerado que un experto en arreglos interiores, un decorador, tomara a su cargo la instalación de las oficinas de los juzgadores. **Circunstancias** tan insignificantes en apariencia, como la ubicación de los archivos, tienen más tarde trascendencia en problemas como el extravío o la pérdida de expedientes.

Y el personal, ¿qué puede decirse de la preparación de todos? Desde el juez al ujier o al comisario, lo personal es determinante.

d) El sector personal de las **circunstancias** procedimentales comienza con el juzgador. Su estructuración ha permitido estudios tales como el de Alcalá Zamora y Casillo,<sup>321</sup> o la obra ya clásica de Francisco Beceña;<sup>322</sup> pero también monografías de diversas dimensiones e importancia científica, desde el trabajo de Luis Loreto,<sup>323</sup> hasta el de Benjamín N. Cardozo,<sup>324</sup> pasando por el de Carlos A. Gaviola,<sup>324 bis</sup> el de Jaime Galté Garre,<sup>325</sup> Vicente Amat y Furió,<sup>326</sup> Julio Garcerán de Vall,<sup>327</sup> o Enrique Jiménez Asenjo,<sup>327 bis</sup> para no citar sino los nombres y textos que suelen utilizarse con cierta o mayor frecuencia.

En estos y otros trabajos generales, se ha ponderado la labor del juzgador, se ha 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 contemplado la figura del juzgador, se ha revisado la tarea de otros sujetos, como lo hizo Francisco Goyet<sup>328</sup> o José Aguilar y Maya,<sup>329</sup> éstos respecto al ministerio público; pero en cuanto a la abogacía en general, ahí están las obras de P. y H. Erizzo,<sup>330</sup> José María Manganiello,<sup>331</sup> Félix R. Escobio,<sup>332</sup> José María Martínez Val,<sup>333</sup> Antonio Fernández Serrano;<sup>334</sup> y con más particularidades,

321 *El antagonismo juzgador-portes: situaciones intermedias y dudosas. Estratto dagli Scritti giuridici in memoria di Piero Colamandrei*, Padova 1957.

322 *Magistratura y justicia*, Madrid 1928.

323 *Consideraciones acerca de la institución de la asesoría*, en *Estudios de derecho procesal civil* Caracas 1956, pp. 199 y ss.

324 *La naturaleza de la función judicial*. Trad. Eduardo Ponsa, Bs. As. 1955.

324 bis *El poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*. Bs. As. 1965.

325 *Manual de organización y atribuciones de los tribunales*, Santiago, 1954.

326 *El jurado. Ley sobre su establecimiento en España, con comentarios y formularios*, Valencia 1888.

327 *El juez*, La Habana 1967.

327 bis *Organización judicial española*, Madrid 1952.

328 *Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'actio publique*, París 1926.

329 *El ministerio público federal en el nuevo régimen*, México 1942.

330 *La vida del abogado*, Trad. Lorenzo Quintana, Barcelona 1955.

331 *Vocación del abogado*, Bs. As. 1954.

332 *Abogacía*, Bs. As. 1959.

333 *El abogado, alma y figura de la toga*, Madrid 1956.

334 *La abogacía en España y en el mundo*, Madrid 1955.

José Albarracín Godoy,<sup>335</sup> Alberto G. Spota,<sup>336</sup> Enrique Díaz de Gujarrero,<sup>337</sup> E. Zaitsev y A. Poltorak,<sup>338</sup> Raúl Carrancá y Trujillo.<sup>339</sup>

Pero el tema que ahora se aborda: la **actividad**, considerada desde el punto de vista de la circunstancia personal, no tiene en estos trabajos el tratamiento correspondiente. Por ejemplo, Alcalá Zamora,<sup>340</sup> estudia al tribunal de composición efectiva o aparentemente compleja, que no se confunde con el de constitución colegiada en cuando aquí existe dualidad de órganos jurisdiccionales, como el jurado, la institución venezolana de los **asociados**, y los asesores. Pues bien, el jurado popular está presente en el **juicio** con una actitud y no con una **actividad**, porque ésta viene a efectuarse después de concluido el proceso y consiste en la deliberación y emisión del veredicto.

Frente al jurado, se puede contrastar el escabinato de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, compuestas por representantes de los trabajadores y de los patronos y un tercero<sup>341</sup> representante del Gobierno.<sup>342</sup> Mientras los escabinos constituyen con el juez un colegio, en el cual tienen plena igualdad de derechos, los jurados y la corte forman dos colegios distintos.<sup>343</sup>

Como sea, y fuera de las notas **cuantificadoras** de los jueces **asociados**, de los asesores, del ministerio público, los defensores de oficio, los abogados y, eventualmente los secretarios, relatores, oficiales judiciales, notarios, registradores, etc.; lo importante estriba en que estos sujetos vienen a la **actividad** procedimental con una misión, naturalmente distinta a la de los testigos, peritos, intérpretes o traductores, pero todos interviniendo en algún momento especial.

Este es el punto determinante del análisis, porque ni siempre se ocupa la ley de disponer una función especial para cada uno de estos sujetos, ni siempre cumplen lo previsto en ella. Por ende, desde el punto de vista de la subjetividad, hay una primera clasificación plausible de la **actividad**: reglamentaria y sobrevenida.

Por su carácter reglamentario, la **actividad**, subjetivamente considerada, que aparece en el procedimiento procesal, puede subdividirse: en **esencial**, **complementaria** y **auxiliar**. En cambio, la actividad sobrevenida es meramente subclasificable por la contingencia en que se dé.

335 *Honorarios de abogados y procuradores*, Bs. As. 1948.

336 *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Bs. As. 1963.

337 *Abogados y jueces*, Bs. As. 1959.

338 *La abogacía soviética*, Trad. A. Herraiz, Moscú 1959.

339 *La administración de justicia*, México 1961.

340 *Op. cit.*, pp. 21 y ss.

341 Que realmente decide, pues los otros dos difícilmente estarán de acuerdo.

342 Federal, estatal o distrital.

343 Alcalá Zamora, *op. cit.*, p. 22, nota 74.

A partir de la **actividad** esencial, se tiene, en el procedimiento procesal, la circunstancia subjetiva de tres personas: actor, juez y demandado, cuyos nombres pueden variar sin mengua de su **actividad**. Es decir, lo que interesa es la **actividad** producida, aquélla sin la cual es imposible pensar en el proceso. Así, en lo penal, se puede pensar en el acusador, el acusado y una corte penal. En el arbitraje se alude a los compromitentes y al árbitro, y en ciertos juicios, como los laborales, se suele destacar la índole personal de las Juntas con su composición a la manera de escabinato.

La perspectiva de la **actividad**, permite tener un **patrón** para separar los procedimientos procesales de los no procesales, aunque sean judiciales. Y así acontece que en un **juicio** testamentario sin contradicción, la **actividad** esencial no es procesal, como tampoco la es o no la debe ser en la llamada **jurisdicción** voluntaria, ni en la vía de **ejecución** o en las providencias **cautelares**. Pero el mismo punto de vista de la **actividad**, podrá inducir a ver en los procedimientos preparatorios una manifestación procesal, cuando a los sujetos que en ellas intervienen con el carácter de esenciales, se les encomiende al ejercicio de verdaderas y propias acciones.

En fin, la utilidad práctica de una identificación teórica de la **actividad** procesal, permite establecer las diferencias en los efectos jurídicos del comportamiento de los sujetos, por la simple aplicación de los **principios** atinentes a cada institución. Si se está en el proceso, la **actividad** se ha de realizar, **esencialmente** a través de instancias proyectivas; si, en cambio, se está en un procedimiento no procesal, la **proyectividad** deja de tener trascendencia, sin perjuicio de que se exijan otras garantías, como la de audiencia.

e) La circunstancia **escénica** depende en mucho de la **personal**. Un primer resultado es la separación entre **actores** y **comparsas**. Principales los primeros y secundarios o eventuales los segundos, suelen distinguirse por su indumentaria: togas y birretes.

No viene al caso hacer poesía de esta **circunstancia**, ya la hizo Carnelutti,<sup>344</sup> al decir que por la solemnidad, si no es que la majestad de los hombres en toga, se contraponen el hombre en la jaula. La toga del acusador y del defensor significó, para él, lo que hacen en servicio de la autoridad, pues si en apariencia están divididos, en la realidad están unidos en el esfuerzo de cada uno para alcanzar la justicia. Bellas o no, estas palabras aluden a la **circunstancia escénica** que no siempre se encuentra en el procedimiento.

La misma referencia de Carnelutti a la jaula, pone en drama una **circunstancia escénica** que es propia de lo penal y que difícilmente se concebiría en lo civil, lo administrativo o lo laboral. Hay, por lo **escénico**,

344 *Las miserias del proceso penal*. Trad. de S. Sentís Melendo. Bs. As. 1959, pp. 24 y 31.

procedimientos semejantes o que tienen que parecerse por fuerza de la materialidad en que se dan. Quien haya visto sesionar a la Suprema Corte de Justicia mexicana en pleno, tendrá que asimilarla con otros tribunales de igual jerarquía, o con aquéllos en que la solemnidad exige cierta **decoración**.

Esto es lo que aquí interesa: la relación que podría haber entre una **decoración** y el procedimiento. ¿Influirá la primera en el segundo, o será lo contrario? No se ha meditado sobre el fenómeno; pero convendría hacerlo, porque las consecuencias prácticas pueden ser asombrosas. Se puede imaginar el mismo procedimiento con cambio de **escenario** y se comprenderá que éste influye en la **actividad** para bien o para mal. Del tribunal de Aguas de Valencia a los juicios entre colonos militares en México, la variación es grande y en mucho depende del **escenario**. Si en lugar de sesionar bajo un árbol, el tribunal ocupa un lugar cerrado, la llaneza de estilo, la misma inmediatez de los **actores** se perderá para dar paso a la **actividad** de los **comparsas**.

El **escenario** es determinante para lograr el contraste entre un juez pedáneo y un tribunal sedentario. La necesidad del traslado de un lugar a otro, frente a la **circunstancia** de la permanencia en el mismo sitio, impone un comportamiento diferente. El juzgador pedáneo no tiene el tiempo suficiente para alargar los juicios, todo debe exhibírsele **in continentl**, y las partes **actuarán** con mayor simplicidad por las exigencias de la brevedad de los plazos.

El **escenario** tiene tal importancia, que la construcción del moderno edificio de los tribunales del Distrito Federal, se planeó con la intención de lograr la **oralidad** en los juicios. Salas de audiencia y procedimiento escrito no parecen tener consonancia, pero menos la tiene un tribunal sin un local en el que las partes puedan estar con el juez en la audiencia. El **escenario**, pues, es lo que viene a conformar o a deformar al procedimiento. Si en un lugar de una mesa redonda se coloca un estrado, un **pod'um** o una barandilla, el procedimiento, el mismo procedimiento oral o escrito, cambiará forzosamente. ¿En qué medida ha fallado la oralidad por falta de **escena**? Esto es necesario analizarlo, pues no basta que la ley imponga audiencias e inmediatez: si se colocan los **actores** en sitios distantes, no habrá **oralidad**.

f) Por cuanto a la **instrumentalidad**, debe decirse que la literatura procesal le ha omitido, o le ha confundido con la prueba, con la calidad normativa, etc. Vista como **circunstancia**, sobresale su valor, de la misma manera que destaca cuando se contrasta un simple taller familiar con una **fábrica** dotada de todas sus instalaciones e implementos.

En un juzgado, aunque se opere oralmente, es necesario el registro, el **acta** o proceso verbal de los italianos. ¿Cuántos juzgados y por cuántos años han carecido del más sencillo instrumento moderno de oficina

como es un mimeógrafo? ¿En cuántos se podría colocar un aparato de reproducción inmediata?

La **instrumentalidad** hace que cambien las **circunstancias** de la **actividad** procedimental de polo a polo. Por ejemplo, si una oficina de gobierno cuenta con un transporte automotriz y otra carece de él, la funcionalidad de la primera será manifiestamente superior. ¿Y qué acontece con la labor de los llamados **actuarios**, que no son sino correo judicial o agentes de ejecución? Para transportarse deben utilizar el vehículo de una de las partes, tener un automóvil propio o trabajar lenta, tan lentamente, que causen la desesperación de los litigantes.

Ese **instrumental** de los juzgados, tan obsoleto en tantos de ellos necesariamente hace más costosa la administración de justicia. Máquinas de escribir fuera de servicio prácticamente, que sin embargo han de servir para levantar actas y más actas, copias y constancias. No hay todavía en los juzgados mexicanos estenógrafos que escriban taquigrafía a máquina, primero porque no hay tales **instrumentos**, y lo segundo carece ya de importancia.

Los archivos, saturados de expedientes de dimensiones pavorosas, son un obstáculo al fácil manejo de los legajos. ¿Por qué no pensar en una filmoteca? ¿Es acaso imposible o más costoso el registro fílmico que el fascicular? Una sala de proyecciones, aparatos para poder leer inmediatamente estos registros, y las pérdidas, las destrucciones disminuirían, haciendo más sencillas las reposiciones.

Y al hablar de la **intrumentalidad** en general, se deben mencionar tres **circunstancias** determinantes para la vida judicial: el correo, la depositaría y la oficina de ejecuciones. Hoy se carece de los tres, pero basta pensar en su funcionamiento, para convenir en que la economía de los **juicios**, la seguridad de los bienes, el costo en general, se lograría mejorar si, en vez de un actuario encargado de notificar, se contara con un cuerpo de mensajeros; si en vez del depositario cuyo domicilio se inventa para que pueda desaparecer después, se tiene un almacén donde depositar lo embargado; y si en lugar de comisionar al mismo que notifica y trabaja como correo, se establece una oficina central de ejecuciones que, al igual que en la administración fiscal, tuviera el personal idóneo para la práctica coactiva de los mandamientos judiciales.

Países hay, como México, donde están proscritas las **costas** judiciales, pero en la realidad, los **costos** son tan grandes como en el resto de las naciones civilizadas. Si en lugar que todo este gasto se diluya entre **comparsas** cuya **actividad** es **sobrevenida**, porque no figura en la ley, pero sí en la experiencia diaria de los juzgados, se pensara en **instrumentar** a los tribunales para ponerlos al día en el trabajo **oficinesco** y material, usos forenses y procedimientos cambiarían notablemente, mejorando la administración de justicia.

112 Hechos y actos en el proceso.

El cúmulo de acontecimientos que se presentan en la realización del procedimiento, es susceptible de una primera división en hechos y actos. Aunque los primeros no pueden integrar en puridad la actividad, lo cierto es que se interfieren en los dos modos ya mencionados, de concomitancia y simultaneidad, lo primero cuando se efectúan fuera del procedimiento, lo segundo cuando acceden a éste.

Si por **hecho** se entiende cualquier suceso ajeno a la voluntad del hombre, la conectiva entre los conceptos que refieren hechos y los que mencionan actos u omisiones, es decir conducta volitivamente realizada, no puede ser a base de imperar sobre los hechos sino sobre las conductas. La norma puede expresar: si sucede este hecho, un hombre llevará a cabo tal conducta; pero no puede ordenar: si acontece esta conducta, deberá realizarse tal hecho; y tampoco puede mandar: en determinadas circunstancias, deberá efectuarse cierto hecho.

Ahora bien, no es posible omitir la mención a los **hechos**, porque su presenta está fuera del alcance de la voluntad de los hombres, y por supuesto, fuera de la influencia normativa. Conviene recordar, antes de seguir adelante, que la división doctrinaria de los hechos en voluntario e involuntario es impropia, carente de congruencia. Lo más que se puede aceptar en la calificación del hecho jurídico, es que significa la mención de los **hechos** susceptibles de invariación en una norma, pues como antes se indica, la regla jurídica sí puede conectar un concepto de hecho con otro de acto, y al hacerlo, no es que el hecho se convierta en jurídico, pero sí en jurídicamente invariado.

Respecto del derecho procesal, el vocablo hecho ha tenido grandes aplicaciones. Se habla de la conclusión anticipada del proceso por **hechos** ajenos a la voluntad del juez y de las partes, como se ha estudiado la consistencia material del fallo, discriminando la parte que no está mandada por la ley y la parte ordenada en la voluntad de los sujetos procesales.<sup>345</sup>

Algo semejante expresa Guasp,<sup>346</sup> cuando asienta que hablar de un proceso como **hecho**, a poco que se ahonde en la naturaleza del concepto, es una verdadera contradicción *in terminis*. Pero es apenas semejante y no coincide en el fondo con la descripción que antecede, porque el autor, explícitamente, considera a los actos como hechos si en ellos interviene la conducta humana, lo que equivale a admitir la clasificación del **hecho jurídico** como si tuviera realidad, una realidad distinta de la ya mencionada: el **hecho** será jurídicamente enunciado, cuando la norma utilice su concepto; pero el hecho seguirá tan ajeno en su suceder a la juricidad como si ésta no existiera. También fuera del derecho los hombres **actúan** sobre

345 Cfr. Jaime Guasp, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona. 1943.

346 Op. cit., p. 10.

los hechos sin que éstos pierdan su naturaleza para convertirse en químicos, biológicos, mecánicos y demás, según el punto de vista en que se tome al hecho influido por la voluntad del hombre. La química, la biología, la mecánica, como el derecho, explicarán el resultado pero no **generarán** el hecho.

A pesar de lo expuesto, la palabra hecho en el ámbito jurídico es tan familiar, sobre todo en el proceso, que sería prácticamente imposible erradicarla, sin que, por lo demás, esta posibilidad ofreciera grandes ventajas semánticas o científicas.

a) Bastará, pues, tener siempre presente que: en primer lugar, no hay hechos jurídicos, sino meramente hechos considerados por el derecho, y, en seguida, que la doctrina usa la palabra para **mencionar** generalizando, a todos los acontecimientos, sean voluntarios o no. Si se conservan en mente estas **circunstancias** doctrinales, fácilmente se podrá separar el problema de los **hechos** del atinente a las **conductas**.

Por ejemplo, en lo procesal, es tema de gran importancia el relativo a la diferenciación entre hechos y normas, y Guasp,<sup>347</sup> llega a confesar que es difícil trazar la línea tajante de separación que delimite los campos respectivos. Tal línea es suceptible de ser fijada, siempre que por **hechos** no se tomen conductas. Lo que en este autor resulta de difícil precisión es el acto que da vigencia a la norma y el acto que entra **mencionado** por ella como un concepto relativo. Si se mira al contrato, el **hecho** difícilmente será distinguible sin las nociones que anteceden, porque el **hacer** el contrato es tanto una conducta como una normación. Pero si se parte de la idea de que la norma es un concepto, la toma de posición de los contratantes será normativa cuando se refiera a poner en vigor el contrato, y los actos, llamados hechos por la doctrina, serán: bien las **circunstancias** que se presentaron concomitantes o simultáneamente al contratar, bien las pretensiones y prestaciones **convenidas**.

También ha tropezado la doctrina con problemas de zonificación o delimitación entre el **hecho** y la norma, cuando contempla los **standars** que, según recuerda Guasp,<sup>348</sup> son apreciaciones morales de la conducta según circunstancias locales, las que no exigen conocimientos jurídicos sino sentido común, que no se formulan de manera absoluta ni tienen contenido determinado en la ley ni en las decisiones judiciales, sino que se refieren a la época, al lugar y las circunstancias debiendo ser aplicados en consideración de hechos y casos concretos. Estas dos últimas notas, dice el autor, ponen de manifiesto la diferencia que separa al **standard** de la norma jurídica, y por consiguiente la imposibilidad en que ambos están de ser identificados conceptualmente. Tales apreciaciones, lo que

347 Cit., p. 13.

348 Idem, p. 15.

ponen de manifiesto es la insuficiencia de la conceptualización, porque, o bien se pretende, como parece ser lo más seguro, dar al juez arbitrio para apartarse de los rigores e inflexibilidades que suponía el método tradicional de interpretación jurídica;<sup>349</sup> o bien se trata del derecho privado, del que no forma el Estado sino los particulares y que, si se reconoce en su autonomía, se convierte en simple costumbre jurídica.

A su lado, el mismo Guasp,<sup>350</sup> recuerda las llamadas **normas de experiencia**, definidas por Gaupp-Stein como las reglas de la vida y de la cultura general, formadas por inducción, mediante la observación de los casos de la práctica y las reglas especiales de la técnica en las artes, en las ciencias y en la vida social, en el comercio y en la industria, que implícitamente, sin relación directa con el caso concreto, se aplican siempre en el proceso como premisas de los hechos litigiosos. Para Guasp son verdaderos criterios de estimación o valoración, pero el juicio en que vienen a integrarse incluye supuestos de la realidad concreta de la vida diaria y no sólo los extraídos del mundo abstracto del ordenamiento jurídico.<sup>351</sup>

b) Sea cualquiera el criterio que se tenga de las máximas o normas de experiencia, lo cierto es: primero, que no se trata de hechos sino de conocimientos humanos, y segundo que Guasp puso atención a un momento no procesal, como es el pronunciamiento, donde el juez, parece facultado o se quiere facultarle, para indagar de oficio su existencia.<sup>352</sup>

Conviene recordar la aplicación que de estas normas de experiencia hace Alcalá Zamora.<sup>353</sup> El autor ofrece un extracto de la tesis de Stein, considerando las normas de experiencia como definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, suministrados por la experiencia y que si bien son ajenos al caso del proceso pendiente y a los hechos que lo integran, le son aplicables como deducidos de la observación de otros casos,<sup>354</sup> Tal noción la aplica para afirmar que las reglas de prueba legal no son caprichos, locuras o arbitrariedades del legislador, sino fijación de máximas de experiencia. Y pasa a ejemplificar con el aforismo **testis unus, testis nullus**, que en algunas legislaciones ha sido derecho positivo y que, aún eliminado del cuerpo legal aplicable, no impide que un juez lo invoque o aplique al valorar la prueba, actividad que se realiza terminado el proceso: al sentenciar.

Este tratamiento del **hecho** o de los **hechos** está tan generalizado que se ha llegado a decir que el silogismo jurídico, llamado sentencia, se forma con una premisa mayor que es la norma aplicada, la premisa menor el

349 Valverde. *Tratado de derecho civil español*, Madrid 1935, I, p. 218.

350 Página 16.

351 Idem. p. 16.

352 Oo. cit., p. 17.

353 *Estudios de derecho probatorio*. Concepción 1965, p. 38.

354 Idem, p. 38, nota q.

**hecho** cuya certeza se ha establecido, y la conclusión la parte resolutive del fallo.<sup>355</sup> Más aún, el mismo autor escribió un ensayo sobre la sentencia como hecho.<sup>356</sup> Donde afirmó que la sentencia, que normalmente sirve para declarar cuáles son las consecuencias jurídicas de los hechos controvertidos, viene a ser aquí a su vez el hecho al cual una norma refiere la producción de ciertas consecuencias jurídicas, diversas e independientemente de la inherentes al fallo. Y Calamandrei alude específicamente a las consecuencias de que una sentencia de condena sea determinante de una hipoteca judicial, a los efectos fiscales del fallo, a la sentencia en relación al acto ilícito, a los efectos legislativos de la sentencia; en fin, concluye, hay efectos jurídicos que derivan de la sentencia sin constituir objeto del fallo, y se subdividen en tres tipos: casos fijados anticipadamente por la ley, casos en los que el contenido declarado sirve como elemento para determinar el contenido y la medida de una responsabilidad, y casos en que los efectos atribuidos a la sentencia aparecen determinados en su contenido por el contenido del acto del juez.<sup>357</sup>

Un tratamiento que intenta capturar a los **hechos** procesales es el de Carnelutti. Sentís Melendo,<sup>358</sup> al reseñar la primera edición española de las **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**,<sup>359</sup> afirma que Carnelutti logró la diferenciación exacta, mediante definiciones precisas, entre hechos procesales y actos procesales, la que conduce a una terminología que permite dibujar las resoluciones y los negocios procesales, según que el acto imperativo constituye el ejercicio de una potestad o de un derecho subjetivo.

En realidad, Carnelutti había ofrecido su clasificación desde el **Sistema**,<sup>360</sup> hablando de hechos constitutivos procesales, como aquellos de que depende en todo o en parte la constitución de una situación procesal; pero se estaba refiriendo a lo que la doctrina alemana había calificado de presupuestos procesales como contrapuestos a las condiciones de la acción. Como contrapuestos, mencionaba los hechos procesales extintivos y ejemplificaba con el acuerdo entre los compromitentes para la rescisión del compromiso arbitral.<sup>361</sup>

Por tanto, cuando Carnelutti, analiza nuevamente el tema,<sup>362</sup> no hace sino añadir la especie de los hechos modificativos<sup>363</sup> en lo que se refiere

355 Cfr. Piero Calamandrei, *La génesis lógica de la sentencia en Estudios sobre proceso civil*, cit., p. 415.

356 *Apuntes sobre la sentencia como hecho jurídico*, *Estudios*, pp. 537-547.

357 Página 547.

358 *Teoría y práctica del proceso*, Bs. As., 1959, T. I p. 492.

359 Trad. J. Guasp, Barcelona 1942.

360 T. III, pp. 71 y ss.

361 *Idem*, p. 74.

362 Cfr. *Instituciones del proceso civil*, Trad. a la 5ª Ed. italiana de S. Sentís Melendo, Bs. As. 1959, T. I. pp. 427 y ss.

363 Página 428.

al punto de vista de la función, agregando para la perspectiva estructural, la clasificación entre hechos temporales, espaciales y formales, a lo que puede añadirse el lado cualitativo y cuantitativo del acto, en el primer sentido menciona las operaciones, las declaraciones y las inspecciones, y en el segundo a los actos simples y complejos.

Se ve, entonces, que Carnelutti, tan original para sus definiciones, no ha puesto reparo alguno en utilizar la terminología corriente, y hacer de los hechos y los actos una sinonimia. Ello se confirma al observar que en sus ejemplificaciones de hechos se mencionan conductas tales como la citación que califica de hecho procesal constitutivo, la revocación de la demanda como hecho procesal extintivo, o la renuncia a oponer la nulidad de un acto como hecho procesal modificativo.<sup>364</sup>

No hay, pues, hasta este momento doctrinario, una noción precisa del **hecho** procesal; siempre se le atiende como un dato de la premisa mayor o menor de la sentencia.<sup>365</sup>

La inexplicable dificultad o simple indiferencia de la doctrina para determinar correctamente la noción de los hechos dentro del proceso, se contempla hasta en aquellos casos en que verdaderamente se intuyen ejemplos de los mismos. Hernando Devis Echandía,<sup>366</sup> al igual que Alcalá Zamora y Levene,<sup>367</sup> hablan de los acontecimientos que no se **originan** en la voluntad de una persona, aunque producen efectos jurídicos, como la muerte de una de las partes, su enfermedad, la destrucción por caso fortuito del expediente, el transcurso del tiempo que puede producir caducidad, la enajenación del inculpado, etc.

Se advierte que la falta de una **cuantificación** conduce a extremos dudosos y que, si bien se dice que los hechos pueden ser causa de verdaderos actos, todavía se camina por el sendero de la terminología poética o metafísica.

Ante todo debe precisarse que los hechos solamente son tenidos en cuenta por las normas para ordenar ciertas conductas. Después, es menester no confundir la secuencia física con la relación jurídica: el acto no está producido por el hecho sino ordenado por la norma en vista del hecho. Tercero: la inactividad no es un hecho sino conducta omisiva.

c) A partir de la circunstancia de que tanto los hechos, los simples hechos, como las conductas humanas tienen el común denominador del acontecer; la finalidad de observar su aparición en el proceso, tiene un

364 Idem, p. 429.

365 Cfr. Lorenzo Carnell, *Las máximas de experiencia en el proceso de orden dispositivo*, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Bs. As. 1946, pp. 123-150, donde claramente se indica que estas normas prestan su concurso a los silogismos que el juez desarrolla en su actuación, p. 149.

366 *Nociones generales de derecho procesal civil*, cit., p. 454.

367 *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 144.

paralelismo con el estudio de las **circunstancias**, en cuanto su previsión es indispensable para una correcta reglamentación procesal.

De intentar una clasificación de los hechos se tendría que recorrer toda la escala de las disciplinas humanas, porque en cada una, hay puntos de vista que **cuantifican** convencionalmente lo fenoménico. Realmente esto sería inútil para el derecho, porque afirmar que algo es físico, químico o biológico, es sostener su posible aprehensión a base de notas de una ciencia particular. Y nada más, porque al llegar al ámbito de la juricidad, sea cualquiera la posible pertenencia del fenómeno, lo que interesa es su invariación con la conducta legalmente regulada.

Para el derecho lo importante es si el hecho resulta **previsible** o **imprevisible**, **concomitante** o **simultáneo**, **modificable** o **inalterable**. Si se quiere una clasificación de los hechos, esta enumeración puede ser la base, porque, además, no se trata de términos técnicos, sino de significaciones comunes, la semántica rige aquí plenamente.

Tal vez lo único que deba explicarse es el menor o mayor grado de imprevisibilidad, lo convencional en la separación entre **concomitancia** y **simultaneidad**, que antes se ha dado y que representa la aparición del hecho fuera o dentro del procedimiento, respectivamente; y respecto a la modificabilidad, la verdad es que se refiere al objeto y no al hecho mismo, tomado como acontecimiento. El hecho del aluvión conduce al resultado objetivo de la **adhesión** y al jurídico de la **accesión**. La modificabilidad operará sobre el resultado, porque el hecho, humanamente, es irreversible.

Otro capítulo que también necesita de aclaración es el relativo a la diferencia entre **caso fortuito** y **fuerza mayor**. Doctrinariamente se mencionan mbos como formando parte de los **hechos**;<sup>368</sup> pero la verdad es que en la fuerza mayor opera una voluntad que, no por ser ajena al sujeto afectado, deja de ser humana. En cambio, en el caso fortuito son las cosas, los hechos los que producen **causalmente** el impedimento, la alteración o la creación de una situación no querida por el interesado.

En el proceso suelen regularse, por economía de lenguaje, muchas conductas de sujeto indeterminado, como hechos. Así, la pérdida, extravío o destrucción de un expediente, se considera un hecho por no estar identificado su autor. Pero si se elimina el supuesto de la destrucción que sí puede tener conexión con un hecho como el incendio, ni la pérdida ni el extravío son verdaderamente hechos, sino conductas de sujeto o sujetos no identificados.

En conclusión, en el proceso sí se presentan verdaderos **hechos**, unos dentro y otros fuera pero influyendo en el procedimiento. Su peculiaridad está en no provenir de la voluntad humana. Quede para otras disciplinas el estudiar si la conducta no querida libremente es un hecho o siempre una conducta; para el derecho, no hay dificultad en establecer diferentes

368 Devis Echandía, op. cit., p 455.

efectos entre las conductas libremente queridas y sus opuestas, entendiendo por éstas, aquéllas que las leyes enumeran eventualmente, como la intoxicación, estados hipnóticos, etc. Como conductas humanas, lo importante está en su vinculación normativa.

### 113 Los actos procesales.

Descartados los hechos como conductas procesales, su correcta ubicación está en el procedimiento. Se sigue de ello, que si se intentara una clasificación estrictamente procesal, los actos a tener en cuenta serían exclusivamente las instancias y la jurisdicción.

Pero en la doctrina se habla de una extraordinaria variedad de actos procesales.<sup>369</sup> La razón de esto es que se incluyen cuantos sujetos, actores o comparsas, intervienen en un procedimiento, desde el juez a las partes, el ministerio público, los encargados, los auxiliares y los terceros.

La división de los actos se realiza, por tanto, lo mismo desde el punto de vista de los sujetos que los efectúan, como de la función que desempeñan en el procedimiento, o los efectos que producen, es decir, indica Devis Echandía,<sup>370</sup> por su aspecto técnico y por su aspecto jurídico. Y por último, añade, puede hablarse de actos procesales lícitos e ilícitos, según que sean conformes o contrarios a derecho, siendo los primeros jurídicamente permitidos y los segundos jurídicamente prohibidos. El autor concluye recordando que para Guasp, la función procesal del acto mismo es la que sirve de verdadero criterio clasificador.

Para completar el cuadro, debe recordarse, como lo hacen Alcalá Zamora y Levene,<sup>371</sup> que en la doctrina se ha hablado de una noción intermedia entre el acto y el procedimiento, alguna vez llamado acto procedimiento, y luego por Carnelutti<sup>372</sup> acto complejo. Después de describir la idea como la del acto divisible en partes, cada una idónea para la producción de un efecto, pero unidas por la interdependencia de la causa, los autores niegan la procedencia de esta figura intermedia, por las dificultades de su comprobación en la práctica, pues muchos de los actos simples, sometidos a examen resultarían complejos y éstos carecerían en el fondo de la soldadura que les reputara asociados en sus elementos integrantes.

Como la idea de Carnelutti es agrupar los actos continuados y los concursuales, lo que se está observando no es un complejo, es decir, algo unitario en apariencia y escindible en partes autónomas, sino la conjunción resultante de actos aislados. El continuado, naturalmente, no es sino la conducta observada en sucesivos momentos; y el concursual es la producción, la coincidencia de actos aislados. No se trata en ninguno de estos

369 Cfr. Niceto Alcalá Zamora y Ricardo Levene, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 138.

370 Op. cit., p. 464.

371 Op. cit., T. II, p. 139.

372 *Sistema*, Núm. 428.

supuestos de otro tipo de actos, estructuralmente entendidos, sino de actos que, o se siguen unos a otros proviniendo de la misma persona, o de actos que confluyen en un punto jurídico, tales como el acuerdo que, concursualmente es su clara explicación.

Antes de continuar con el estudio del acto, será pertinente aclarar que para la ciencia procesal interesan de manera distinta, los conceptos de las conductas que entran en la relación normativa, y las conductas mismas que acaecen en la evidencia. Uno será el problema de clasificar los conceptos de conducta, y otro el de clasificar las conductas surgidas en el proceso. Devis Echandía pone el ejemplo de las ofensas de palabra o de hecho inferidas a la contraparte, o los desmanes de una parte ante el juez.<sup>373</sup> Estos no son actos procesales aunque se den en el proceso; pero son conductas que tienen un régimen jurídico especial.

a) Explica Caros,<sup>374</sup> que el estudio de los actos jurídicos procesales, en forma orgánica y sistemática, supone la superación de una etapa: el procedimentalismo. La elaboración conceptual de esta materia está más o menos próxima a la época actual, y sólo fue posible cuando la especulación científica constituyó evolutivamente el procesalismo. Se sustituyó la exégesis por la sistemática y se advirtió cómo el tejido, trama o cañamazo constitutivo del proceso, se resuelve en definitiva en los elementos que lo integran: los actos jurídicos procesales.

Con todo, hay una tendencia a caracterizar el acto por el sujeto a quien se imputa. Los actos procesales se pueden agrupar, dicen Alcalá Zamora y Levene,<sup>375</sup> por razón del sujeto que los realice. Sin embargo, reconocen que se trata de un criterio que se puede tildar de superficial, por lo mismo que al fijarse sólo en la procedencia, reúne en cada sector actos de diversa índole; pero, en compensación, ofrece la ventaja de permitir una ordenación clara.

El criterio señalado es algo más que superficial, pues si los actos se agrupan por el sujeto, aún cuando a los distintos sujetos corresponden diferentes cometidos y diferentes tipos de actividad,<sup>376</sup> se ha empleado un medio que cabría rechazar por implicar una petición de principio. Visto que la finalidad es distinguir a los actos, el suponer que a los distintos sujetos corresponden diferentes cometidos, es dar por sentado lo que se quiere averiguar. También cabe señalar que, recordando que en el proceso instan el actor y el demandado, y su instancia como acto proyectivo está significadamente unívocamente, al cambiar la petición referida en la pretensión, resulta que no basta que los sujetos se distinguan para que los actos que-

373 Op. cit., p. 455.

374 Op. cit., pp. 169 y 170.

375 Op. cit., T. II, p. 150.

376 Op. cit., T. II, p. 150.

den clasificados, porque la instancia sigue siendo única para el mismo tercerista.

No se ve cómo puedan diferenciarse las instancias que es lo elemental del proceso, para alcanzar una clasificación. Si se toma en abstracto un acto de entrega de dinero, y se dice que es un pago, o un depósito, o un mutuo debido a que los sujetos cambian para ser, respectivamente deudor, depositante o mutuante, resulta que para diferenciar la entrega no se han tomado en cuenta las circunstancias del acto, sino que ha hecho un rodeo innecesario y peligroso: se ha clasificado al acto por la calidad del sujeto y a éste se le tiene que calificar por la índole del acto. Lo natural y más sencillo es, pues, acudir a la observación del acto, con independencia del sujeto que lo realiza, ya que éste vendrá calificado por el acto mismo.

Lo que se intenta mostrar aquí es que el acto procesal por excelencia: el proyectivo, no puede ser clasificado por ser indivisible, por carecer de especies. Es un dato elementalmente significado en la relación dinámica y no tiene sentido buscarle componentes. Menos aún si por tales se toman a los sujetos. Podría acontecer que el actor, en lugar de accionar, peticionara, se querellara o denunciara. Si el principio divisorio se ubica en la subjetividad, todo lo efectuado por esta persona sería actividad idéntica. La verdad, entonces, es que si se busca una clasificación, debe comenzarse por establecer la posibilidad de dividir en especies a los actos y, en general, a las conductas procesalmente consideradas. Al quedar fuera las conductas no procesales, la conclusión primaria es que la acción es inclasificable.

b) No obstante la apreciación que antecede, lo cierto es que la doctrina ha puesto atención especial en clasificar los actos procesales. Diverosos son los puntos de vista y los cuadros formados; pero los más comentados y difundidos, son los que han formado Manzini,<sup>377</sup> Goldschmidt<sup>378</sup> y Carnelutti;<sup>379 380</sup> por lo menos son los que la doctrina cita con mayor interés.<sup>381</sup>

Desde luego, Alsina, por ejemplo, no deja de anotar que para Vittorio Scialoja,<sup>382</sup> siguiendo a Bonfante, se entiende por hecho jurídico, a cualquier hecho si el derecho vincula a él consecuencias jurídicas. En cambio, serán actos los hechos voluntarios dependientes de la naturaleza espiritual del hombre. En seguida agrega que son actos procesales los que

377 *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 3 a 75.

378 *Teoría general del proceso*, cit., pp. 101 y ss.

379 *Sistema*, T. III, pp. 3 a 142.

380 *Instituciones del proceso civil*, cit., T. I, pp. 419 a 455.

381 Cfr. Hugo Alsina, *Actos procesales civiles*, en *Enciclopedia jurídica OMEBA*, Bs. As. 1954, T. I, pp. 433 y ss.; y Eduardo B. Carlos, *Introducción*, pp. 174 y ss.

382 *Corso di istituzioni de Diritto romano*, Roma, 1934, p. 122.

tienen influencia en la relación procesal, que es el conjunto de actos realizados por las partes, el juez y los terceros, vinculados en orden sucesivo, según el principio de preclusión y la finalidad común de interdependencia.

La descomposición del proceso en sus diversos elementos presenta hechos u objetivaciones, que pueden consistir en actos u omisiones que influyen en la relación procesal. Así, se presentan tres categorías: manifestaciones de voluntad que implican el ejercicio de un derecho preexistente, o sean los actos procesales en sentido estricto; la constitución de un derecho mediante un acuerdo de voluntades, como aparece en los negocios jurídicos procesales; y la constitución de un derecho que no supone un convenio, sino el resultado de un ejercicio coincidente de actos procesales de ambas partes, como son los acuerdos procesales.

Por su origen, Scialoja habla de actos de parte y del órgano jurisdiccional. Los actos de las partes son actos de postulación, los del juez son actos de decisión. Los actos de instrucción se constituyen por la actividad de las partes, el juez y los auxiliares del tribunal.

Al lado de esta clasificación sin complicaciones metodológicas elevadas, se puede recordar que ya Carlos,<sup>383</sup> ha hablado de dos elementos constitutivos del acto: el contenido y la forma. De ahí que ofrece una subdivisión a base del contenido: por la causa, por la intención y el objeto.

c) Una mayor madurez se aprecia en la tesis de Manzini, para quien los actos se dividen en: procesales y extraprocesales.

Por su lenguaje, los actos son: orales, los que conducen a las actas o procesos verbales, y escritos. Estos últimos se subdividen en originales, copias, extractos y certificados.

Otro punto de vista es la subdivisión en actos públicos y actos secretos; actos de parte y jurisdiccionales. Sobre estos últimos, Manzini habla de una nueva separación entre los que emanan del juzgador en el ejercicio de esa función; los administrativos procesales que concretan la voluntad del Estado en el ejercicio de la función promotora de la pretensión punitiva pública, a su vez distinguidos entre: el ejercicio de la acción penal por el ministerio fiscal, los actos de disciplina y los de policía procesal. Frente a ellos aparecen los negocios jurídicos, consistentes en la voluntad privada a la que la ley reconoce eficacia en relación con las formas procesales, o bien para determinados fines.

Tales perspectivas en la observación del acto procesal, permiten a Manzini considerar al proceso en su devenir, su constitución, su desenvolvimiento y su extinción.

De otra parte, el cuadro se integra con la separación entre los principios, los deberes y las obligaciones.

Los principios son para Carlos, las premisas teóricas, los deberes vienen a considerarse como imposiciones al órgano jurisdiccional y sus auxiliares, en razón del oficio que desempeñan. Aquí se enumeran el cumplimiento de los horarios, la contracción de los esfuerzos a las tareas reglamentadas, etc. Estos deberes, al ser transgredidos originan responsabilidades, sea para las partes o sus representantes, para los auxiliares o para terceros. Así, respecto a las primeras se habla de la buena fe, la moralidad, el deber de decir verdad, etc.; el incumplimiento se sanciona expresamente y se disciplinan deberes tales como guardar el decoro y observar respeto en los escritos y audiencias. Los terceros son responsables por omisión de los deberes que incumben, respectivamente a los testigos en sus declaraciones y a los peritos en sus dictámenes. Como obligaciones, se habla de la condena en costas, el pago de timbres y tasas fiscales. Y en cuanto a las cargas, se les considera facultades y conminación a realizar los actos procesales.

Con estas exposiciones, se puede resumir, con Carlos, la primera tendencia doctrinaria, que va desde la distinción entre actos de parte y actos del juez o tribunal, hasta la diferencia entre juzgadores y auxiliares. En cuanto al órgano jurisdiccional, se mencionan actos de dirección como los decretos y proveídos de trámite. Actos de decisión como las sentencias e interlocuciones o sentencias interlocutorias.

Por la identificación subjetiva, hay un contraste entre autores que como Chiovenda, Prieto Castro o Reimundín, que sostienen que la relación procesal se forma sólo entre los titulares de los actos principales; y la tendencia que se mira en Podetti y de Pina, por la cual, también los terceros como los testigos y peritos, realizan actos procesales, por la influencia de sus conductas para acreditar hechos constitutivos y del litigio, y para lograr la convicción del juez.

d) Goldschmidt ofrece un panorama distinto. Su tesis tiende a la sistematización a base de conectivas entre los actos por conformación a las nuevas categorías procesales que ha ofrecido el autor.

Desde luego, su punto de partida no puede ser más simplista: dividir los actos por sujeto: actos del juez y actos de las partes; pero hacer esto, ya muestra su inclinación teórica, dejando fuera de la relación procesal a los actos de terceros: testigos y peritos, y no incluyendo a otros funcionarios y empleados de la administración de justicia.

En seguida, subdivide los actos de parte de la siguiente manera: i) actos de obtención que evidencian un hecho; tales son las peticiones, afirmaciones y aportaciones de prueba. Estos actos se encaminan a solicitar una resolución mediante influjos psíquicos sobre el juez; pero no son negocios jurídicos, porque el efecto no está determinado por la voluntad de las partes. ii) Y actos de causación, que son constitutivos de situaciones proce-

sales. Estos actos fijan la admisibilidad y fundabilidad de los de obtención y son: convenios procesales, declaraciones unilaterales de voluntad, participaciones de voluntad, participaciones de conocimiento y actos reales.

Respecto a los actos judiciales, se trata de resoluciones que tienen por objeto el examen del error ontológico, que es la falta o deficiencia de observación atribuible a los sentidos, la equívoca inteligencia o falso medio de prueba; y el examen del error nomológico, que es la errónea interpretación de las normas jurídicas o de experiencias. Al lado de las resoluciones aparecen los actos de causación, que son participaciones de conocimiento, como las notificaciones, y los actos reales como la entrega de la cédula de notificación, la citación y el emplazamiento. Otro grupo, el tercero, viene formado por los actos sustitutivos de los de obtención de las partes, como la producción de la prueba y las informaciones oficiales. Por último, el autor habla de actos de celebración de la vista y recibimientos a prueba.

e) En Carnelutti se mira la más elaborada clasificación.

i) El primer grupo de actos está constituido por los de gobierno. Un primer capítulo aparece en los actos de disposición, que se subdivide en: actos constitutivos como la recusación; actos normativos como los convenios sobre pruebas, y actos constitutivos como la designación de peritos; actos normativos como la fijación de plazos, y extintivos como la sentencia. El tercer capítulo se refiere simplemente a las instancias.

ii) El segundo grupo corresponde a los actos de adquisición. El primer capítulo se compone de afirmaciones que pueden ser positivas, o negativas. Siguen los actos de exhibición, que pueden ser: de personas y de cosas. Tercer capítulo es el atinente a las aprehensiones que son: o reales como el secuestro, o personales como el arresto.

iii) El tercer grupo atañe a los actos de elaboración. Un primer capítulo está constituido por las inspecciones, y se subdivide en: audiencia de las partes, y examen de prueba. El segundo capítulo es de actos de administración, subdividido en: de personas, y de cosas. El capítulo tercero trata de las notificaciones y se subdivide en: preventivas, sucesivas, y verbales o escritas. El cuarto capítulo se refiere a la documentación y se subdivide en: descripciones, y conservaciones.

iv) El cuarto grupo es de los actos de composición. Primer capítulo: intimaciones como la sentencia. Segundo: transformaciones como la ejecución forzada.

El agrupamiento anterior responde a la función técnica, y a la función jurídica el que sigue:

i) Grupo primero, por el efecto, subdividido en: Capítulo de los hechos: constitutivos como el compromiso, extintivos como la transacción. Capítulo de las circunstancias: impeditivas como los defectos de forma, y modificativas como las condiciones.

ii) Grupo segundo, por el objeto, subdividido en siete capítulos: actos facultativos, negocios jurídicos, providencias, cumplimientos procesales, actos debidos y actos ilícitos.

iii) Grupo tercero: por la estructura: capítulo primero: cualitativa, que se subdivide en: operaciones, inspecciones y declaraciones. Capítulo segundo: cuantitativa, subdividido en: simple, y compleja, como los actos continuados, los colegiados y convencionales.

Sólo queda añadir que en Carnelutti, la función técnica se refiere al modo en que cada acto procura alcanzar la finalidad del proceso, y por ello se habla de actos de gobierno, de adquisición, de elaboración y de composición. Pero la técnica sirve al derecho, y éste regula el ejercicio, de manera que desde el punto de vista de la función jurídica se tiene en cuenta la eficacia del orden: por el efecto, el objeto y la estructura.

e) Cabe hacer una crítica interna de cada tesis, se pueden mostrar las incongruencias dentro del mismo sistema de lenguaje empleado por el respectivo autor.

Así, en Scialoja lo básico es una relación procesal. Es respecto de ella que habla de hechos u objetivaciones que pueden consistir en actos u omisiones que le influyen.

La observación que sigue no sólo es aplicable a esta construcción, sino a todas las mencionadas: el lenguaje empleado es bivalente y por ello equívoco. Supuesta una relación procesal, terminología que así, sin otra predicación, resulta enteramente metafísica o sin sentido; sin embargo, y sólo como hipótesis de trabajo, si se supone la existencia de una relación procesal, ésta será no un hecho sino un concepto. Por ende, lo que siga debe conservar el nivel terminológico, de manera que resulta impertinente combinar o invariar conceptos con acontecimientos. Lo correcto es: o continuar en la línea conceptual, o abandonarla para bajar a la evidencia fenoménica.

No hay, pues, posibilidad de que los hechos influyan en la relación procesal, y siempre suponiendo que existiera algo, así fuera meramente intelectual, que pudiera llamarse a secas la relación procesal. Cuando de lo conceptual se baja a lo material y se miran actos y omisiones, como la relación, de existir, ha quedado en otro plano, la predicación resulta imposible. Todo lo más es factible decir que sobre los actos procesales influyen otros actos o hechos: porque así lo establece el derecho, la norma positiva. Con ello lo que se hace es regresar al mundo de las ideas y expresar que los conceptos que son nombre de actos procesales, se pueden invariar con conceptos de actos o hechos que no eran originalmente procesales.

Pero en estas circunstancias acontece algo verdaderamente incomprendible. Si el objeto de observación es el proceso, por ejemplo, y no cualquier procedimiento, y lo que se busca es analizar su desenvolvi-

miento; conceptual y materialmente, los actos que se abstraen son los que componen o integran el proceso. No puede haber otro tipo de actos, pues si los hubiera el análisis habría sido inadecuado, y si no son actos procesales pero influyen en éstos, o mejor dicho, en el desenvolvimiento procesal, por sólo esta circunstancia debieron considerarse actos o hechos procesales.

Se comprende ahora que Scialoja, en primer lugar, y después los demás autores, clasifiquen la **actividad** procesal, recurriendo a la **actividad** procedimental. Las tres categorías que Manzini establece, aún analizadas dentro del **sistema** de lenguaje del autor, resultan incoordinables. No se puede conectar procesalmente el primer grupo, llamado actos procesales en sentido estricto, que vienen a ser las manifestaciones de voluntad que implican el ejercicio de un derecho preexistente con los negocios jurídicos procesales y los acuerdos procesales, que forman los otros grupos. La imposibilidad teórica radica en que debe suponerse que los actos procesales son la **actividad** misma en el proceso, en tanto que negocios y acuerdos pueden ser una **actividad** relativa al proceso, pero que no integra el desarrollo de éste. O bien, efectivamente son actos procesales y, entonces, se puede hacer proceso negocialmente y a través de acuerdos. Ello vendría a dar por resultado que una **actividad** dinámicamente regulada, se habría combinado con una mera actividad material regulada sólo en el resultado estático del negocio procesal y del acuerdo procesal.

Pero vistas así las cosas, entonces se tendría que llamar **hecho** procesal al transcurso del tiempo natural, al espacio y a las **circunstancias**, porque todo influye en el proceso. Fuera de otros extremos que muestran la misma equivocidad del lenguaje, como el llamar actos procesales en sentido estricto a las manifestaciones de voluntad que implican ejercicio de un derecho preexistente, esto vuelve a llevar la atención a dos planos de conocimiento: los conceptos que serían los derechos preexistentes y las manifestaciones los actos materiales; con independencia de estos desniveles de lenguaje, lo cierto es que la clasificación no constituye un todo **sistemático**, porque se han mezclado actos procesales con actos que podrán influir en el proceso pero que no son procesales. El mero influir tiene aquí el sentido de algo que afecta la **actividad** sin integrarla. Influyen las **circunstancias**, pero no son parte de la **actividad** procesal.

f) Como se desprende de la contraposición de posiciones que toman, par una parte Chiovenda, Prieto Castro o Reimundín, considerando que sólo son sujetos de la relación procesal las partes y el juez, y por la otra de Pina y Podetti, quienes entienden que los demás sujetos realizan actos procesales; antes de intentar una clasificación es menester efectuar una delimitación.

Se sabe de sobra que el proceso **vive** en el procedimiento, y no hay necesidad de establecer que los actos procedimentales también influyen

en la **actividad** procesal. Pero el estudio de ésta debe encontrar límites provenientes del objeto de conocimiento. El proceso no es el procedimiento, de manera que la **actividad** de éste no corresponde en su totalidad a la de aquél.

Para no incurrir en el error de Scialoja, Manzini, Goldschmidt o Carnelutti, debe quedar bien establecido que la diferencia de **actividades** está en lo conceptual, porque en lo material un acto procesal no tiene evidencia distinta de la del acto procedimental. Lo que sucede es que ciertos actos procedimentales no son el significado ni de una instancia procesal ni de una jurisdicción; por ejemplo, las comunicaciones requieren de conductas y su conceptualización legal está en la regulación del procedimiento y no del proceso.

Hechas estas advertencias, resulta que Goldschmidt, por no haber definido al proceso sino meramente haberle calificado de situación jurídica, cuando clasifica los actos ofrece una mezcla más de conceptos con evidencias.

Sin abandonar su posición teórica, acontece que comienza por separar entre actos de partes y actos judiciales, lo que ya en sí es una petición de principio, pues lo que está por definirse es el acto y no el sujeto, ya que éste será parte o juez, según el tipo de acto que realice. Pero en seguida la clasificación no trata puramente de actos procesales porque, respecto de los actos de obtención, no existen con tal significado ni en la evidencia ni en la conceptualización legal. Es decir, no hay una **actividad** procesal específicamente regulada como petición, y Goldschmidt no ha hablado para nada del derecho constitucional de petición. Una afirmación, una petición o una aportación de prueba no son en sí la **actividad** procesal, y esto es lo que importa. La **vocación** de una conducta que se manifiesta como un pedido es insuficiente para el derecho. Aquí se regula el derecho de pedir y no sólo el pedir, o dicho de otra manera, cuando se habla jurídicamente de la facultad de pedir, queda supuesto que el pedido sea de una prestación debida, porque el ruego de caridad no es derecho de petición.

Habría entonces que enmendar la significación dada por Goldschmidt para entender que cuando habla de peticiones, se refiere al ejercicio de un derecho que tiene por contrapartida una obligación o un deber. Pero en Goldschmidt no hay peticiones de parte con este sentido, ya que niega que entre ellas y el juez exista una **relación jurídica**. Si ahora se pasa a las afirmaciones, se advierte que el nivel de lenguaje ha variado, porque éstas ya no son conceptos **relativos** como las peticiones. Quien afirma participa un conocimiento y nada más, porque si exigiera su aceptación entraría de nuevo en el momento **relativo** del derecho. Y otro tanto acontece con la aportación de prueba, pues como simple aportación sería el **material** entregar de una cosa. Para que tenga juricidad es menester con-

siderarla como derecho de probar, relacionado con el consiguiente deber de recibir la prueba.

Debe quedar establecido que no se niega que en el proceso haya esas peticiones, afirmaciones y aportaciones de prueba; pero no son **actividades** procesales, sino el significado conceptual de la **actividad**. Lo que se busca, y no debe olvidarse, es clasificar esta **actividad** y no el sentido semántico de las palabras. Cuando el demandante acciona por primera vez en el proceso, puede redactar una demanda en la que escribe sus afirmaciones, sus peticiones y ofrece sus pruebas. Esto es indudable, pero no es lo procesal, porque lo último está en el accionar, que es el derecho de instancia por el que ese escrito resulta conectable con un acto jurisdiccional y una reacción del demandado. El actor seguirá accionando posteriormente y sus escritos tendrán un contenido diferente, pero no su instancia que siempre se conectará con un acto jurisdiccional y el sucesivo reaccionar de la contraparte. De modo que si se quiere clasificar los contenidos de los escritos, se tendrá un orden jurídico o gramatical, pero distinto al procesal.

Como antes se dijo, no es admisible que los convenios procesales, las declaraciones de voluntad, las participaciones de voluntad, las participaciones de conocimiento y los llamados actos reales, sean procesales. Goldschmidt los agrupa en los actos de causación, porque son constitutivos de situaciones procesales y sirven para fijar la admisibilidad y fundabilidad de los actos de obtención. Con ello basta para advertir que dentro de la **sistematización** de Goldschmidt, los actos de causación vienen a ser el soporte, los requisitos de los de obtención. Así, una declaración de voluntad apoya una petición o una participación de conocimiento a una afirmación. Aunque se quiera suponer que efectivamente se da este fenómeno jurídico, lo cual es discutible, resulta que lo procesal será el envase o el contenido, pero no ambos. La admisibilidad y la fundabilidad de un acto de obtención son sus justificantes, y por ende no son lo procesal. Pero tampoco el acto de obtención es procesal, porque en Goldschmidt se limitan a evidenciar un hecho, vale decir, no son conceptos de una relación jurídica sino acontecimientos físicos humanos.

g) En Carnelutti se puede admirar la minuciosidad del trabajo clasificador, su ingeniosa construcción: y nada más.

Su tesis es totalmente teleológica y por ello parte del punto de vista que llama la función técnica. Aquí encuentra cuatro grupos: actos de gobierno, de adquisición, de elaboración y de composición. Pero todos ellos están enlazados de medio a fin, lo que implica una relatividad, cuyo valor depende de la verificación. Por ejemplo, decir que las disposiciones, las órdenes y las instancias son actos de gobierno, equivale a sostener que con ellos se **maneja** el proceso, se le guía, se le conduce a un estado determinado. Caben entonces dos objeciones, interna una, externa la otra.

Para que se conciban los actos de gobierno, es menester dejar por supuesto un objeto a gobernar; éste sería el proceso. Si se mantiene la tipicidad de estos actos, se admitirá implícitamente que no se está hablando de la **actividad** procesal sino de actos que en ella influyen. De otra parte, si estos actos son procesales es porque tienen la misma naturaleza que los restantes de adquisición, elaboración y composición, de manera que falta el principio de división que les haga de una clase especial.

En Carnelutti, más que en ninguno de los otros autores, la mezcla de los actos obedece a su teleología. Quien tome esta perspectiva no tendrá conclusión a su tarea clasificadora, y así se ve que el autor avanza desde el litigio, dejando atrás los conceptos de derechos e interés, para seguir con la instancia y llegar a la sentencia, teniendo luego que penetrar en la ejecución; pero no cabe, lógicamente, detenerse en este punto, porque ahí no desaparece la juricidad, siguen consecuencias que, teleológicamente deben estudiarse: liberación del ejecutado, derechos del adquirente, procedimientos de inscripción, facultades de disposición de los bienes y así interminablemente.

Hay un límite inicial a lo procesal y otro final. El proceso comienza con la demanda o acusación y termina con el auto que cita para sentencia. Dentro de este campo es que se tiene que estudiar su peculiar **actividad**. Quedan fuera, por lo mismo, esos actos de composición llamados sentencia y ejecución, que Carnelutti ha colocado en el cuarto grupo. En cuanto a los de adquisición y elaboración, en su gran masa son actos procedimentales, esto es, carecen de proyectividad, como las aprehensiones, las administraciones, las notificaciones y las documentaciones. Y el resto son, como en Goldschmidt, las ideografías de un acto y no su determinación jurídica; así, nuevamente las afirmaciones, exhibiciones e inspecciones, para entrar en el derecho, necesitan de un acto jurídicamente relacionado: **la actividad**.

La técnica, dice el autor, sirve al derecho, pero éste regula su funcionamiento. Por ello retoma los actos desde la perspectiva que llama de la función jurídica y los grupa en los tres sectores comentados: por el efecto, por el objeto y por la estructura.

Lo primero a señalar es el resultado de extracción que se mira en este trabajo. En efecto, al considerar un acto jurídico, ya no uno meramente procesal, por su efecto, para calificarlo de hecho o circunstancia, se le está sacando de su centro relacional. Así, el compromiso viene a ser un hecho constitutivo y la transacción uno impeditivo; pero ¿de qué? Naturalmente, hay que suponer que de la **actividad** procesal; luego ésta quedó fuera de observación, porque ni el compromiso ni la transacción son instancias procesales, como no lo es la ley misma. ¿Por qué no decir que el código procesal es un hecho constitutivo? Aún aceptándolo, a nadie se le ocurriría decir que es un acto procesal.

Decir que por el objeto, significando el objetivo, los actos son facultativos, negocios, providencias, cumplimientos, actos necesarios, actos debidos y actos ilícitos, es pasar insensiblemente por la gama de preceptos que imponen y prohíben, sin entrar en la **actividad**. A ello debe añadirse la incongruencia de reunir figuras ajenas al proceso con cualidades lógicas de los actos. Por ejemplo, un negocio jurídico no es una **actividad** procesal, pero el carácter necesario de un acto es un valor lógico.

Que los actos tengan estructura cualitativa y cuantitativa es por completo ajeno a lo procesal. Carnelutti ha querido distinguir solamente cualidades, oponiendo la inspección a la operación y a la declaración; y ha querido separar lo simple de lo complejo como algo cuantitativo. Todo ello puede tener alguna utilidad en la teoría general del derecho, pero llevado a lo procesal ofrece dos errores: el primero el creer que la observación de datos circunstanciales da diversa naturaleza a los actos. El segundo el suponer que cualidades y cantidades sirvan para dar una idea estructural que es el diseño o arreglo de las cosas, y no sus propiedades más o menos eventuales.

En Carnelutti hay como un caminar alrededor de los objetos, colocándolos en diversos lugares y posiciones para igualar figuras, colores, estilos, épocas, dimensiones, etc. Pero si por un momento se detiene el quehacer clasificatorio para preguntar dónde quedó la actividad procesal, se tendrá que reconocer que de ella no se ha hablado. Por lo demás, todas las propiedades tomadas o atribuidas a los actos pueden generalizarse saliendo de lo procesal y hasta de lo procedimental, y pasando de una rama jurídica como el derecho administrativo a otra como el civil o el penal. En todas partes se puede colocar la estructura, el cúmulo de casilleros formado por Carnelutti, y advertir que con mayor o menor funcionalidad, es factible su aplicación.

A veces, como al hablar de los actos desde el punto de vista de la función técnica, o de la función jurídica, se encuentran manifestaciones típicamente procesales. Así, entre los actos de gobierno se incluyen las instancias y entre los actos clasificados por el objeto se mencionan los cumplimientos procesales y las providencias. Pero el resto son verdaderamente caprichosas calificaciones, no porque el autor las invente, sino porque las elige para distribuir sin importar el valor procesal que pueda resultar de esta armazón escolástica.

#### 114 Clasificación de la actividad procesal.

A veces acontece que la gravedad de un problema está toda en su planteamiento y que el equívoco en los nombres tiene el efecto de ocultar los objetos de conocimiento. Y esto es lo que acontece respecto al tema del desarrollo material del proceso. La elección del acto en lugar de la

actividad, ha llevado al grado de complejidad que se mira en Carnelutti, sin ventajas apreciables para la ciencia.

Puesto que el paso inicial es determinar el objeto de conocimiento, debe establecerse que el acto procesal, por elemental es ajeno a la subdivisión. Una instancia proyectiva es siempre igual, sea cualquiera el momento procesal en que se le ubique y sin importar el tipo de conflicto que se debata: penal o civil, administrativo o laboral, castrense o constitucional, etc. Empeñarse en clasificar algo que no puede escindirse es buscar lo contingente de su **circunstancia** para clasificarlo, y es así como los autores mencionados hablan, no del accionar como tal, sino de otros datos que le rodean.

Diferente es el caso de la **actividad**, porque ella comprende, tanto el accionar inconfundible, como otro tipo de instancias, más el cúmulo de trámites que se llevan a cabo entre los auxiliares o entre autoridades judiciales y administrativas.

Apuntalado en el accionar, el proceso puede deslizarse sin contratiempos y con toda fluidez cuando las **circunstancias** le permiten un desarrollo natural. Pero al pasar de la sencilla fórmula triangular, al polígono cada vez más complicado de la burocracia, el proceso queda encerrado entre procedimientos de toda índole y su marcha se hace más pesada, se dispersan los esfuerzos de los sujetos y la **actividad** alcanza un estadio donde la saturación de conductas es casi total.

Ya no es necesario insistir en que el proceso no tendrá apariencia si falta la mecánica conexión de los actos, cuya secuencia viene a producir el tipo procedimental. En el más simple proceso se dará el procedimiento, con mayor razón en los casos en que al proceso se unen actividades de diversas índoles: convencionales, negociales, administrativas, disciplinarias, ejecutivas, etc.

Poner la atención en la **actividad** es considerar cada uno de los factores del desarrollo procedimental. Como es el proceso lo que más interesa, aún cuando esté ausente en determinado procedimiento, será como un patrón que sirva para calcular la dimensión teórica de las conductas invariadas. Es por esto que el rubro del tema sigue siendo lo procesal, es decir, todo lo atinente a la rama que tiene en el proceso su principal y más destacada manifestación.

Con estas advertencias, el intento que sigue ha superado el obstáculo más impresionante, o sea, la aporía de clasificar lo inclasificable; y puede ahora analizar junto a lo estrictamente procesal, todo cuanto viene a propiciar su realización, y hasta lo que simplemente le rodea como consecuencia de la estructura orgánica, de la competencia de los funcionarios o de las vinculaciones que la pretensión conflictiva tiene con otras pretensiones y peticiones. Aún cuando en determinado supuesto no haya un proceso, su proximidad legal, su posibilidad real, es ya algo que fuerza

a meditar sobre la trascendencia de cierto arreglo meramente procedimental, por el hecho de que puede desembocar en un proceso, y esto es lo que sucede cabalmente con la **jurisdicción** voluntaria.

a) Al precisar que el objeto de conocimiento es la **actividad** y no el acto, se facilita la crítica de quienes, como Couture<sup>384</sup> o Podetti,<sup>385</sup> siguen partiendo de los sujetos para la clasificación. Más aún, el hecho de hablar de la **actividad**, hace pensar en las diferencias que separan las distintas atribuciones del juzgador, o en las diferencias de las pretensiones de las partes.

Si se continúa dando al proceso el carácter de patrón o medida de la **actividad**, tendrá que admitirse que ésta se distingue inmediata y necesariamente en dos sectores: actos que corresponden al proceso y actos que no son procesales. Alsina<sup>386</sup> sostiene que el principal acto de parte, con relación al actor es la interposición de la demanda, y con relación al demandado es la contestación, en tanto que el principal acto del órgano judicial es la sentencia. El mismo autor admite que entre esos actos media una serie que unas veces es de actos comunes y otras son actos propios, unos actos corresponden al juez y otros a sus auxiliares. Basta con esta aclaración, para sostener también que dentro del lapso que dura el proceso, hay actos que no integran su desarrollo, como puede ser la solicitud de copias certificadas de ciertas constancias del expediente.

Se podría ofrecer en este punto una primera conclusión: la **actividad** jurídica procesal se divide en i) el procedimiento procesal, ii) procedimientos no procesales, y iii) actos no procedimentales.

El punto de partida para hacer esta división, proviene del concepto: desarrollo. Así, existen diversos procedimientos eventuales que se encuentran dentro del proceso, pero que no le impulsan. Es cierto que estos desarrollos contingentes pueden tener la estructura de un proceso, pero no son la actividad propia del principal, sino de uno accidentalmente surgido.

De otra parte, en un procedimiento no procesal, como la **jurisdicción** voluntaria, se puede presentar el desplazamiento hacia el verdadero proceso. En este caso se tendrá que admitir que la **actividad** del procedimiento de **jurisdicción** voluntaria se complicó con un proceso.

El desarrollo significa avance, y de esta manera, cualquier procedimiento que se detenga, que sufra un estancamiento temporal o definitivo, por razón de un acontecimiento distinto, se verá complicado con algo que, de ser también procedimental, tendrá que clasificarse aparte. Ello quiere decir que tampoco basta la mera suspensión o interrupción, sino que es necesario que se trate de una actividad jurídica, porque el dejar de promover produce la detención pero no la interferencia.

384 *Op. cit.*, p. 203.

385 *Tratado de los actos procesales*, pp. 177 y ss.

386 *Tratado*, T. I. pp. 704 y ss.

Antes de continuar con las clasificaciones, es menester advertir, que contra el criterio doctrinario que supone la posibilidad de encontrar actos independientes de tipo procedimental,<sup>387</sup> lo cierto es que ninguna apariencia basta por sí para reconocer su carácter jurídico. Es apenas cuando la conducta se toma jurídicamente, que se puede hablar de instancia o convenio, jurisdicción o acuerdo, etc. De manera que también en este aspecto resulta preferible estudiar la **actividad** que es la **idea** de un total que se va formando con las conductas aislables en la materialidad de lo tempoespacial: la entrega de la demanda se puede objetivar en una fotografía; pero sólo encerrada en su círculo de **actividad** procesal tiene sentido de instancia proyectiva.

b) Al considerar cualquier conducta que se presenta durante el tiempo de la actividad procesal, se le puede clasificar por su modo de vinculación con la serie principal. Ya Rosenberg,<sup>388</sup> expresa que solamente la conducta configurativa del proceso es acto procesal, y aunque su tesis se ve afectada al añadir que proceso es todo procedimiento de un tribunal, lo importante está en que su principio de división es correcto en sí mismo.

Si se hace caso omiso del error de hacer sinónimos al proceso y al procedimiento judicial, resulta muy útil la enumeración de actos que ofrece el autor, comenzando por la documentación, la solicitud de beneficio de pobreza, la petición de aseguramiento de prueba, la de copias autorizadas, la queja contra una multa, el nombramiento de un árbitro, la comunicación del mismo al adversario y la petición de que se designe el de su parte. Pero, sobre todo, concluye Rosenberg, son actos procesales los de las partes configurativos del procedimiento de sentencia, o sea, las actividades que sirven para su fundamento, gestión y resolución de la controversia, de las que la ley alemana dice que conciernen a la controversia y tienen por objeto el procedimiento.

En seguida, el autor pone énfasis en el sin sentido de querer considerar procesales todos los actos que realiza la parte con motivo de un proceso o a los fines de la gestión procesal, porque se podría llegar a considerar actos procesales las informaciones sobre materia procesal, los viajes para concurrir a la audiencia o a casa del abogado, o el procurarse el testimonio de pobreza. Todavía más, no basta, dice Rosenberg, con que un acto produzca efectos procesales, pues en caso contrario, sería de esta naturaleza la consignación con renuncia al derecho de devolución, la enajenación de la cosa litigiosa o la cesión de la pretensión de la demanda, la comunicación de la transmisión del crédito controvertido, el otorgamiento de un documento ejecutable ante el tribunal o notario y otro más.

387 Alsina, cit., p. 704.

388 *Derecho procesal civil*, cit., T. I., p. 358.

Es manifiesto que en la última parte, Rosenberg ofrece una retracción a su idea de hacer sinónimos proceso y procedimiento judicial. Pero lo más interesante está en su afirmación de que los efectos solos, no pueden, en principio, decidir sobre la índole procesal del acto. Y para fundar su aserto, observa que por la sola presentación de la demanda se producen extensos efectos de derecho civil. Por ello concluye sosteniendo que los actos procesales son los regulados en sus presupuestos y efectos por el derecho procesal, aún cuando tenga también consecuencia de derecho civil. Se sigue de ello, forzosamente, que un acto no puede considerarse procesal por el hecho de producir efectos en el proceso o de producirlos solamente en él, y el autor cita en abono de su afirmación, el caso del consentimiento del marido para la demanda de la mujer sobre un bien aportado por ella, el consentimiento de la mujer para las disposiciones del marido sobre los bienes reservados de aquélla, la autorización para la gestión procesal, el otorgamiento de poder para la representación en el proceso. Y tampoco son procesales todos los contratos con efecto procesal, como el convenio de prorrogación de competencia, el acuerdo sobre la especie de prestación de seguridad, el acortamiento de los plazos, sobre el tiempo o lugar de la subasta, el compromiso de arbitraje y el acuerdo sobre el procedimiento arbitral, o el que obliga a la realización u omisión de un acto procesal.<sup>389</sup>

c) Las afirmaciones de Rosenberg coinciden con lo apuntado antes,<sup>390</sup> aunque no tengan los mismos fundamentos clasificatorios; pero en definitiva, los acuerdos y convenios carecen de calidad procedimental y entran en un sector especial.<sup>391</sup>

Ya al tratar sobre el pacto de prorrogación de competencia,<sup>392</sup> se conoció el punto de vista doctrinario que originó la denominación de los convenios procesales. Es ahora pertinente completar lo dicho, estableciendo, con Rosenberg, que se trata de actos de eficiencia que pertenecen al derecho procesal en la misma forma que las normas de prueba.<sup>393</sup>

Su presencia o su influencia en el proceso son innegables y por ello debe ocuparse el derecho procesal de su naturaleza; pero al hacerlo no es necesario que se les considere de la misma índole que las instancias, porque éstas integran el desarrollo de la **actividad** continuada, mientras que los acuerdos y los convenios carecen de virtudes impulsoras.

La característica de ambas relaciones es su consistencia estática. Un convenio y un acuerdo sirven para establecer las conexiones entre derechos y obligaciones, facultades y deberes, pretensiones y prestaciones mutuos.

389 bis *Idem*, p. 359.

390 *Supra* N<sup>o</sup> 114.

391 *iii*.

392 Núms. 84 y 85.

393 *Op. cit.*, I, p. 360.

La diferencia, en cambio, es que los acuerdos, como enseña Rosenberg, aún siendo declaraciones de ambas partes, no son relaciones entre ellas, sino unilaterales hacia el tribunal.<sup>394</sup> Por otro lado los convenios siguen en todo al régimen civil, en lo que respecta a la habilidad de los contratantes, a la representación y poder, a la procedencia de las condiciones y determinaciones de tiempo, de la interpretación, de la influencia y alegación de las causas de nulidad y de los defectos de la voluntad. Precisamente por ello, dice Rosenberg,<sup>395</sup> se diferencian de los actos procesales, que en todos estos puntos siguen otros preceptos.

Sólo debe aclararse, en contra del criterio del autor, que los convenios no tienen la misma consistencia jurídica de los acuerdos, ni ambos que la relativa a los negocios judiciales. Ante todo, los últimos suelen implicar un procedimiento, como en la llama **jurisdicción** voluntaria. Aquí, el procedimiento unilateral termina con una resolución que tiene la característica de ser el acto de autoridad que viene a dar eficiencia a la pretensión constitutiva o declarativa del promovente. El negocio<sup>396</sup> es semejante al acuerdo en su unilateralidad y su dirección hacia el juez. No le distingue del acuerdo, ni siquiera la pluralidad de peticionantes, como se ve en la adopción, ni la unidad de pedido, pero sí la exigencia de la homologación.

Por ende, mientras el convenio es pluri o bilateral, el acuerdo y el negocio son siempre unilaterales, en el sentido de ser peticiones hacia el juzgador. El convenio está en el campo del derecho sustantivo, sea civil o público, como indica Rosenberg; pero ya el acuerdo puede estar en lo procesal, como el convenio de representación en el litisconsorcio, y el negocio judicial está plenamente en el campo procesal, no por ser proceso, sino por tener carácter de un capítulo de esta rama. Toda la **jurisdicción** voluntaria judicial se rige por un procedimiento que estructura el código instrumental.

d) Antes de volver a la clasificación es pertinente abrir un paréntesis para considerar la diferencia entre la eficacia y la eficiencia de los actos jurídicos.

Desde luego, no se trata de conceptos que hayan entrado en la doctrina y ni siquiera cabría pensar que las obras más autorizadas les hayan estimado nosinónimos. Pero hay una necesidad teórica de estipular sus respectivas significaciones, por la utilidad que ofrece este particular en el tratamiento clasificatorio de los actos.

Por eficacia ha de entenderse el resultado cierto que producen los actos. Por eficiencia, en cambio, el resultado sólo probable pero perseguido al realizarlos.

394 Idem, p. 360.

395 Idem, p. 360.

396 De *nec y otio*.

La eficacia está más conectada con esas conductas que provocan una respuesta inevitable. Así, las instancias son el caso típico de actos con eficacia, porque su manifestación va seguida, con toda seguridad, de una respuesta. No hay posibilidad de que cualquier promoción sea olvidada, porque desde la Constitución, se suele imponer el deber a la autoridad, de responder las peticiones de los gobernados.

La eficiencia tiene otro ciclo vital, porque se refiere a la fundabilidad de los actos, y es obvio que no todas las conductas son aptas para recibir una concesión a lo pedido. Aquí se mira el abismo inzanjable que separa la eficacia de la eficiencia, porque desde el primer punto de vista, ninguna instancia queda sin respuesta, en tanto que la pretensión relativa puede no ser satisfecha.

Lo mínimo que puede acontecer al instar es su rechazo, que ya es una respuesta. La instancia que no llena las condiciones legales está expuesta a no ser admitida; pero esto implica un acto de rechazo que, al conectarse con la instancia, completa el ciclo existencial de la relación procedimental.

La eficiencia tiene sus opuestas en la deficiencia y su complemento en la suficiencia. Así, la pretensión de una querrela tendrá, por su eficacia una respuesta necesaria; pero desde el punto de vista de la eficiencia, puede acontecer que sea suficiente y deba ser concedida, o deficiente y se niegue.

Los actos procedimentales tienen, pues, la característica de ser eficaces con independencia de su eficiencia, lo que explica que una queja, por ejemplo, pueda ser estudiada y negada.

El doble juego de resultados expone el cuadro de la admisibilidad, atendibilidad y concedibilidad, que de otra manera resulta oscuro. Para que una pretensión sea favorecida es menester: primero, que su instancia sea eficaz, y segundo que su fundamento justifique la concesión. Puede, entonces, acontecer: i) que la instancia sea rechazada no obstante que la pretensión sea fundada: ii) que la instancia sea admitida pero la pretensión no sea atendida por carecer de fundamentos, y iii) que la instancia sea admitida, la pretensión atendida y negada porque sus fundamentos sean insuficientes.

Los grados progresivos de esta composición de cualidades, es también un principio de división para distinguir entre actos que no miran a la eficacia y por ello carecen de cualidades procesales, y actos que sin necesidad de analizar la eficiencia de sus pretensiones o peticiones, producen eficacia y son procesales o simplemente procedimentales.

e) La separación entre los actos estrictamente procesales y los meramente procedimentales no procesales, resulta factible desde el ángulo de la eficacia, por lo mismo que los primeros, observados en su **actividad general**, son: o principio, o medio o fin de la proyectividad.

La índole de los actos procedimentales es tal que puede constituir una gama amplísima, merecedora de análisis particularizado. Su lugar de estudio no es propiamente este, sino uno posterior. Aquí, la observación ha de limitarse a lo escuetamente proyectivo.

Ahora bien, la actividad procesal, por la eficacia proyectiva se limita a los actos que pueden significar un momento de la serie, y entrañar una impulsión en el dinamismo general.

Solamente cabe separar lo elemental de la proyección que, en el primer instante es una acción, en el segundo una jurisdicción y en el tercero una reacción.

Se comprende ahora que el mismo Rosenberg haya caído en la determinación a base de los sujetos, y que mirando, no a la instancia sino a contenidos diversos, se incline por la clasificación de Goldschmidt. Pero del hecho de que toda conducta tenga un titular, no se sigue que la clasificación científica deba hacerse a base de personas. Son éstas las clasificables en segundo grado o como consecuencia de sus actos, y así, la acción permite definir al actor, la jurisdicción al juez y la reacción al demandado. Pero como estas denominaciones son propias del proceso en lo civil, cuando se pasa al penal, cambian los nombres de los sujetos sin perjuicio de mantener la identidad de los actos, y acontece que el titular de la acción se llama acusador, así como el titular de la reacción acusado.

Lo anterior no obsta para efectuar una segunda composición, ya no a base de la proyectividad, sino de la progresión, mirando las instancias y la jurisdicción en los subsecuentes períodos procesales: fase postulatoria, fase probatoria y fase conclusiva.

La proyectividad termina al dictarse el auto que cita para sentencia, y de esta manera, la actividad subsecuente, así como la anterior a la demanda o acusación, y la que circunvala al proceso, tienen otro carácter: unas veces ejecutivo, otras administrativo, pueden ser procedimientos petitorios o cautelares, etc.

La fórmula del desplazamiento viene a mostrar que dentro o durante el proceso, aparecen ciertos procedimientos o simples instancias que denuncian convenios y acuerdos. La presencia de incidentes y accidentes permite confirmar que la **actividad** general es a veces demasiado complicada; pero de ninguna manera la dificultad para separar lo concomitante o simultáneo, lo incidental y lo accidental, el desplazamiento en general, puede impedir la exacta identificación de lo procesal. Bastará en todo momento acudir al patrón de la proyectividad, para encontrar lo que tiene de procesal un procedimiento o varios reunidos eventualmente.

Debe quedar claro que en la totalidad de una apariencia judicial, las conexiones de eficiencia determinarán la conexidad general de la **actividad**. Tal se contempla en uno de esos juicios llamados atractivos, por lo

mismo que entre las instancias de los diversos procedimientos, corre una liga de eficiencia que proviene de las distintas pretensiones o de los actos probatorios o meramente de afirmación.

### 115 El contenido de los actos.

Por una translación de cualidades, que más resulta ser una transposición de notas, en la doctrina se ha venido hablando de continente y contenido de los actos, recordando o aplicando a éstos, lo que las legislaciones y la vieja filosofía griega han dicho sobre las cosas: contenido y forma.<sup>397</sup>

Es frecuente que los códigos hablen del contenido de la demanda refiriéndose a la mención de los sujetos, objeto del debate, *petitum* y *causa petendi*, al mismo tiempo que en preceptos diversos aluden a la forma: escritura, idioma y hasta dimensiones del papel. De aquí que cuando en la doctrina se hace una discriminación de factores, por un lado se toman los contenidos y por otro la forma.

Esto es, pues, plausible y factible tratándose de objetos, y el documento llamado demanda es también un objeto, como lo son todos los escritos del proceso o que a él se llevan, y pueden serlo las cosas muebles e inmuebles, ya sean la materia del debate o las *circunstanciales*.

Pero la descripción de las cosas no se acomoda por completo a la de las conductas. Hay, desde luego, la conducta omisiva en la contumacia, que ni siquiera tiene una manifestación positiva. Y en general, todas las conductas, sean actos u omisiones, están un tanto alejadas de la apariencia *cosificada*.

Sería inútil olvidar que la conducta tiene diferentes expresiones, desde el estar en un lugar o ir hacia él, por ejemplo cuando se cumple el requerimiento para presentarse personalmente ante la autoridad, hasta el hablar o callar, pasando por el gesto y la operación sobre las cosas. Si por forma se alude a las diferencias entre estas conductas, en cambio no puede hacerse referencia a contenidos, a menos que por tales se tome un solo y mismo dato siempre: conducta.

Pero la conducta no es algo objetivo que pueda transportarse a envases distintos en cada ocasión. Por conducta se menciona la relación entre el acto u omisión con el sujeto. Por ende, sólo efectuando una falsa analogía se puede hablar del contenido y la forma de los actos, suponiéndoles semejantes a las cosas.

Hay, sin embargo, un punto que da apoyo a las tesis aristotélicas, y es cuando la conducta se manifiesta como operación sobre las cosas, entonces queda *cosificada* y como lo que materialmente se agregó a la materia por obra del hombre. Al papel se le añaden los símbolos de la escritura y el acto pasó de operación a modificación de las cosas. Aún así,

397 Cfr. Eduardo B. Carlos, *Introducción*, p. 172.

es evidente que la conducta misma no es la cosa, y que al decir que hay conductas **cosificadas** se indica apenas que en las cosas hay huellas de la operación humana sobre ellas.

Si entre la objetividad hay ejemplos de continentes y contenidos que tienen alcances de evidencia, y así pueden las leyes considerar al continente o envase como instrumento de medir sólidos o líquidos; no cabe decir lo mismo de las conductas, y no hay posibilidad de aislar físicamente el sonido del significado. Se podrá borrar de un papel lo escrito, pero esto es considerar a la cosa compuesta de continente y contenido. Cuando el declarante está presente en la audiencia, no es posible llamar continente a la presencia y contenido a lo declarado, porque a fin de cuentas se trata de dos conductas del mismo sujeto. La translación de notas es, por lo mismo, un grave error.

a) Con entera independencia del punto de vista anterior, existe la posibilidad de referirse a la conducta en dos sentidos: el primero mirando a su material expresión, y el segundo considerando la intencionalidad.

Sin penetrar en el terreno psicológico, es sabido que buena parte de la conducta humana tiene una finalidad, de tal manera que la palabra, además de ser sonido, es inteligible porque se capta su significado. Las reglas de la semántica tienen aquí toda su vigencia, y las diferencias entre lenguaje e idioma son interesantes en gran medida.

Pues bien, la misma omisión está dotada de trascendencia jurídica, y lo mismo puede establecerse legalmente un efecto positivo que uno negativo. Hay disposiciones que al silencio le atribuyen la admisión de hechos, otras que lo consideran como negativa, y unas más que se limitan a registrarlo en aplicación de la regla de que quien calla nada dice.

Desde la omisión, que puede ser punible si configura un delito, al acto, se pasa por diversos grados de conducta, la cual, si es intersubjetiva está dotada de un valor jurídico especial para cada supuesto. En el derecho civil se conoce la figura de la entrega de hecho o de facto, se regula la posesión como simple tenencia o como estar en contacto y se habla de los actos reiterados que crean una servidumbre. En lo procesal se atiende a la materialidad del procedimiento y se consideran las palabras tanto como los escritos, las actitudes y los gestos, las operaciones y las omisiones.

En el derecho procesal, y considerando el capitulado general que va del proceso a los procedimientos restantes, todas las expresiones de la conducta son atendidas, y no pocos hechos conectados. Ello sólo es posible en cuanto de la conducta se toma su intencionalidad.

Por tanto, cuando el derecho positivo se refiere a las condiciones, forma y efecto de la conducta,<sup>398</sup> está diciendo una regulación discriminatoria, en la que, de un lado se invaría la conducta, y de otro las condi-

ciones. En un caso se impone o prohíbe cierta conducta, y en el otro se determinan los supuestos, requisitos y presupuestos. Así, de la demanda, objeto documental, se dispone el qué procesal: la instancia expresada en su presentación, y las condiciones que son: el supuesto o determinación del conflicto, los requisitos que son los datos atinentes a la formación del documento, y los presupuestos que son los efectos predeterminados: ejercicio de la jurisdicción y de la reacción.

Si de la demanda se pasa a la comparecencia, cambian las normas atinentes a los requisitos, pero siguen vigentes las restantes, de manera que la exposición en lugar de ser documental es oral.

En realidad no puede decirse que los actos hayan variado solamente en la forma y sigan igual en el contenido o fondo, porque lo que ofrece una diferencia es la utilización de un documento, de una cosa, la cual viene a centrar la atención en lo objetivo de la materia, sin perjuicio de su posterior documentación.

La tendencia doctrinaria a clasificar los actos tiene visos de posibilidad por la separación que se hace de la intencionalidad y la combinación que se efectúa con las cosas utilizadas eventualmente.

b) Es difícil desterrar la tan arraigada tendencia doctrinaria que separa artificialmente entre contenido y forma de los actos, y como a fin de cuentas basta observar que realmente lo separado es la expresión de la intencionalidad, será suficiente con advertir que aquello que en las tesis más generalizadas se llama forma es la expresión, y lo que se denomina contenido es la intención, para que el resultado se iguale.

Ahora bien, por el momento debe hacerse un paréntesis respecto a la forma o expresión, para atender de inmediato al contenido o intencionalidad de la conducta.

Queda asentado que de las tesis más difundidas sobre la clasificación de los actos, está la de Goldschmidt en primer lugar, porque la de Carne-lutti resulta demasiado complicada y artificial; su sostén fue el talento del autor para invariar conceptos arbitrariamente significados, de manera que si algunas veces se le aplica, como sucede en la obra de Guasp,<sup>399</sup> se hace con bastante ligereza y combinando su tesis con el cuadro formado por Goldschmidt.

En efecto, para Guasp, del concepto de acto procesal se desprenden tres elementos fundamentales, que son el sujeto de que proceden, el objeto sobre que recaen y el acaecimiento o modificación de la realidad en que consisten. De ello infiere que las clasificaciones por razón de la subjetividad, del ámbito al que el acto se refiere, de la técnica o sentido procesal, y su genérica finalidad por la que se dividen en actos de postulación y causación, no reflejan lo característico del acto, que repercute o

399 *Derecho procesal civil*, pp. 279 y ss.

es relevante en el proceso, por lo que en definitiva debe pensarse en la función. En seguida añade que si el proceso consiste en un devenir temporal que sigue un orden cronológico y no meramente lógico, la naturaleza de los actos variará de acuerdo con la influencia que ejerza en ese devenir y sus momentos, que son el nacimiento, el desarrollo y la conclusión. La separación de los actos es, pues, en actos de iniciación, de desarrollo y conclusión.

De iniciación serían los actos de demanda e interposición de un recurso, porque éste tiende a iniciar ulteriores instancias del mismo proceso. Los de desarrollo son actos instrumentales frente a los otros, que pueden considerarse finalistas, y se dividen en actos de instrucción o manejo del instrumento y de ordenación que son los que tienden a disponer los elementos.

Si se omiten otras consideraciones sobre esta tesis, queda patente que los actos atinentes al proceso, a la serie proyectiva, son los de ordenación, puesto que se dividen en actos de impulso para transitar de una etapa a otra, actos de dirección que preparan o disponen la utilización de un instrumento procesal y actos de constancia o documentales. La masa más importante y heterogénea de los actos de ordenación procesal, dice,<sup>400</sup> que recaen sobre personas, cosas y actividades, son los nombramientos, autorizaciones y permisos, intimaciones que van en notificaciones y requerimientos, según que sean de ciencia o de voluntad, y las correcciones y admisiones o repulsas. Como se ve, ni siquiera respecto a un ámbito tan cerrado, como es el proceso, se logra el aislamiento de su actividad singular. Además, queda comprobado que lo mismo se clasifican los actos que las cosas, no obstante que el mismo autor ha señalado inicialmente que el acto se caracteriza por ser una expresión de la voluntad humana.

c) Si no puede eliminarse la terminología que contrasta forma y contenido, al menos debe mantenerse la congruencia significativa de las palabras. Es por ello que si de clasificar se trata, luego de separar conducta y cosas, no puede llamarse contenido de la primera sino a la intencionalidad. Aquí, definitivamente, y no en la expresión ni en las cosas, es que debe aprehenderse el instar procesal, porque un escrito de demanda no se distingue de otro de petición en **jurisdicción** voluntaria, sino por el sentido proyectivo de la instancia y éste viene implicado, legalmente, en el acto.

Sólo ciertas conductas y en determinadas condiciones, son instancias proyectivas. Por lo demás, la conducta sustraída la intencionalidad procesal, es semejante a otras muchas que en diversas ocasiones y en otros campos se manifiestan. Después de todo, presentar la demanda, que es el instar, no se distingue materialmente de presentar una declaración de

impuestos, una denuncia o una querrela documentales. No debe olvidarse que si la intención se puede leer en un documento, hay que entenderla o sobreentenderla en la comparecencia sin formulismos.

Se alcanza la posibilidad de agrupamiento y clasificación de los actos, una vez que se toma la intencionalidad, tanto de la conducta, como del contenido de las cosas humanamente facturadas. Esto permite advertir que una conducta puede tener más de un sentido, y por ello la legislación la circunda de efectos y consecuencias. Así, supuesta una conducta de operación: entrega de cosa con sentido de pago, jurídicamente lleva implicada una liberación de deuda, una transmisión de propiedad, una potestad de disposición, más hacia delante, consecuencias como el derecho a exigir un comprobante o la realización de una contraprestación, etc.

La tarea clasificadora se facilita cuando la conducta se objetiva documentalmente, porque esto permite mostrar los diversos sentidos de una intencionalidad.<sup>401</sup> Es aquí que la doctrina habla de diversos actos o contenidos, debiendo entenderse que se refiere a los distintos sentidos de la conducta, cuya intencionalidad ha quedado expuesta en todos sus significados de manera objetiva.

Se entra ahora en un campo en el que es factible reunir o separar los sentidos de la conducta. Procesalmente no tendrá necesidad de preguntarse por el acto de instancia, distinto del acto de pretensión, del acto de afirmación o del acto de exhibición, porque de las palabras escritas unas veces, y habladas otras, se tomará el sentido proyectivo que la ley atribuye al acto, al mismo tiempo que se aprehende su sentido postulatorio, narrativo y probatorio.

La demanda, en cuanto escrito, resulta más adecuada a la división de los datos. Y si un cierto procedimiento procesal impone la obligación de ofrecer pruebas en el documento inicial, entonces el contenido intencional se podrá separar en tantos capítulos como sean requeridos por el precepto aplicable, y se estamparán en el papel los símbolos que identifiquen a los sujetos: juez y partes, los domicilios, el objeto del conflicto, la **causa petendi** y el **petitum**, más los medios de prueba que se intente desahogar.

Habrá posibilidad de separar, material y gráficamente, una demanda de una petición de audiencia, un pliego de posiciones de unas conclusiones, un auto de una sentencia, o una notificación de una certificación.

d) La utilidad de la clasificación de los sentidos o, como se les designa comúnmente, los contenidos de los actos, está en la posibilidad de realizar las conectivas que la ley impone en sus preceptos. Si la instancia proyectiva no tiene más relación que la jurisdicción y la reacción, en cambio la pretensión del actor se combina dialécticamente con la pre-

401 De *docio docere*, enseñar.

tensión del demandado y ambas se relacionan con la sentencia. En lo tocante a la instancia lo que importa es su eficacia impulsora, pero respecto al sentido ubicado en la pretensión, lo que interesa es su dato de eficiencia.

Para la eficacia del instar, el acto debe expresarse sólo en el sentido de eficacia que impone la norma; pero para la eficiencia de la pretensión, hace falta el complemento de la eficiencia de la prueba o de las conclusiones; y sólo si las últimas son suficientes, se podrá justificar la sentencia favorable.

También desde el punto de vista del juzgador, una será la eficacia de la jurisdicción que se conecta con el acto de respuesta de las partes, y otra la eficiencia de su mandato que puede ser impugnada por injustificada. Si se ejemplifica con un acto jurisdiccional indebido, se advertirá que las partes no pueden dejar de responder, lo que es independiente del ataque al llamado contenido del acto.

Al bajar, del acto proyectivo a las restantes instancias procedimentales, se observa que su clasificación, a base del contenido, o sentido de eficiencia, ha sido establecido también en razón de la conectiva. La solicitud de autorizaciones, la petición de requerimientos, la gestión de notificaciones, etc., son datos cuya cabal intencionalidad está en la relatividad de las conductas. Es decir, sólo por abstracción se puede hablar de peticiones, declaraciones, operaciones o inquisiciones. Lo cierto es que el sentido peticionante proviene de la relación entre el sentido del acto del peticionario y el sentido del acto de concesión. La intencionalidad de una declaración deriva del sentido de participación del otorgante y el sentido de comprensión del destinatario. La intencionalidad en una operación está en la relación entre el sentido del que hace o da y el sentido de quien recibe. Así como la intencionalidad de la inquisición se ubica en la relación entre pregunta y respuesta.

Desde el ángulo de la autoridad, la intencionalidad sigue apoyándose en una relación bilateral. El nombramiento de síndico, albacea o interventor no es acto sin sentido, por el contrario, éste se vincula con el sentido del acto de aceptación. El levantamiento de una prohibición que es el acto policial de la autorización, tiene el doble sentido de quien faculta y quien queda facultado para hacer o dar algo. A la transmisión de la noticia se conecta la recepción en los notificaciones. Al requerimiento se vincula la prestación.

Todo lo que antecede lleva a una primera conclusión: para clasificar los sentidos o contenido de los actos, debe partirse de un análisis por parejas. Como jurídicos que son, estos sentidos o contenidos de la conducta tienen dos puntos de apoyo: quien pide y quien da, quien declara y quien se entera, quien ordena y quien obedece, quien entrega y quien recibe, quien pretende y quien concede o niega.

Sobre esta base, al hablar en singular de un acto, se está haciendo una abstracción para fines teóricos y no una aprehensión cabal en la materialidad, pues el sentido implica siempre una relación entre dos.

e) Las clasificaciones más conocidas, tienen toda la apariencia de lo comprensible, debido a una sutil transposición del objeto de conocimiento, Sin embargo, ya en Redenti<sup>402</sup> se encuentra una certera presentación, cuando indica que los actos procesales son normalmente unilaterales receptivos, entendiendo por esto, el que se perfeccionan cuando y en cuanto la manifestación sea llevada a conocimiento de otras partes o del juez. Ante las dificultades de hacer llegar las palabras proferidas o el escrito a su destinatario, dice el autor, la ley introduce equivalentes de recepción, por ejemplo, las notificaciones.

Hubiera sido suficiente que Redenti advirtiera que el acto, jurídicamente considerado, tiene expresión y sentido, para coincidir en el planteamiento que aquí se propone. Porque los actos, en su realización material pueden resultar iguales o indiscriminables. Lo que aparta a un acto de otro, es lo que tiene semánticamente de diferente. Después de todo, la conducta viene expresada por el verbo, de manera que es factible clasificarla a base de su determinación gramatical.

Lo anterior ha sido explicado también por Salvatore Satta,<sup>403</sup> para quien el proceso se presenta como una serie de actos puestos por los sujetos y ligados unos con otros por un nexo de coordinación y fin. Si se omite la situación de los actos el proceso aparece como complejo o relación construida sobre la base del derecho de las partes a la sentencia y del deber del juez de pronunciarla, derecho y deber que tienen su raíz en una norma extraña del todo al proceso. En los términos de actos procesales, hay un sutil equívoco, que se destaca en la definición doctrinaria: actos que tienen como consecuencia inmediata la constitución, el desenvolvimiento, la conservación, la modificación, la definición de la relación procesal,<sup>404</sup> o actos que tienen por efecto la mutación de una situación procesal.<sup>405</sup> Es evidente que aquí se da al proceso una realidad distinta del acto que no existe, porque el acto se identifica con el proceso, del cual es un elemento indisoluble, a diferencia de la relación sustancial que es siempre distinta del acto que la constituye. Se ha considerado que los actos procesales son todos actos voluntarios, pero la consecuencia procesal es del todo independiente de la voluntad así manifestada, y esta voluntad no tiene, en general, relevancia particular. Ello no tiene su razón en un poder del cual la voluntad sea su ejercicio y manifestación, sino en una carga, impuesta por la ley para alcanzar un resultado independiente de la volun-

402 *Derecho procesal civil*, T. I., pp. 187 y ss.

403 *Diritto processuale civile*, pp. 126 y ss.

404 Chiovenda y Zanzucchi.

405 Carnelutti.

tad de quien cumple el acto, lo que se demuestra en cuanto de los actos procesales no nacen derechos y obligaciones entre los sujetos de que provienen, sino situaciones procesales, coordinadas al fin de resolverlo.

En realidad, agrega Satta, el acto procesal contiene en sí mismo la definición y la única posible es la de un acto del proceso, la tautología explica que la procesalidad de un acto no es en relación a su efecto, sino a su cualidad, que es la de constituir un elemento del proceso de realización de la tutela jurisdiccional. Cualquiera otra tentativa de distinguir al acto con base en el efecto no puede tener éxito.

En esta tesis, por lo menos se descubre que el acto aislado no puede connotar lo procesal, que esto viene dado por la ley. Hubiera debido agregarse que el mandato se ve realizado en el sentido imputado al acto.

f) Es increíble que tesis de tanto sentido teleológico, como las de Chiovenda o Carnelutti, no hayan podido advertir que la finalidad no puede encontrarse en la consistencia material de la conducta. Una vez esclarecido el problema, no se comprende cómo Goldschmidt haya hablado de actos de causación y de obtención, cómo pudo separar peticiones de afirmaciones y aportaciones de prueba. Si estos datos se toman de un escrito o de una exposición oral, en realidad se está entendiendo el sentido de las palabras.

Al derecho le interesan los actos, no por su material expresión, sino por el sentido de la conducta que realiza o hace real una norma. Por lo demás, esta es la única manera de cumplir con el derecho. Al imponer la obligación y no carga de demandar, para obtener una sentencia, la regulación de la forma no es sino la determinación de los requisitos de sentido jurídico del acto. Cualquiera puede afirmar ante un juez que su derecho ha sido violado, pero si no lo hace en la forma expresada por la ley, su conducta carece del sentido de demanda.

Entonces, no es, por ejemplo, el acto prensil por sí mismo lo que importa, sino el sentido de esta conducta que ya semánticamente está connotada por el verbo aprehender. Para el derecho el aprehender tiene el significado técnico y particular de: secuestrar, apresar, decomisar, etc. El verbo entregar es suficientemente significativo para comprender la conducta respectiva, pero al derecho le hace falta el sentido jurídico de pago, depósito, posesión etc.

Por eso, al llevar a cabo clasificaciones meramente lógicas, o gramaticales, ontológicas o científicas, no se satisface el propósito jurídico. Mencionar los actos de causación no es clasificar en derecho, porque aquí el significado de la conducta está dado por una norma y no por la psicología o la física.

Jurídicamente, los actos sólo pueden recibir la calificación que proviene del lugar que su sentido ocupa en la norma: pretensión es el acto

relativo a la prestación. Lo jurídico no está en afirmar sino en declarar, no está en hacer sino en constituir porque quien hace un contrato constituye un haz de relaciones.

Muchas veces la conducta usa medios o instrumentos, en los primeros va la señal intelectual del sentido normativo, en los segundos queda la huella de la actividad. Pero ambos son la materialidad empleada con el sentido que establece la norma. La notificación de que habla Redenti, o la publicación, la convocatoria o el aviso, no son sino medios materiales, de los que hay que desprender intelectivamente su significado. Es claro que medios e instrumentos pueden ser clasificados, pero entonces se está utilizando la semántica, y el derecho se sirve de ella con mucha frecuencia, así como se apoya también en el significado técnico o científico para la identificación de cosas y fenómenos. Lo único que debe atenderse, jurídicamente hablando, es al sentido de la imperatividad, a la relación normativa de las conductas, a la disposición que ordena notificar, publicar, convocar o avisar, porque el valor semántico de las palabras se encontrará en un diccionario de la lengua, a menos que la misma ley se encargue, como también sucede, de definir un término.

En conclusión, por su sentido jurídico, los actos sólo pueden clasificarse en derecho a, u obligación de. El resto viene dado por el significado semántico: afirmar, pedir, contestar, recibir, etc.

### CAPITULO III

116 El tiempo en la actividad procesal. 117 Las determinaciones temporales.  
118 La retroactividad. 119 Otras reversiones temporales. 120 Plazos y  
términos procesales. 121 Cómputo del tiempo. 122 Clasificación de los plazos

## 116 El tiempo en la actividad procesal.

El tiempo es un factor en la **realización** jurídica, no sólo porque la conducta requiere de esta categoría de la sensibilidad que le llamara Kant, sino también porque el derecho suele invariarlo normativamente. El hombre, dice Von Thur,<sup>406</sup> está impedido para sustraerse del transcurso e influencia del tiempo, y así, un estado de cosas mantenido durante largo tiempo acaba por considerarse legítimo sin que se demuestre minuciosamente el origen remoto. La influencia manifiesta del tiempo, como factor modificativo de las relaciones, aparece dentro del código civil en dos instituciones: la usucapión y la **prescripción** o liberación de obligaciones.

En lo procesal, tal como lo recuerda Podetti,<sup>407</sup> la incidencia de tiempo se mira en diversos institutos, tanto en los plazos y términos como en la preclusión, la rebeldía, la caducidad de la instancia y la cosa juzgada. A la naturaleza jurídica de ese tiempo se refiere la ley cuando legisla sobre días y horas hábiles e inhábiles y habilitación del feriado. Y la doctrina procesal se refiere a la celeridad como uno de los principios de una buena ley procesal.

También Alsina,<sup>408</sup> considera que el fenómeno jurídico, como todo producto de la vida, ocupa un lugar en el espacio y en el tiempo, factores ambos que el derecho no puede dejar de tomar en cuenta para regular su eficacia y sus efectos. Los problemas de su ubicación en el espacio son a veces la materia de ciertas disciplinas independientes, como el derecho internacional privado, pero también constituyen un capítulo de la rama procesal, como es el que se refiere a la eficacia extraterritorial de los actos jurisdiccionales.

Por el factor tiempo, añade este autor, puede nacer un derecho, así por la posesión continua en cierto número de años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título ni de buena fe de parte del poseedor, y sin distinción entre ausentes y presentes, se adquiere la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales. Por el transcurso del tiempo el derecho se transforma, y la ejecución de la sentencia se tramita en la vía de apremio si se la intenta dentro de los tres meses si-

406 *Derecho civil*, pp. 137 y ss.

407 *Tratado de los actos procesales*, 2ª parte, pp. 223 y ss.

408 *Tratado*, T. I., pp. 760 y ss.

guientes al día en que ella quedó ejecutoriada, y pasado ese tiempo, se aplica el procedimiento del juicio ejecutivo, según la ley 50 argentina.

También por el transcurso del tiempo el derecho se extingue. Por el solo silencio o inacción del acreedor en el tiempo señalado por la ley, queda el deudor libre de toda obligación, operando la **prescripción liberatoria**. Tales principios se llevan al derecho procesal, y por ello los actos del procedimiento tienen un lugar en el tiempo y en el espacio. La eficacia del acto depende de que sea efectuado en momento oportuno, y la ley reglamenta el tiempo fijando límites a la actividad de los sujetos. La inobservancia de los principios legales en esta materia, concluye Alsina, puede ocasionar la pérdida de un derecho y hasta la extinción del proceso mismo, porque la falta de contestación a la demanda, dentro del plazo fijado por la ley, ocasiona la pérdida del derecho a contestarla en adelante. Las resoluciones judiciales adquieren el carácter de preclusivas si no se apela en tiempo, etc.

a) Hay en la doctrina una tendencia a tratar al tiempo como algo perceptible en sí. Esto carecería de importancia y bien podría no penetrarse en la metafísica; pero de ahí no se sigue que el tiempo no sea un concepto susceptible de connotación convencional. Es decir, el tiempo no es una palabra que signifique lo mismo para el metafísico que para el astrónomo.

Naturalmente, en la semántica popular la referencia se hace respecto de un reloj, de un aparato de medición del movimiento en el sistema planetario. El tiempo viene a ser sólo el resultado de medir, pero más adelante, se le sustantiva y parece tener una entidad material que ya no es fácil aislar en la evidencia.

En el derecho aparece, como tal vez no suceda en otros campos de la creación humana: el teatro, la novela y las artes en general, un manejo del tiempo que es de ricas aplicaciones y que no corresponde a la idea objetiva que de él tienen los técnicos de otras ciencias.

Astronómicamente, el tiempo sigue una línea interminable, con un punto de actualidad que es el presente. El momento actual, irrepetible y evanescente, se muda del cercano porvenir al pasado inmediato, en un constante fluir, cuya instantaneidad resulta imperceptible y apenas capturable en la objetivación del hacer diario. Pero en lo jurídico, el tiempo **reposa en mediciones exactas**. El ayer tiene una ubicación precisa y el mañana una determinación concreta. El presente jurídico no requiere ni adiciones momentáneas, ni de un asiento en las coordenadas de sus extremos; convencionalmente puede estipularsele, arbitrariamente cabe extenderlo o reducirlo.

El problema consiste en la traducción del tiempo jurídico al tiempo astronómico. Como ninguno de los momentos del primero nace del ca-

lendario, cuando éste se aplica, es menester encontrar las equivalencias que hagan posible la cuantificación.

Presente es el levantamiento y la redacción de un acta que puede exigir el transcurso de horas y días, a veces semanas y no es insólito que se cumplan meses. Basta pensar en el hecho de que las sentencias llevan siempre la fecha de la audiencia, aunque se redacten y se dicten materialmente en semanas posteriores; pero todo ello no impide al juzgador señalar fecha única para un trabajo que duró en el tiempo por días.

Sea cual fuere la naturaleza del tiempo **de jure**, dice A. S. Eddington,<sup>409</sup> el tiempo del astrónomo oficial es tiempo **de facto**. Su tiempo invade todos los rincones de la física. No necesita recurrir a argumentos lógicos para defenderlo. Está como entretejido con la estructura del esquema clásico de la física. El tiempo en física significa el tiempo del astrónomo oficial. Luego, para explicar la naturaleza del tiempo, Eddington parte de la teoría de Einstein, que demuestra que tiempo y espacio están mezclados en forma incongruente; y de ahí prosigue diciendo que existe una magnitud no reconocida en la física prerrelativista, que representa con mayor fidelidad el tiempo conocido para la conciencia, y que se denomina tiempo propio o intervalo. La representación del mundo como un espacio de tres dimensiones, saltando de un instante a otro, a través del tiempo, es en realidad una tentativa fracasada para separarlos.<sup>410</sup>

Pese a estas consideraciones de los físicos, no han sido ellos, sino los juristas, los pioneros en la concepción de un tiempo **relativo**. Desde siempre, aunque al hablar del tiempo en el derecho se piense en el astronómico, en la práctica se han utilizado **tiempos** resultantes de las relaciones jurídicas. El comprador que pide la rescisión del contrato, no intenta retrotraer el calendario, sino alcanzar la reversibilidad de las relaciones contraídas. El juez que decreta esa rescisión, no manda atrasar los relojes, sino que aplica un tiempo jurídico, susceptible de caminar en sentido de presente a pasado.

Aunque el jurista conserve el significado semántico del tiempo, al aplicar la temporalidad a las relaciones emplea todo su arbitrio y logra desconectar el espacio del tiempo, consigue vincular la medición con el movimiento de los objetos. Se juega convencionalmente con el tiempo cuando la rescisión del arrendamiento se opera para el futuro y en la pauliana se retrotrae a la fecha de la transmisión de los bienes.

Entre el tiempo astronómico y el jurídico hay, sin embargo, un punto de coincidencia; como tiempos, ambos aluden a la sucesión, al transcurso y a la serie. Pero el astronómico depende, no de la voluntad humana, sino de la medición del movimiento cósmico. El jurídico, en cambio, puede desprenderse de ese devenir, para aislarse en representaciones

409 *La naturaleza del mundo físico*, p. 62.

410 Pp. 62-3.

racionales, convencionalmente elegidas. La ruptura más señalada entre ambas temporalidades, se encuentra en la figura de la retroactividad. Astronómicamente es inconseguible una vuelta al ayer. La marcha del movimiento cósmico no permite el retroceso, por ello la reproducción de hechos que va en la prueba, no puede consistir en la vuelta al pasado, porque jamás se puede reproducir lo acontecido. Pero jurídicamente no es absurdo hablar y hasta regular la retroactividad. Entre los temas fundamentales de la teoría general del derecho, se encuentra éste, el de la vuelta al pasado, pero no a un pretérito astronómico sino convencional por ser jurídicamente concebido o regulado.

b) Según Couture,<sup>411</sup> el impulso procesal está dado en una relación de tiempo y no de espacio. La explicación sería inobjetable si tuviera en cuenta, primero, que ese tiempo no es el astronómico, sino el significado por el movimiento ideal de las instancias; segundo, que al separar tiempo y espacio no se hace una abstracción del último, sino una convencional determinación del primero; y tercero, que el impulso aludido no se restringe al proceso sino que se aplica a cualquier procedimiento.

En general, la doctrina procesal no ha advertido que el tiempo de las normas dinámicas no está medido con el reloj astronómico, porque el hombre no necesita cronometrar los actos para disponer su temporalidad jurídica. Es la señal, la dirección de los conceptos en la estructura del dispositivo jurídico, lo que produce la medición jurídica. El procedimiento, constituido en **momentos** ideales ofrece ya una medición convencional que puede no corresponder al reloj natural. Más adelante se verá que la ley suele emplear giros como los siguientes: tan luego como, inmediatamente que, hablarán por su orden primero el actor y después el demandado, antes que, en primer lugar, y así sucesivamente. El tiempo en estas normas está ya implicado intelectivamente, pero si hubiera de medírsele con el reloj astronómico, el resultado sería la imposibilidad de hacerlo. Un precepto que manda que antes de admitirse la demanda se revisen sus requisitos, no tiene correspondencia con el calendario y no se puede precisar el instante de ese **antes de**.

De otra parte, el jurista tiene tan amplio arbitrio para dar al vocablo tiempo diversas significaciones, que unas veces toma el calendario y otras el reloj, pero en lo procedimental el instrumento que elige son fundamentalmente las conexiones. Esto se explica porque en el derecho hay la posibilidad de referirse al tiempo astronómico, por ejemplo, cuando se alude al transcurso del movimiento físico que se mide en minutos, días, años, etc. Pero al lado de ella, está también la posibilidad de aludir a un tiempo estrictamente intelectual, como el que resulta del movimiento implicado en la regulación de las instancias. Basta que el derecho acomode los concep-

tos atinentes a la actividad en un orden de secuencia, para que ahí, en la norma misma, esté el tiempo legal.

No estaría muy desencaminado quien dijera que el derecho gobierna al tiempo, aunque esto sea más una metáfora que una verdad. Acontece que los códigos computan el tiempo hábil, restando ciertos días y horas, de manera que para el derecho son nueve días lo que en la materialidad física pueden ser diez u once, porque el jurista sólo cuenta aquéllos en los que está autorizada la actuación. En el calendario los meses pueden ser de veintiocho, veintinueve, treinta y treinta y un días, pero en el código de comercio se habla de meses de sólo treinta días. En la experiencia un acto se manifiesta por entero en cierto momento, pero el derecho puede establecer que la manifestación se posponga, de manera que el tiempo astronómico está aquí al servicio del jurídico.

En resumen, el tiempo sigue siendo una medición del movimiento, pero éste puede ser físico o conceptual. No pasa desapercibido para el derecho, ni que existe un instrumento para medir, ni que éste se forma con unidades obtenidas del movimiento astronómico. Así, el artículo 11 de la Ley General de Normas y de Pesas y Medidas,<sup>413</sup> establece como unidad al segundo, y la define como el intervalo transcurrido entre dos culminaciones sucesivas del sol medio por un mismo meridiano,<sup>414</sup> Por tanto, el segundo viene a ser el 1/86,400 del intervalo entre esas dos culminaciones.

Si se quisiera aplicar esta unidad del tiempo a las simples conexiones de actos, normativamente señaladas, se tendría que desistir forzosamente, porque en estos supuestos, la ley no se apoya en la medición astronómica. Hay un movimiento intelectual en el precepto que ordena que el secretario haga constar las respuestas del testigo en la misma audiencia. Esta conexión entre la declaración y la documentación, necesariamente transcurre en la experiencia y, a posteriori, se le puede medir con el reloj astronómico. Pero sea cualquiera el resultado de la medición, para el derecho tiene eficiencia, lo mismo la documentación que se hace al segundo, que la que se hace al minuto. Otro ejemplo más patente es la documentación de una dación de cuenta. Cuando el secretario acude ante el juez para conocer su acuerdo, toma nota del mismo y procede a redactarlo, pero no cabe decir que en virtud de que la documentación se hizo días o semanas después, la fecha del acuerdo es otra que la que aparezca en el escrito.

El tiempo, pues, no deja de ser medida de un movimiento; pero en lo jurídico, éste es diverso según que se refiera a cosas o a normas.

413 Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 7 de abril de 1961.

414 Artículo 1º del Reglamento de la Ley sobre Pesas y Medidas, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 14 de diciembre de 1928, donde se mencionan como múltiplos al minuto, la hora y el día.

**117 Las determinaciones temporales.**

No es exacto, como quiere Manzini,<sup>415</sup> que el tiempo en el derecho procesal se considere con una concepción esencialmente práctica. En su explicación se contiene esa transposición ya señalada, que toma al hecho como el productor del derecho, y por ello entiende que el tiempo es una condición en sentido lato, o un hecho del que surgen consecuencias de derecho.

Toda consideración filosófica o meramente naturalista del tiempo, agrega<sup>416</sup> es extraña al derecho procesal penal, y recuerda que para los peripatéticos y los aristotélicos, el tiempo era el número del movimiento según el antes y el después; para los epicúreos, era una especie de sucesión discreta de movimiento consistente en una infinidad de partes que continua e inmediatamente se sustituyen las unas a las otras. Hay quienes hablan de la duración de un curso cuya existencia tiene principio y fin, o quienes aluden al orden de los seres que se suceden sin interrupción, y los que le conciben como la duración de las cosas medida por el movimiento aparente del sol. Para los juristas, dice inmediatamente, el tiempo viene de las medidas que los griegos denominaban **prothesmia**: horas, días, meses, años, etc.

En estas explicaciones hay un punto de coincidencia: el movimiento. Al decir Manzini que para los juristas el tiempo lo dan las medidas, omite el objeto de ellas, que no es la pesantez ni la extensión, el volumen ni la luminosidad, sino la velocidad, sólo mesurable por el movimiento.

Ahora bien, la medición jurídica no se limita a la astronómica, y el propio autor explica que en el derecho intermedio se discutía de cuántos días debía considerarse constituido el mes. Baldo refirió la opinión de muchos y fue tal la perplejidad del asunto que Signorolo y Gomesio sostuvieron que en muchos casos esto se remitía al arbitrio del juez. Las constituciones del Duque de Saboya declararon 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 hacía un acto, 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 de un plazo de un mes, el mes tenía treinta días; pero si decía un mes a partir de tal acontecimiento, se entendía el mes efectivo siguiente.<sup>417</sup>

Aunque la ley se encargue de resolver las dudas al respecto, es innegable que, y precisamente por ello, ha medido el movimiento astronómico con cierto arbitrio. De cualquier manera que se entiendan las dis-

415 *Derecho procesal penal*, T. III, pp. 68 y ss.

416 *Idem*, nota 133.

417 *Op. cit.*, III, p. 68, nota 134.

cusiones históricas sobre el cómputo, lo cierto es que los argumentos de cada autor, operan sobre una medición, que constituyen un calendario jurídico, ligera o grandemente separado del astronómico. Manzini no admitió que el tiempo jurídico fuera distinto de la concepción práctica, pero a él se deben las mejores y más agudas clasificaciones temporales que de haberse hecho sobre la base del tiempo astronómico, se habrían limitado al reloj y al calendario. Su esquema trabajó con el tiempo jurídico, aunque su idea inicial fuera la de hablar con el práctico.

a) Establecido que el tiempo astronómico viene tomado en cuenta por el derecho, sin que ello suponga que la normatividad se limite a una simple remisión, ni que esté impedida para crear su propio tiempo, es decir, su modo particular de medición; deben revisarse las posibilidades de determinar la temporalidad jurídica.

En primer lugar, el derecho puede utilizar la determinación astronómica, y esto lo hace cada vez que se remite al reloj o al calendario sin otra particularidad. Así, la norma suele establecer su momento de entrada en vigor de una manera indubitable, diciendo, por ejemplo, el día tal de cierto mes y año. Aquí la ley se remite al calendario, no para originar un hecho, como podría pensarse, sino para determinar la eficacia que no es un acontecer sino un valor jurídico. En otras disposiciones, en cambio, sí se registran los acontecimientos por el calendario, como cuando constitucionalmente se impone el plazo de cuarenta y ocho horas para la declaración preparatoria en el proceso penal y setenta y dos para dictar el auto de formal prisión.

La segunda manera de hacer la determinación temporal es prácticamente contraria a la anterior. Ahora se parte del acontecimiento mismo para establecer una conexión o un efecto. En el primer sentido se pueden mencionar las disposiciones que fijan plazos. Por lo general, el transcurso de éstos implican, comienza en un punto que se identifica con el acontecimiento; por ejemplo, la ley puede ordenar que se inhume un cadáver dentro de las veinticuatro horas de ocurrido el fallecimiento, lo mismo que puede mandar que se conteste la demanda dentro de los nueve días de notificada. En el segundo sentido, es decir, tratándose de la conexión del efecto con la temporalidad, se puede recordar la prescripción liberatoria en lo sustantivo, o la caducidad en lo procesal. Si en el primer caso la medición astronómica opera naturalmente, en esta segunda manera aparece un cierto arbitrio, porque el legislador o el juez en su caso, pueden medir el transcurso con el reloj o el calendario, o sustraer ciertos días y horas, estableciendo la habilidad temporal.

El tercer modo de regular la temporalidad es más interesante que los anteriores y consiste en medir el orden, la secuencia. Este tiempo es estrictamente normativo y recuerda un tanto al ritmo de la música,

porque puede llevar a la lentitud o a la aceleración de los procedimientos. Al respecto, Carnelutti<sup>418</sup> ha considerado que la sede temporal de los actos procesales puede ser establecida de dos modos: en el sentido de que un acto deba tener lugar en una determinada circunscripción temporal, o bien que deba tenerla a una determinada distancia de tiempo respecto de uno o varios otros actos. El segundo modo tiende a regular el procedimiento haciendo más lenta o acelera la sucesión. Este fenómeno de coincidencia y distancia entre actos y conexiones, encuentra diversidad de estructuras, y Manzini<sup>419</sup> habla de las limitaciones indeterminadas de tiempo, que en su criterio no son plazos y cita como ejemplos, los casos en que la ley habla de: sin retardo, sin dilación, inmediatamente, etc.

Si la coincidencia de actos, procedimentalmente sólo puede tener sentido en la convención normativa, también el distanciamiento puede llevar a un significado conceptual: el orden. Tocante a lo primero, se regulan las audiencias en que la participación es plural, y para lo segundo se impone el orden llamado preclusivo.

### 118 La reversibilidad temporal.

Si la posibilidad jurídica de medir el movimiento llega hasta modificar las determinaciones astronómicas, tratándose de los objetos conceptuales su arbitrio es superior.

La explicación de este fenómeno está enlazada a la idea de la causalidad, que ya en la filosofía moderna tiende a desaparecer. En lo jurídico no es sólo la conducta lo susceptible de invariarse con el tiempo; también los conceptos que entran en una proposición normativa tienen movimiento. Aquí radica el dinamismo de las normas procedimentales y ya se ha visto que el sentido de una instancia está contenido en el precepto respectivo. Más aún, se ha advertido que el derecho dinámico no se distingue del estático por sus manifestaciones experimentales, sino porque se trata de normas transitivas, en cuanto establecen conexiones sucesivas a los actos significados.

Si se aplica el criterio causal, la temporalidad viene dada en la suposición de que un acto es causa de otro, noción inaceptable, pues en cualquier hipótesis que se ofrezca, las conductas de dos sujetos están desconectadas materialmente, y la manifestada en segundo lugar tendrá como la primera, un sentido jurídico por la norma que le rijan.

En lugar de la ley de causalidad, hoy se habla de la función de interdependencia, la cual se limita a registrar las variaciones de dos objetos en su concomitancia o sucesividad. Para el derecho esto es exactamente aplicable, y se pueden formar cuadros de variaciones interdependientes

418 *Instituciones*, T. I, p. 520.

419 *Op. cit.*, T. III, p. 78.

entre pretensiones y prestaciones, explicando los cambios y las relaciones, sin necesidad de acudir a denominaciones metafísicas.

Respecto de la temporalidad jurídica, los pasos que se siguen en toda norma dinámica, están significados sin dificultad en el precepto correspondiente, de manera que su medición no requiere muchas veces de una referencia al calendario o al reloj astronómicos. Naturalmente, queda apuntado que entre las posibles determinaciones del tiempo, hay algunas que se apoyan en la medición común;<sup>420</sup> pero resulta por demás interesante confirmar que existe cierto tipo de temporalidad, que está determinada sin apego a esas mediciones.

Probablemente la principal aplicación de estas posibilidades, se encuentre en el fenómeno de la reversibilidad. El movimiento, entendido en abstracto, puede tener cualquier dirección, de adelante hacia atrás y viceversa, de un lado al otro, de arriba hacia abajo, etc. Sin embargo, medido con la temporalidad astronómica, sólo tiene una dirección: del pasado al futuro. Desde el segundo, el minuto, la hora, al día, el mes y el año, el avance es siempre hacia adelante. No hay, en el mundo físico, un solo caso en que el tiempo astronómico camine en sentido inverso, y si bien en los estudios de las físicas modernas, se habla ya de la reversibilidad temporal, lo cierto es que para la vida cotidiana, no tiene sentido ni posibilidad la marcha hacia atrás.

Otro es el caso del derecho, aquí, desde siempre se ha podido ordenar un regreso a lo pretérito. Obviamente, no se trata de que por efecto del mandato la experiencia tome un rumbo contrario. Lo único que acontece es que la función interdependiente se puede hacer del pasado al futuro y viceversa. Las fórmulas más conocidas en este campo son la retroactividad, la revocación, la resolución y la nulificación.

a) La primera ruptura entre la temporalidad astronómica y la jurídica se encuentra en la retroactividad. Astronómicamente no tiene sentido volver al ayer, porque la marcha cósmica no permite el retroceso, por más que la metafísica imagine un eterno o posible retorno, porque en la experiencia es inalcanzable el regreso. En cambio, jurídicamente no es absurdo hablar y hasta regular la retroactividad. Más aún, entre los temas fundamentales de la teoría del derecho se encuentra la retroactividad, como un convencional retroceso jurídico.

La retroactividad está considerada doctrinariamente como la sumisión a la nueva ley, de todos o parte de los efectos de una relación jurídica, nacida al imperio de una ley anterior.<sup>421</sup> Sin embargo, la naturaleza de la retroactividad no ha sido totalmente captada, debido a la confusión entre las dos temporalidades. Muestra de ello es aquel pasaje

420 Supra N° 117.

421 Cfr. Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, *Diccionario de derecho privado*, Barcelona 1950, T. II, pp. 2398 y ss.

de Portalis, contenido en la Exposición de Motivos del primer título del código civil francés, en que afirma que el oficio de las leyes es arreglar lo futuro, porque lo pasado no está en su poder. Si hubiera, agregó, un país en el mundo donde estuviere admitida la retroacción de las leyes, no habría en él ni aun sombra de seguridad.

Desde luego, en estas palabras no se habla de una imposibilidad de la retroacción, sino de una inconveniencia, y ya con ello se está admitiendo implícitamente el fenómeno. Pero además, no se trata de un criterio absoluto, en cuanto el mismo autor admite que es propio de la naturaleza de las sentencias el arreglar el pasado, porque no pueden recaer sino sobre acciones o derechos adquiridos, y sobre hechos consumados, aplicándoles las leyes existentes. <sup>421 bis</sup>

Así pues, será o no conveniente que las leyes no vuelvan sobre relaciones pretéritas; pero esto es materia de la política legislativa y no de imposibilidad jurídica. Prueba de lo contrario es la existencia bien conocida de leyes retroactivas, comenzando por las constitucionales que suelen anular situaciones adquiridas, como se ve en el artículo 27, fracción VIII de la Constitución mexicana de 1917. Y marginalmente debe añadirse que hay sentencias que no obran hacia el pasado sino respecto del futuro, y se encuentra una gran variedad de ellas en las llamadas constitutivas, si bien las hay retroactivas como la de quiebra.

Materialmente hablando, porque éste es el lugar de la temporalidad astronómica, la declaración constitucional no puede realizarse en el pasado, y todas las modificaciones de los efectos de relaciones jurídicas nacidas al amparo de leyes anteriores, no pasan de ser una realización futura, o cuando más presente. Tanto la retroactividad como la irretroactividad, resultan incomprensibles si se aplica la temporalidad astronómica. Habrá siempre una realización futura, porque lo impreso en la materialidad tiene un signo de pasado intocable.

La cuestión jurídica, entonces, se centra en los efectos, o mejor dicho, en las consecuencias de aplicar la ley a los posibles o actuales efectos de las relaciones constituidas anteriormente. La pregunta teórica se hace consistir en si deben o no producirse los efectos previstos por la ley anterior. Físicamente, la elección de cualquiera de las soluciones es enteramente indiferente, porque lo que haya de resultar será futuro, algo realizable en la materialidad. En lo jurídico, en cambio, el respeto de esos efectos se finca en la irretroactividad de la ley, mientras que lo contrario lleva a su retroactividad. Ello explica la convencionalidad del tiempo jurídico, porque lo pretérito es convertido en presente para modificarlo en lo futuro. Por esta razón, dicen de Casso y Romero y Cervera y Jiménez Alfaro, <sup>422</sup> todas las leyes que modifican sustancialmente el régimen jurí-

421 bis Op. cit., p. 2399.

422 Op. cit., p. 2399.

dico, contienen una serie de especiales disposiciones transitorias encaminadas a determinar con precisión los concretos efectos que la nueva norma debe producir en las relaciones jurídicas anteriores.

No parece que haya existido algún momento histórico en que el principio de la irretroactividad fuera plenamente respetado. Se habla, por ejemplo de la declaración en la Constitución de 5 de Fructidor del año III, en que los franceses establecieron que ninguna ley, ni criminal ni civil, podía tener efecto retroactivo. Pero fuera de su estilo declamatorio, el principio, convertido en superley, careció de realidad, al grado de que las restantes Constituciones le omitieron.

En Roma se justificaba la retroactividad por las necesidades estatales, si bien se aconsejaba el respeto de las sentencias y transacciones; pero Justiniano encontró un medio de aplicar retroactivamente las nuevas disposiciones por medio del sistema de las leyes interpretativas.<sup>423</sup> El derecho canónico sólo entronizó el respeto del derecho divino; glosadores y posglosadores se preocuparon por la conformidad con el *ius commune*; siguiendo la línea justiniana de las disposiciones interpretativas. En el derecho español, ya el Fuero Juzgo manda sentenciar las causas comenzadas y no terminadas, por sus disposiciones. El Fuero Real ordenaba imponer la pena establecida en el tiempo en que se hizo la culpa, y las Partidas decidieron que el juez aplicara el fuero vigente al momento en que el pleito, postura, donación o yerro tuvieren lugar. Por tanto, concluye la doctrina, la elevación del principio de irretroactividad tiene lugar en el período de las codificaciones, por lo que las Constituciones americanas representan su más acabada consagración, que sin eliminar totalmente la retroactividad, sobre todo cuando esté en discusión un interés social, tiende al principio consignado en la Constitución mexicana, cuyo artículo 14 protege el derecho individual, prohibiendo se de efecto retroactivo a ninguna ley en perjuicio de persona alguna.

El valor de este principio se ha sustentado en cuatro diversos criterios doctrinarios. En primer lugar se afirma la prudencia legislativa, entendiéndose que las leyes se dan normalmente para el futuro. Se cree que el legislador puede dar efectos retroactivos pero sólo cuando se imponga un precepto de derecho natural o así lo exija el bien público.

En segundo lugar se proclama que las nuevas leyes reformadoras no pueden detenerse ante obstáculos acumulados por viejos prejuicios. En tercero se menciona el que se apoya en preceptos de razón y justicia. Y en cuarto, que es el mayoritario, se reconocen poderes al legislador para disponer retroactivamente, entendiéndose que toca a la ciencia jurídica dar reglas precisas sobre el alcance de cada tipo de ley.

En síntesis, la doctrina moderna no considera al principio de irretroactividad como una superley, ni como un derecho natural. La retroac-

tividad cuenta con justificaciones de índole moral, de justicia, de equidad y de bien común; y no faltan escuelas que intentan ofrecer reglas completas para determinar en todo tipo de leyes sus límites temporales.

De ahí proviene una sistematización que lleva a la siguiente clasificación de los tipos de retroactividad:

i) Retroactividad en grado máximo, que existe cuando la nueva ley se aplica a la misma relación jurídica básica y a sus efectos, sin tener en cuenta que aquélla fuera creada y éstos realizados bajo el imperio de la ley anterior.

ii) Retroactividad en grado medio, que se da cuando la nueva ley se aplica a efectos nacidos durante la vigencia de la ley derogada, pero sólo en cuanto hayan de efectuarse después de la vigencia de la nueva.

iii) Retroactividad de grado mínimo o atenuada, que se produce en el caso que la nueva ley se aplique a los efectos de una relación regulada según la legislación anterior, pero sólo a los que nazcan después de estar vigente la nueva ley, sustituyéndose desde entonces la nueva situación a la anterior.<sup>424</sup>

b) La retroactividad, entendida como el imperio jurídico sobre el pasado, sólo porque convencionalmente se vuelve sobre lo acontecido materialmente, para modificar su existencia o sus efectos, tiene diversos grados en el ámbito procedimental. Ya la doctrina mexicana, entre los tipos de leyes que deben ser retroactivas, incluye a las políticas, a las de organización social, a las interpretativas, a las que corroboran o confirman la verdadera intención de actos e instrumentos contra defectos de fórmula o solemnidad, a las que ofrecen principios admitidos en leyes anteriores, a las que reforman rectificando errores deslizados en leyes pretéritas, y fundamentales, a las leyes procedimentales, porque resultaría imposible que los tribunales tuvieran un procedimiento según fueran los intereses o los actos que se llevaran ante ellos.<sup>425</sup>

Este criterio ha sido adoptado en la jurisprudencia mexicana, diciendo que las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común o las expide el constituyente al establecer los preceptos supremos. Es en el primer caso que no se les puede dar efecto retroactivo en perjuicio de alguien porque lo prohíbe la Constitución; pero en el segundo debe operar la retroactividad sin que ello importe violación de garantía individual alguna. El constituyente pudo, por altas razones políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al principio de no retroactividad, y cuando así procedió, tales preceptos deben aplicarse retroactivamente, siendo esencial que la ley obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores.<sup>426</sup>

424 Op. cit., p. 2401.

425 Cit., p. 240.

426 Tesis N° 921, p. 1714, Apéndice al T. CXVIII.

La misma Corte mexicana se ha encargado de advertir que sobre la materia de la irretroactividad, existen diversas teorías, siendo las más frecuentes, la de los derechos adquiridos y la de expectativas de derecho y la de las situaciones generales de derecho y situaciones concretas o situaciones abstractas y situaciones concretas, siendo la primera el mandamiento de la ley, sin aplicación concreta de ella. El derecho adquirido es definido considerando que el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso se realiza el derecho y entra al patrimonio, en el segundo el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio.<sup>427</sup>

En diversos argumentos se apoya la retroactividad jurisprudencialmente: cuando los particulares no pueden adquirir derechos que estén en pugna con el interés público,<sup>428</sup> cuando se trata de preceptos constitucionales o reglamentarios de éstos,<sup>429</sup> cuando no se causan perjuicios al particular,<sup>430</sup> y cuando se trata de leyes procesales.<sup>431</sup> Otro tanto acontece cuando los efectos del acto se determinan estando en vigor la nueva ley.<sup>431 bis</sup>

En lo particular, y considerando al procedimiento, la Corte ha entendido que la retroactividad de las leyes de procedimiento cabe cuando se trata de la forma con arreglo a la cual puede ser ejercido un derecho precedentemente adquirido, pero no cuando ese derecho ha nacido del procedimiento mismo, derecho del que no puede privarse a nadie por una ley nueva y que hizo nacer excepciones que pueden ser opuestas por el colitigante; mas la tramitación del juicio debe desde ese punto, sujetarse a la ley nueva.<sup>432</sup>

También se ha dicho que las disposiciones legislativas comprendidas bajo la denominación general de leyes de procedimiento, se refieren principalmente a las que deben ser observados por aquellos que, mediante el concurso del juez competente, tratan de obtener la sanción judicial de sus propios derechos, respecto de las personas obligadas, con arreglo a la ley, o de hacer decretar, de igual modo, los medios legales para poder sujetar a las mismas a la observancia de sus obligaciones jurídicas; pero acontece que las leyes de procedimiento no contienen disposiciones

427 T. LXXI, p. 2496.

428 T. XLIX, p. 1714.

429 T. XLIII, p. 664.

430 Tesis N° 923, p. 1720, Ap. T. CXVIII.

431 T. CXIII, p. 473.

431 bis Tesis N° 924, p. 1723, Ap. T. CXVIII.

432 Tesis N° 925, p. 1724, Ap. T. CXVIII, 2918.

que afecten únicamente a la forma de hacer valer por las partes los derechos nacidos de determinada convención, sino que comprenden también disposiciones de la ley sustantiva; de donde se sigue que las leyes de procedimiento, aunque de orden público, no deben aplicarse retroactivamente, cuando lesionan derechos adquiridos, ya que el propósito de la no retroactividad de la ley, estriba precisamente en el respeto a esos derechos adquiridos.<sup>434</sup>

Se ha agregado que el artículo 14 constitucional habla de irretroactividad, cuando se causa perjuicio a alguien, y como las leyes procesales o de carácter penal, sea que establezcan procedimientos o recursos benéficos, o que hagan más favorable la condición de los indiciados o reos de algún delito, ya por elevados principios sociales o por propósitos humanitarios, se puede dar efectos retroactivos a estas leyes.<sup>435</sup>

La jurisprudencia, ocupada en casos particulares, aunque alguna vez habló de las doctrinas generales,<sup>436</sup> no ofrece consideraciones de tal abstracción que puedan servir para un tratamiento científico del tema. Sobre todo, en materia procesal, la Corte ha cometido el error de intentar una distinción entre leyes atinentes a la instancia y leyes concernientes a la pretensión, sin ofrecer un punto de apoyo sólido. En las ejecutorias mencionadas se invoca la validez de la retroactividad benéfica al indiciado o reo de algún delito, lo cual, como quiere la Corte, puede ser de buenos propósitos, pero sin tener a la vista el caso que ella resolviera, resulta ininteligible como regla procesal retroactiva, ya que lo perseguido es suavizar la punibilidad.

Como quiera que la legislación procesal abarca desde la organización de los oficios, su competencia, la habilidad de las partes, la materia de pruebas, los recursos, plazos, comunicaciones y demás factores del procedimiento; la retroactividad no es una supernorma que pueda invocarse contra el derecho positivo. Todo lo que cabe es que, en los términos constitucionales, en cada país se esté al **principio general**. El resto es mera técnica.

Por ejemplo, en México, al tenor del artículo 14 constitucional, a ninguna ley se debe dar aplicación retroactiva en perjuicio de persona alguna. La primera salvedad está ya marcada por la jurisprudencia, cuando existiendo el perjuicio, lo retroactivamente aplicable es una disposición constitucional como el artículo 27. En seguida se habla, ya no del simple perjuicio, sino del derecho adquirido, y se expresa que ahí donde no ha nacido sino una expectativa, puede surgir la retroactividad. Vienen, en seguida, los casos de orden público como la competencia de los tribunales. Y, por último, se establece la técnica procesal, por la que cabe

434 T. XLII, p. 2673.

435 T. LXXII, p. 2496.

436 T. LXXI, p. 3496.

la continuación del trámite en los nuevos términos legales o bien la su-  
misión a la disposición derogada, según se distinga entre la actividad  
iniciada y sus efectos.

Arturo Valenzuela,<sup>437</sup> luego de aludir a la doctrina que separa el acto  
de sus efectos, adhiere la tesis que llama intermedia, según la cual, los  
actos y los efectos que se realizan dentro de la vigencia de la ley posterior,  
pueden tener un doble carácter: o son consecuencias previstas por la ley  
anterior o no tienen esa calidad. En el primer caso, si la ley los previó se  
seguirán rigiendo por ella; en el segundo se aplicará la nueva ley. En segui-  
da ejemplifica afirmando que si una prueba admitida por la ley anterior  
fue rendida en un proceso, no podrá desconocerse su valor probatorio en  
la sentencia. Si se ha admitido un recurso no puede posteriormente declara-  
rse sin materia en virtud de la ley que lo suprime; si el recurso no se  
utilizó, frente a la nueva ley fue mera expectativa. Si las partes renun-  
ciaron al recurso conforme a la ley anterior, y la nueva proscribela re-  
nuncia, ésta no será aceptada,<sup>438</sup> Si una ley permite la nulidad de actua-  
ciones por determinado concepto y se hizo uso del derecho, el incidente  
no puede declararse sin materia, en caso contrario o si el acto que genera  
la nulidad se realiza durante la nueva ley, no puede aplicarse la anterior.<sup>439</sup>  
En fin, la Corte resolvió<sup>440</sup> que las resoluciones de mero trámite o que  
miran a las diferentes etapas del proceso no están ligadas entre sí por  
razón de causalidad, sino por una mera sucesión de tiempo, debiendo ape-  
garse cada una a la legalidad vigente.

En resumen, Valenzuela sostuvo que la nueva ley es eficaz con res-  
pecto a la competencia, a la capacidad, a las excepciones procesales, a la  
admisibilidad y rendición de pruebas, y a todos los presupuestos, formas  
y medios procesales. La aplicación de la ley a los procesos pendientes,  
posible en los tres sentidos de: i) aplicación de la antigua hasta la conclu-  
sión del proceso, ii) aplicación de la nueva a los actos posteriores a su  
vigencia, y iii) aplicación de la antigua a unos actos y de la nueva a otros;  
ha sido considerada por la Corte diciendo que el legislador establece la  
técnica mediante artículos transitorios, y si las disposiciones no existen,  
la ley procesal nueva es de inmediata aplicación.<sup>441</sup>

c) Chioyenda<sup>442</sup> afirmaba que llamar retroactiva a una ley es un equí-  
voco, y que sostener que la ley procesal es de inmediata aplicación es  
erróneo. En su concepto, el principio de la disposición para el futuro y el  
que la ley no tiene efecto retroactivo, estaba ya implantado por el código  
civil que no distinguía entre naturaleza pública y privada, sustantiva y

437 *Derecho procesal del trabajo*, Puebla 1959, pp. 200 y ss.

438 T. XLII, p. 3674.

439 T. IX, p. 372.

440 T. XXXVIII, p. 199.

441 T. LXXI, p. 2230 y T. CXIX, p. 2283.

442 *Instituciones*, T. I., pp. 90 y ss.

procesal. Si en un caso la ley procesal es retroactiva, ello dependerá de razones que pueden ser comunes a todas las leyes, como sucede cuando se declara la ley retroactiva expresamente o se le caracteriza como interpretativa, o si la nueva ley se dirige a remediar alguna exigencia especial de orden público destruyendo los efectos de actos ya realizados.

Fuera de estos límites, la ley procesal nueva respeta los actos y hechos ocurridos al imperio de la derogada. Por ello el autor encontró fundamental distinguir tres casos: aplicación de la nueva ley a procesos ya terminados, a los que aún no se hayan iniciado y a los pendientes.

En el primer supuesto, todo, desde el ejercicio de la acción, las pruebas y los pronunciamientos, queda fijado conforme a la ley antigua y definitivamente adquirido lo que se haya conseguido por el empleo de medios de ejecución que la nueva ley no admita.

Tocante a los procesos no iniciados se regulan plenamente por la nueva ley procesal. Bajo esta nueva ley caen las condiciones procesales de competencia, capacidad, etc., las excepciones, los derechos y deberes de las partes, la forma y los efectos de los actos procesales. Sin embargo, se han de respetar los efectos de actos regularmente efectuados según la ley antigua, como el **pactum de foro prorrogando**, el compromiso, etc. Pero debe recordarse que, según Rosenberg, no se trata de actos procesales sino de relaciones que tienen efecto en el proceso.

En cuanto a los procesos pendientes, según Chioventa, permanecen firmes los actos procesales ya realizados y sus efectos jurídicos, aplicándose la nueva ley a los actos por cumplir, siempre que sea compatible con los efectos ya realizados de los actos anteriores. Así, la competencia, fijada por la citación, no desaparecerá con la nueva ley; pero el autor recuerda que el Tribunal Supremo italiano optó por lo contrario. Tal vez por ello agregue después que toca al legislador regular el problema con disposiciones transitorias, sin olvido de la posibilidad de tres tesis, dos extremas y una intermedia, recordadas por Valenzuela.

d) En lo penal, Giovanni Leone<sup>443</sup> enseña que la regla fundamental es la no retroactividad de la nueva ley; los actos llevados a cabo bajo una ley, conservan su vigencia posteriormente, y los actos que haya que llevar a cabo, aunque vinculados a actos precedentemente realizados, se disciplinan por la nueva ley. Rige, pues, el principio **tempus regit actum**.

En caso de sucesión de leyes procesales, de ordinario se dictan normas particulares encaminadas a evitar los perjuicios y las incongruencias de un brusco cambio. Sin embargo<sup>444</sup> sostiene que para el derecho procesal vale el principio según el cual la nueva ley abarca los procesos pendientes si no se dispone otra cosa.

<sup>443</sup> *Tratado de derecho procesal penal*, Bs. As. 1963, Trad. S. Sentís Melendo, T. I, pp. 83 y ss.

<sup>444</sup> Cit. I, p. 33.

e) Como se infiere de las exposiciones doctrinarias y jurisprudenciales, la idea dominante es que se trata de un fenómeno excepcional. Lo que no se explica es la posibilidad teórica de la reversión del presente hacia el pasado. En la práctica, sería materialmente imposible eliminar todas las circunstancias que rodearon los actos pretéritos, y ello ha conducido a una tesis simplista que habla de una separación entre actos y efectos; pero cualquiera que sea la inteligencia que se le dé, siempre acontecerá que la nueva ley obra sobre actos futuros.

La retroactividad ha sido tratada como legítima o ilegítima, pero no se le ha descrito en su significado jurídico. Este no puede ser otro que la variación de una señal jurídica en los actos pretéritos. En efecto, el acontecimiento mismo no puede ya ser cambiado, sin embargo su inteligencia, su caracterización o su validez, pueden quedar supeditadas a leyes futuras. Si una persona entiende adquirir en cierto modo o por determinado medio, y la nueva ley les resta eficiencia, en realidad no puede negarse el acontecimiento físico, lo único que cabe es retrotraer la imperatividad para eliminar el sentido de validez de los actos.

Las discusiones restantes acerca de la pertinencia de invalidar el acto o sólo los efectos futuros, es materia netamente técnica, es decir, se trata de encontrar la más apropiada aplicación de la retroactividad. Se podría decir, en contra de lo previsto por la doctrina y por la ley, que no existe imposibilidad teórica para que una norma transforme el concepto jurídico de un acto, así haya acontecido en un pasado lejano. Lo que sigue es destacar las razones de conveniencia o inconveniencia para alterar un sentido jurídico del acto realizado. Operan en este campo con gran vigor los principios de certeza y seguridad jurídicas, pero del hecho de que algo no convenga a la sociedad, que algo perjudique a los propósitos de una buena legislación, no se sigue la imposibilidad de retrotraer un mandato para ir hacia un pretérito más o menos cercano y modificar o eliminar el sentido de juricidad de una conducta.

No se desconocen en la experiencia, casos en que la nueva legislación ha desconocido la misma cosa juzgada. Han existido regímenes históricos en los que, invocando el hecho de ilegitimidad de una autoridad que usurpara el poder, se negaron la validez y eficacia de los actos realizados durante su gestión. Que esto sea reprochable o simplemente inconveniente, es un argumento metajurídico, porque lo cierto es que tal posibilidad existe y experimentalmente se ha conocido, particularmente en México, como se puede confirmar revisando su historia política y legislativa.<sup>445</sup>

Dentro de una normalidad política, las situaciones excepcionales disminuyen al máximo, pero ni aún así se dejan de tener ejemplos de leyes y actos retroactivos. Su existencia está constatada en todos aquellos jui-

445 Supra Núms. 41 y ss.

cios de amparo en que, precisamente, se invoca la violación del artículo 14 constitucional. Por ende, es fácil concluir que en un orden constitucional, la retroactividad tiene mayores impedimentos que en otros regímenes. También se puede asegurar que la jurisprudencia viene frecuentemente a auxiliar a la determinación de la indebida retroactividad, al igual que el legislador procura discriminar los casos de utilidad en que por excepción se implanta cierto tipo de retroactividad; pero no puede decirse que haya un principio, absoluto y doctrinario, que tajantemente separa la procedencia o improcedencia de la retroactividad.

### 119 Otras reversiones temporales.

La idea de que el derecho es un imperativo social,<sup>446</sup> no se contrapone a la posibilidad de que el mandato sea reversible. La contradicción se daría suponiendo que la norma causa o regula la conducta, porque entonces no se entendería que si ésta se manifiesta en la temporalidad astronómica irreversible, algo llamado norma pudiera volver sobre lo pasado.

En el fondo, todo proviene de aplicar la superada concepción de la ley causal a las relaciones de función interdependiente. En términos de causalidad, el efecto no puede ni anteceder a su causa ni producirla de futuro a pasado. Llevada esta noción al derecho, significaría la irretroactividad absoluta. No habría problema de regulación sobre el pretérito, pues como decía Portalis, la ley siempre mandaría hacia el futuro.

La verdad es que la norma está relacionando conceptos y en el campo de las ideas, la temporalidad puede ser la medición de un movimiento de atrás hacia adelante y viceversa, es por ello que en matemáticas la serie puede marchar de la unidad a sus múltiplos y en sentido contrario. Lo que el derecho realiza en la reversión es un simple cambio de las variables, y en lugar de que el acto de transmisión de dominio, por ejemplo, se relacione con la facultad de disposición del bien adquirido, se puede: primero negar valor a la transmisión misma, y segundo relacionarla con un concepto diverso como el simple usufructo. Esto nada tiene de insólito, una ley puede establecer que el derecho de autor, considerado por la anterior como perpetuo, o absoluto, se convierta en temporal o limitado.

Lo que acontece es, por tanto, que el derecho opera con normas que son relaciones interdependientes de valores realizables a través de la conducta humana. Esta conducta no puede alterar la conducta pasada, pero sí puede tener un sentido, un valor jurídico distinto del que originalmente estaba invariado con el primer acto.

La imperatividad de toda norma jurídica sólo puede cumplirse en futuro, así sea tan cercano al presente que parezca contemporaneidad.

446 *Supra* N° 1.

Pero la reversibilidad no se opone a ese futurismo, porque son los actos los que tendrán que surgir con posterioridad al precepto, sin perjuicio de que el sentido o dirección conceptuales vayan hacia atrás, hacia una relación ya constituida por las conductas pasadas. Esto implica la necesidad de separar la materialidad de la concepción, al mismo tiempo que exige un tratamiento diverso para cada temporalidad.

La retroactividad es un caso de reversión normativa, pero no es el único, otros muchos han sido conocidos por la historia del derecho, y conviene recordarlos, así sea para mostrar la diferencia de temporalidades, vale decir, de medición de movimientos. Lo importante está en advertir que el movimiento no está exclusivamente en la naturaleza, sino que también opera en las ideas. Y conviene repetir que la posibilidad de reversión no prejuzga de su conveniencia, ya las legislaciones y las doctrinas se han empeñado en poner límites a ella, lo que les ha llevado al ofrecimiento de criterios clasificatorios que tienen por objeto, sobre todo, orientar al legislador y al mismo juez, de la procedencia de la reversión en unos casos y de su discutibilidad si no es que rechazo franco en otros; pero no dejan de ser criterios valorativos, opiniones que en un momento dado pueden ser desoídas por el legislador o el juez.

a) En cuanto a otras manifestaciones de reversión normativa, del numeroso catálogo que se ha formado a través de los siglos, se pueden mencionar las más conocidas o empleadas en la actualidad, que son el retracto, la resolución, la revocación, la rescisión y la nulificación.

El retracto,<sup>447</sup> tiene el significado de dejar sin efecto una transmisión anterior de una cosa, o también el derecho por el que su titular puede adquirir una cosa, dejando sin efecto una 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 los autores citados, se encuentran 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.<sup>448</sup> Algunas legislaciones, como la mexicana lo tienen proscrito en cuanto pacto de retroventa.

447 Del latín *retrahere*, traer atrás, Cfr. de Casso y Romero y Cervera y Jiménez Alfaro, op. cit., T. I, p. 3457.

448 I, 42, Tit. III, parte 3ª

El retracto legal es bien conocido en las especies de comuneros, de colindantes, el enfiteútico, el de censo, a primeras cepas, el de coherederos, el de consocios, el de colitigantes o créditos litigiosos, el arrendatario 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; el retracto arrendatario urbano que también corresponde por ministerio de ley al inquilino del local o negocio.

b) En el ámbito del derecho procesal, existe la figura importante 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, dicen estos autores, 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 se retrotraen los efectos de la declaración.

c) 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. La cita que se hace en esta obra,<sup>449</sup> es la de un matrimonio putativo que con posterioridad es reconocido como nulo; pero la declaración solemne sólo tiene lugar cuando no hay posibilidad o conveniencia en revalidarlo, removiendo el obstáculo que a su validez se opone; el vicio puede ser la existencia de un impedimento anterior al matrimonio o la ineficacia del consentimiento o la falta de forma, variando el procedimiento según los casos; pero siempre será necesaria la existencia actual del consentimiento, a menos de dictarse dispensa por justas causas y su implícita perduración.

d) La revocación es probablemente una de las figuras reversivas de mayor importancia en todo el derecho y en particular en lo procesal. Su efecto es, naturalmente, sobre un acto ya realizado, o por mejor decirlo, sobre el sentido jurídico de ese acto y consiste en la declaración de voluntad, por la que se deja sin efecto un acto anterior, cuya existencia o subsistencia depende de esa voluntad.

Se mencionan diversas modalidades,<sup>450</sup> por ejemplo, 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 revo-

449 Página 3465.

450 Op. cit., p. 3468.

cación de actos fraudulentos también, de comisión mercantil, del poder conferido al actor, de la licencia concedida a la mujer casada para el ejercicio del comercio. Y para el derecho procesal la del poder otorgado al procurador, la revocación de resoluciones judiciales y, cabalgando entre lo civil y lo procesal, la pretensión llamada pauliana.

Por su destacado lugar en el capítulo de las impugnaciones, es necesario llevar su estudio a este lugar. Conviene, sin embargo, recordar que hay casos de revocación *ex tunc* o con retroactividad, y de revocación *ex nunc* o sin retroactividad, particularmente en materia de propiedad, según que hayan mediado actos entre la enajenación y la revocación, que hicieran salir del poder del adquirente el bien.

e) La rescisión, alguna vez confundida con la revocación, es un procedimiento que se dirige a 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.<sup>451</sup>

La rescisión supone un contrato inicialmente válido; una lesión o perjuicio pecuniario para alguien. Y 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 probar más que el defecto de los elementos del contrato, mientras que en la rescisión se deberá probar el perjuicio. En cuanto a la eficacia, la nulidad no puede detenerse ofreciendo una indemnización como sucede en algunas legislaciones con la rescisión. Y respecto a los modos de extinción, la nulidad la padece por la confirmación del contrato anulable, mientras que los rescindibles no son susceptibles de confirmación. Por último, 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 que no le quedan bienes para pagar a sus acreedores, un tercer 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 de otro modo cobrar.

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 tercero de buena fe, se establece una indemnización de daños y perjuicios.

451 Op. cit., p. 3394.

f) La resolución es una declaración dirigida a la contraparte de un contrato concluido con plena eficacia para que sea considerado como realmente no concluido.

Los autores citados la diferencian de otras figuras de la siguiente manera. i) De la denuncia, porque ésta sólo extingue la relación contractual para el futuro.

ii) De la revocación, porque ésta sólo se refiere en lo general, a declaraciones de voluntad que no han llevado todavía a consumir la conclusión del negocio y que rompen la atadura de la parte que revoca.

iii) De la declaración de que se rechace la prestación y se exija la indemnización, por incumplimiento, porque sólo subsiste el contrato, ya que se exige el interés en su cumplimiento.

iv) De la impugnación por anulabilidad porque ésta se hace valer de un vicio del cual el negocio estaba afecto de antemano.

v) De 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 implica una causa de extinción contractual y se incluye dentro de los derechos de modificación o de formación. No está sujeto a prescripción. En definitiva, la resolución reduce un contrato válido a la nada. También la resolución 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 la condición resolutoria, 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.

g) Por último, la nulificación tiene su base en la existencia de vicios o defectos en la constitución de un acto. Se habla de nulidad frente a la anulabilidad, suponiendo que la primera es plena o de origen y 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 del hecho 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, para lo que aquí importa, es suficiente anotar que en este renglón, las denominaciones de ineficacia, inexistencia, validez, impugnabilidad, nulidad absoluta, nulidad relativa, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, irregularidades y demás, señalan una posibilidad de retrotraer la normatividad. Las discrepancias de concepciones y las diferencias de notas, podrán ser estudiadas más adelante, en el lugar destinado a los incidentes de nulidad y a los recursos de nulidad. Sobre

todo, la polémica en torno a las distinciones entre nulidad y anulabilidad, o nulidad e inexistencia, tienen su mejor campo de discusión en el proceso, por una tendencia doctrinaria a sostener que pueden darse algunas de estas manifestaciones sin la intervención de los tribunales, o más aún, que éstos no deben intervenir para declarar lo nulo o inexistente. Como sea, se está en un campo de patología jurídica, como dicen los autores citados<sup>452</sup> y a nota más determinante es la reversión posible de la normatividad.

## 120 Plazos y términos procesales.

Según Rosenberg,<sup>453</sup> mientras en el proceso penal con cada aplazamiento del debate principal termina la ocupación del tribunal con la causa, y en cada audiencia comienza de nuevo el proceso, forman en el proceso civil los distintos debates de la misma instancia una unidad y, en conjunto, el fundamento de la sentencia. En ello encuentra el doble principio de la uniformidad o indivisibilidad del debate oral y el de la equivalencia de todos los debates orales que diferencia del anterior.

El autor toma en cuenta la peculiar regulación del procedimiento alemán y, eventualmente, del austríaco, por lo que sus consideraciones no pueden aplicarse a todos los ordenamientos nacionales; pero el principio de la unidad está plasmado en los mismos códigos mexicanos, como puede verse en el artículo 398 del código procesal distrital para lo civil. Ahora bien, es necesario recordar que la proyectividad procesal puede ser **continuada, distribuida e interferida**, de manera que el tiempo de la audiencia que menciona la ley mexicana se configura con base en el tipo de proyectividad y no respecto al movimiento astronómico.

La discrepancia temporal que se observa entre el procedimiento escrito y el concentrado en una audiencia, proviene de la diferente temporalidad aplicada. En el escrito la proyectividad **continuada** permite invocar el tiempo astronómico y por ello se ha de hablar de plazos. En el debate oral, la proyección es preferentemente **distribuida** y el tiempo legal propicia la unidad, a pesar de los diferimientos acontecidos en el tiempo astronómico.

Ya Guasp<sup>454</sup> reconoce que las leyes positivas no distinguen con pureza entre plazos y términos, no obstante lo cual, insiste en diferenciarlos de la siguiente manera. Según él, 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; ambos deben configurarse como requisitos del acto procesal.

452 T. I, p. 381.

453 *Derecho procesal civil*, T. I, p. 406.

454 *Comentarios*, T. I, p. 178.

La explicación es simplista, pero no intenta al menos conciliar lo inconciliable, ni sustituir la denominación por otra que traería más dificultades, como en cambio sí lo hacen Alcalá Zamora y Levene,<sup>455</sup> quienes proponen el vocablo señalamiento, el cual sirve para los dos extremos sin duda alguna. Pero la tesis de Guasp es simplista porque trata de explicar el fenómeno con una división imposible: el término sería el momento del acto, el plazo la serie de momentos dentro de la que puede realizarse el mismo. En la realidad, la diferencia vendrá a ubicarse en la posibilidad del plazo y la imposibilidad del término, pues si la declaración judicial ha de realizarse, por ejemplo, a las diez horas de cierto día, no cabrá hacerla, al menos matemáticamente, porque ese momento es insuficiente para que el sujeto diga o lea todo cuanto contiene su pronunciamiento.

a) Lo que tiene de peculiar un término no es su momentaneidad astronómica, sino la unidad intelectual. No es por el transcurso físico, sino por la conexión, que el término se distingue del plazo.

Para que esa unidad sea factible, el tiempo jurídico debe coordinarse con el astronómico, por no confundirse con él. La disposición que señala un momento para la declaración testimonial, alude a un término procesal. Ese momento jurídico puede abarcar varios momentos astronómicos y realizarse en una sesión que tenga que diferirse por diversos motivos para ser continuada más tarde.

Lo importante en el concepto del término, es que haya conexión, que su unidad conceptual produzca instantaneidad jurídica. Por ello el testigo depone en un término que puede ser previsto en un plazo legal. Esto último acontece cuando es necesario preparar la audiencia y aún realizar el desahogo de exhortos. De todas maneras, el tiempo jurídico se establece convencionalmente y sin importar que las conexiones materiales impliquen el recorrido del reloj por más de un instante. Es esta noción lo que permite entender que una audiencia se celebre a pesar de la ausencia de las partes, testigos, peritos y abogados, pues las conexiones han seguido una forma **distribuida** y, ofrecida la prueba, toca al juzgador asumirla en ausencia física de las partes, pero ante la presencia objetivada en el expediente. La celebración significa el cumplimiento del término, sólo cuando las conexiones han sido preparadas, pues de otra manera la unidad sería imposible.

Propiamente, el término es algo más que la coincidencia entre el tiempo astronómico y el acto. En el tiempo procesal opera siempre el movimiento, ya sea continuado, distribuido o interferido. Como expresa Rudenti,<sup>456</sup> hay prescripciones sobre el orden sucesivo y sobre las preclusio-

455 *Derecho procesal penal*, T. II, p. 197.

456 *Derecho procesal civil*, T. I, p. 213.

nes. No por la circunstancia de que en el término las conexiones sean inmediatas, se pierde el principio de la sucesividad, pues no se distribuyen las proyecciones.

Hay otro efecto en los términos que Redenti llama dilatorios, o sea aquéllos que tienden a introducir una cierta distancia de tiempo entre un acto procesal y otros. Mientras los plazos pueden ser comunes, según se mira en el artículo 290 del código procesal civil distrital, los términos son unitarios. La diferencia entre plazo común y término, no está en la actividad simultánea, sino en que siendo común el plazo, la proyectividad es necesariamente **distribuida**, mientras que la unidad del término puede permitir, tanto la proyectividad **distribuida** como la **continuada**. En otras palabras, la comunidad del plazo fuerza a distribuir y no podría ser de otra manera, so pena de romper el equilibrio de la bilateralidad de la instancia o la comunidad del plazo; en cambio, el término que implica unidad, reunión, conjunción inmediata, tanto facilita la proyección distribuida en la preparación a que aluden los artículos 384 y 385 del código procesal mexicano citado, como la proyectividad **continuada**, según el orden que establecen sus artículos 387 y 396.

De ello se infiere que el plazo es lo único común, pues el término propicia al primero pero no es sí común sino unitario, siendo la actividad **continuada**. De esta manera resulta que el llamado término **post quem**, **ne ante quem**, es el término por antonomasia, ya que el **intra quem** incluye el **terminus a quo** y es sencillamente un plazo. Queda advertido que los llamados términos finales, cuando se refieren como el dilatorio, a dos o más actuaciones, no dejan de ser términos, es decir, unidades jurídicas, lo único que acontece es que la actividad se habrá desenvuelto continuamente en el mismo marco.

Esta es la explicación de que coincidan medición y tiempo. En los términos el movimiento procedimental se encuadra en un marco único que es convencionalmente ilimitado aunque astronómicamente esté transcurriendo por momentos o limitaciones de reloj. Por ello son los plazos las extensiones temporales que se miden por minutos, horas, días, meses y años.

b) Señalada la diferencia de marco en el que plazos y términos se encuadran, resulta fácil comprender por qué los términos son improrrogables, en tanto que los plazos pueden prorrogarse, moverse en la extensión del tiempo astronómico. La interrupción del término es indiferente respecto a su unidad; no así la modificación de los factores de la conexión, pues ya se ha visto que la audiencia puede repetirse por cambio de juez.

Mientras los términos son unitarios, en el sentido de serles indiferentes las eventualidades astronómicas, lo que no impide su diferimiento, ni su posposición o transferencia; los plazos puede ser prorrogable o im-

prorrogables, según quepa la ampliación más allá de sus límites normales o no.<sup>457</sup>

Los procedimientos a efectuar en el marco del término pueden ser acelerados, como se indica en el artículo 398, fracción I del código procesal distrital, o retardatarios por instancias **interferidas** de desplazamiento, al tenor de lo previsto en su artículo 438. En cambio, los plazos pueden ser reducidos o estar prohibido hacerlo, ya que la ley, muchas veces señala un límite máximo de duración dentro del cual puede fijar el juez la extensión efectiva del plazo.<sup>458</sup> Los plazos irreductibles son conocidos también como perentorios, los cuales, según el código italiano, tienen la característica de no poder ser abreviados. Frente a ellos, esta 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,<sup>459</sup> la principal distinción que puede hacerse de los plazos, atendiendo a su fin, es en aceleratorios y dilatorios. Los primeros tienden a hacer más rápida la marcha del procedimiento, impidiendo que éste haya 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, más parece atenderse al procedimiento que al plazo, puesto que son los actos a realizar los que se encuadran en el lapso: se economizan actos y no tiempo.

c) A partir de la identificación del principio de división entre plazos y términos, se aprecian mejor 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, translación y posposición de los términos.

Todo plazo 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. Por ejemplo, atendiendo a los actos el plazo es automáticamente reductible cuando se satisfacen las actuaciones, en tanto que atendiendo al tiempo astronómico, el plazo no se satisface en ausencia de actividad.

En el término no cabe su cumplimiento en ausencia de actuaciones, así sea sólo la del juzgador y por ello se manda que los materiales estén preparados, de modo que no puede decirse que el señalamiento transcurra inútilmente, pues en todo caso se dirá que no hubo el movimiento prescrito por la ley para dar lugar a la actividad determinada.

457 Guasp, *Comentarios*, T. I, p. 779.

458 Guasp, *Comentarios*, T. I, p. 779.

459 *Comentarios*, T. I, p. 780.

No puede confundirse el caso de la audiencia sin que concurren las partes, los testigos y los peritos, porque ahí existe la preparación, un conjunto instrumental que debe asumir el juzgador. La audiencia no podría celebrarse si también faltara la instrumentación. En cambio, si comparecen las partes y prueban que falta preparación, el término será diferido, pospuesto o trasladado, circunstancias que no pueden aparecer en los plazos, donde sólo cabe hablar de nulidad o anulabilidad de lo actuado y no de falta de preparación.

El plazo no puede estar vacío, ya que la inactividad puede ser dotada legalmente de eficacia. El término no puede carecer de movimiento, no puede suspenderse ni interrumpirse la audiencia hasta que no haya terminado, como dice el artículo 398, fracción I del código procesal distrital. La ilimitación del término impone en ciertos casos la repetición de las diligencias de prueba, si éstas consisten sólo en documentos, según el mismo artículo en su fracción II. La repetición de las diligencias es improcedente en los plazos, que por el mero transcurrir del tiempo astronómico los agotan, lo cual no impide que las actuaciones nulas, por carecer de eficacia jurídica, originen, no la repetición, sino la correcta actuación, fenómeno que también acontece en los términos.

La reposición de las diligencias ofrece una hipótesis singular en la técnica procesal. Se ha visto que entre los caracteres de la proyectividad, se encuentra la progresividad, que explica la imposibilidad de la reiteración de las instancias efectuadas. En la repetición de que habla la ley distrital, no se advierte desconexión. También se ha observado que en los términos, el movimiento legal atañe a las instancias de las partes y a la jurisdicción del juez; si éste, por causas insuperables, dice el precepto citado, no continúa la audiencia y fuere sustituido en el conocimiento del negocio, las diligencias se volverán repetibles. Lo que el legislador persigue es la identidad del director del proceso que luego ha de sentenciar el asunto, por ende, no se trata de una nulidad de actuaciones, sino de una insuficiencia de información directa y personal; no puede decirse que falten las conexiones eficaces, sino que no han sido eficientes para el fin perseguido. El carácter progresivo de la proyectividad queda incólume, lo que se mira es una insuficiencia que, por lo demás, hunde sus raíces en el más amplio sector de la identidad jurídica, lo que impide la transmisión de los títulos de los contratos *intuitu personae*, en las relaciones familiares y en el estatuto personal.

Queda en pie el problema que presentara Manzini, al decir que las limitaciones indeterminadas de tiempo no son plazos en el sentido técnico, puesto que éstos deben estar establecidos en forma precisa.<sup>460</sup> Al efecto, cita aquellas prescripciones que aluden a la actuación sin retardo, sin dilación, inmediatamente, y que pueden importar sólo sanciones discipli-

narias o penales, como el caso de abuso de autoridad, negativa o retardo de actuaciones del oficio y semejantes; pero no las características sanciones propias de la inobservancia de los plazos procesales. Además, distingue estas limitaciones cronológicas indeterminadas de las limitaciones precisas sin indicación cronológica, como los plazos que bajo pena de decadencia, deben cumplirse inmediatamente antes o inmediatamente después del cumplimiento de otros actos.

En las ideas de Manzini debe separarse, en primer lugar la que atañe a la llamada denegación de justicia, fenómeno que desde el punto de vista temporal, se da cuando la administración de justicia no está expedida para actuar, como ordena, por ejemplo, el artículo 17 constitucional mexicano, y con el cual concuerdan los artículos 83, 87, 88, 89 y 90 del código procesal civil distrital.

Se trata del deber del juzgador de cumplir la actividad del proceso y la solución del litigio. Estos plazos no tienen la típica sanción procesal de la preclusión, porque ella implica la clausura de los grados, y faltando la jurisdicción, el acto de clausura no puede presentarse, y si se trata de la sentencia misma, es obvio que la preclusión sería inoperante del todo y apenas cabría mencionar la nulidad, pues conforme al artículo 91 del mismo código procesal, la sentencia tiene en su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de causa y por juez legítimo y con competencia para darla. No se establece la posibilidad de impugnar la extemporaneidad del fallo, sino su informalidad, su injustificación por desconocimiento de la causa o la nulidad por incompetencia del juzgador.

Pero del hecho de que la extemporaneidad de la actuación judicial no tenga las sanciones típicas, no se sigue que no existan plazos, pues ya se han mencionado los preceptos que los imponen. Son ellos los que no tienen aplicación coercible directa, aunque proceda queja contra el retardo o aplazamiento en la administración de justicia, y aún de la misma resolución administrativa que no se define en el código quedando confundida con el efecto disciplinario del artículo 723 de esta ley.

En cuanto a los casos restantes de señalamientos, como el que dice que ha de actuarse sin retardo, sin dilación, inmediatamente o lo antes posible, Manzini hace resaltar el ejemplo de la ductilidad del tiempo jurídico, aunque no logre definirlo. Esos supuestos están, por disposición legal, separados del tiempo astronómico, pero también del término como unidad de conexiones. Del plazo se apartan porque éste es la delimitación del tiempo y los señalamientos aludidos carecen de ella. Y de los términos se distinguen en que no constituyen una unidad.

Como quiere Manzini, no se está frente a esos señalamientos de conexión definida: inmediatamente antes o inmediatamente después; pero si bien Manzini los distingue, yerra al suponer que los últimos son plazos sin

indicación cronométrica. Hay, pues, una gama de medidas del movimiento procedimental que a veces trasciende a las relaciones estáticas con la forma de condiciones.

El señalamiento por conexión definida sin indicación cronológica, no puede ser plazo, porque en éste hay una delimitación temporal, hay certeza y seguridad del transcurso del reloj y de los actos a realizar. En el señalamiento por conexión definida sólo hay la seguridad de la dicha conexión pero falta el plazo. Pero la independencia entre plazos y términos con respecto al señalamiento definido, no impide la combinación como sucede en el procedimiento oral del artículo 390 distrital.

Es esta una normación donde las palabras en seguida, después, a continuación, etc., puede 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 los señalamientos, y así, el artículo 273 de esta ley, dispone que las excepciones supervenientes se hagan valer antes de la sentencia; pero no sólo ello, sino que para mayor confirmación, se agrega que se presenten dentro del tercer día que tenga conocimiento la parte. Se ve cómo el señalamiento se limita a esa conexión definida, sin afectar los plazos ni los términos y sin confundirse con ellos.

De la conexión definida por señalamiento legal, ha de pasarse al extremo de los señalamientos indefinidos. Mientras la conexión definida puede llevarse del plano procedimental al campo de las relaciones estáticas, como sucede con el derecho de tanto que regula, por ejemplo, el artículo 973 del código civil mexicano, en donde opera como condición resolutoria o efecto rescisorio particular; la conexión indefinida sólo tiene sentido en el procedimiento.

El artículo 8º constitucional mexicano dispone que los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que éste se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición, agrega en un segundo párrafo, deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve plazo al peticionario. Esta prescripción carece de señalamiento, se limita a imponer un deber: el de responder por escrito, pero las palabras breve plazo, podrían reducirse a la determinación del deber: recaerá un acuerdo que se hará saber al peticionario. Ha sido la jurisprudencia la que ha precisado el plazo y aún su cómputo: noventa días a partir del momento en que se presente la petición.

Es indudable que en el ejercicio de la petición se insta y que ello da lugar a un procedimiento como sucesión de conexiones mecánicas; pero la

Indeterminación del momento conduce a la ausencia del plazo, ya que respecto al término no cabe asimilación alguna. En los señalamientos de conexión definida, su cumplimiento depende materialmente de la sucesión, es decir, la eficacia proviene del enlace necesario: el acto incluido en la conexión definida debe realizarse para evitar la nulidad de la secuencia; pero en las regulaciones de imprecisa temporalidad, ya no puede hablarse ni de señalamiento definido ni de plazo, y apenas cabe aludir a la obligación y a la consiguiente responsabilidad. Es por ello que tales prescripciones son criticables, puesto que al tiempo de crear la obligación, la dejan en la ilimitación temporal y en la indefinición de conexiones. El derecho de petición es por ello una pobre instancia, la más desvalida jurídicamente, no sólo porque la obligación de responder es indeterminada en su contenido, sino porque provoca un estado de inseguridad por su tiempo ilimitado.

Si estas determinaciones pudieran llevarse al proceso como supone la doctrina, sería algo paradójico. Los señalamientos indeterminados no son en caso alguno procesales, pues la proyectividad fuerza a un enlace del inmediatamente antes con el inmediatamente después.

En el proceso no cabe la indeterminación temporal, porque ello conduciría a la ausencia de graduaciones. Los ejemplos que pudieran darse de estos señalamientos indeterminados son todos procedimentales, como en el caso del artículo 137 del código distrital, donde se indica que cuando la ley no señale plazos para la práctica de algún acto judicial, o para el ejercicio de algún derecho, se tendrán por señalados: cinco días para interponer el recurso de apelación de sentencia definitiva; tres días para apelar de autos; tres días para la celebración de juntas, reconocimiento de firmas, exhibición de documentos, dictamen de peritos, a no ser que por circunstancias especiales creyere el juez conveniente ampliar el plazo, lo que podrá hacer por tres días más; y tres días para todos los demás casos. Estos **demás casos** son todos los que en el proceso o en los restantes procedimientos propician la determinación judicial. Por tanto, no hay cabida aquí para los señalamientos indefinidos, aunque Alcalá Zamora y Levene hijo <sup>461</sup> aludan al recurso de revisión en lo penal, pues ahí no se trata de actos dentro del proceso y ni siquiera dentro de un procedimiento judicial, sino de actuaciones mediatamente relacionadas. Tampoco puede admitirse que la reanudación del proceso, tras un auto de sobreseimiento provisional, al tenor del artículo 436 del código procesal penal de la capital argentina, se considere plazo, término, señalamiento ni actividad procedimental subsecuente al sobreseimiento, sino que la instancia reanuda algo suspendido indefinidamente, caso bien distinto al se ha venido contemplando. La reapertura de un proceso, la reiniciación de un procedimiento, la reconstitu-

461 Op. cit., T. II, p. 199.

ción de la relación procesal sobreseída, llevan al extremo de un nuevo procedimiento.

Mientras la reanudación del procedimiento suspendido o interrumpido, según los artículos 365 a 372 del código federal de procedimientos civiles mexicano, suele contar con un plazo, y cuando éste no es posible, es decir, cuando no se puede delimitar el comienzo y el final del transcurso temporal, como en el recurso de revisión en lo penal o la demanda de amparo contra actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal, deportación o destierro, y cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución mexicana, o la incorporación forzosa al servicio del ejército o armada nacionales, contra los cuales puede instarse en cualquier tiempo, al tenor del artículo 22, fracción II, de la Ley de amparo; entonces no se está frente a plazos sino ante condiciones de procedibilidad. El amparo cabe aquí en todo tiempo, es decir, sin plazo y con sólo que se trate de esa clase de violaciones de la autoridad. En fin, estos supuestos, literal y técnicamente llevan al extremo contrario del plazo; se puede actuar sin plazo, y no es excepcional ilimitación del tiempo lo que mencionan Manzini y Alcalá Zamora y Levene, sino la hipótesis natural de la falta del plazo. Si se hace un parangón con el ejercicio de los derechos sustantivos, se puede advertir que también éstos son realizables en tiempo ilimitado, por lo que es más adecuado afirmar que el propietario puede vender cuando lo desee, a decir que existe una excepcional ilimitación del tiempo para ejercer este derecho.

Alcalá Zamora y Levene hijo, hablan también de los plazos fijados sin duración puntualizada, citando el ejemplo de la dación de cuenta a cargo del secretario, que puede realizarse de las cero a las veinticuatro horas, cuando la ley dice en el mismo día, y salvas siempre las restricciones del horario laborable. Son éstos, casos como el de señalamiento de obligaciones sin plazo, y así el artículo 126 del código procesal civil distrital, en sus primeros párrafos establece que se fijará en lugar visible de las oficinas del tribunal o juzgados, una lista de los negocios que se hayan acordado cada día, y se remitirá otra lista expresando solamente los nombres y apellidos de los interesados para que al día siguiente sea publicada en el Boletín Judicial, diario que sólo contendrá dichas listas de acuerdos y avisos judiciales y se publicará diariamente antes de las nueve de la mañana. Este precepto contiene ejemplos de esos señalamientos y de las obligaciones que Manzini llama limitaciones indeterminadas de tiempo, y que Alcalá Zamora y Levene califican de excepcional ilimitación del tiempo. Ahí están las limitaciones precisas para la publicación del Boletín: antes de las nueve horas de cada día; y están también los casos de inmediatamente antes de o después de, cuando se alude a la lista de los negocios acordados en el día pues no cabe que se publique esa lista antes del acuerdo, como tampoco que se remita al Boletín antes de hacer la lista.

Se advierte que lo que Alcalá Zamora y Levene hijo llaman fijación de plazo sin puntualización de su duración es simplemente indefición de la hora, lo cual nada tiene de insólito. Los autores hubieran querido precisar el momento o el instante de la actuación, y al no poder hacerlo, han construido una nueva especie de plazos, contradiciendo lo que ellos mismos enseñan, en el sentido de que el plazo es una duración, un transcurrir de horas hábiles o de oficina, horas laborales, dentro de las cuales y en cualquier momento puede válidamente realizarse el acto.

El caso es idéntico al plazo para pujar que establece el artículo 579 del código distrital, para los procedimientos de remate, en donde se expresa que a la hora señalada, pasará el juez lista de los postores y concederá media hora para admitir a los que se presenten; concluida esa media hora, el juez declarará que va a proceder al remate y ya no admitirá nuevos postores; pero en seguida revisará las propuestas presentadas, desechando las que no tengan postura legal y las que no estuvieren acompañadas del billete de depósito. Todavía el artículo 580 agrega en su segundo párrafo, que hecha la declaración de la postura, considerada preferente, el juez preguntará si alguno de los licitadores la mejora. En caso de mejora dentro de los cinco minutos que sigan a la pregunta, interrogará de nuevo si algún postor puja la mejora, y así sucesivamente con respecto a las nuevas pujas que se hagan. Se observa que también en estas hipótesis, la actuación cabe dentro de un plazo, que no por breve, deja de ser tiempo delimitado.

Todavía puede observarse un ejemplo de simple conexión definida, al decir el precepto citado que hecha la postura considerada preferente, el juez preguntará, etc. Y en cuanto al señalamiento de obligación sin plazo, se tiene el supuesto de la mención en cualquier momento en que, pasados cinco minutos, etc. Ese cualquier momento significa en cuanto hayan pasado los cinco minutos, después del vencimiento del plazo; pero no se ubica el momento de efectuar la declaración que finque el remate, y la demostración de estas consideraciones está en la práctica seguida en los juzgados, consistente en que la declaración se hace en el expediente y días, o semanas después, indefinida e indeterminadamente. Es, pues, una obligación sin plazo, por lo menos legalmente establecido; en la inteligencia de que no son actos procesales sino de ejecución, y por ello la indefinición es más grave, en cuanto sólo es imputable al juzgador, sujeto apenas a medidas disciplinarias o a responsabilidades penales y civiles, pero no a excitativas por medio de instancias proyectivas, no dependiente de actuaciones que tengan la misma secuencia procedimental, menos aún la procesal.

En otras leyes, como la de amparo, se presentan con mayor relieve las conexiones definidas; así, el artículo 121 de la misma expresa que cuando el amparo se pida en comparecencia, el juez de distrito, o la auto-

ridad ante quien se haya promovido, mandará expedir las copias a que se contrae el artículo anterior. No hay, por lo mismo, seguridad del momento en que se ordena la expedición de las copias. No se determina el tiempo que debe transcurrir antes de expedirlas. Tan sólo se sabe que hay una conexión cierta, pero se ignora el tiempo que transcurra entre la comparecencia, la orden y la expedición. Más aún, la disposición literal: en seguida, o inmediatamente, se encuentra omitida.

En cuanto a las conexiones indefinidas, propias de las situaciones extraprocedimentales, también se encuentran manifestaciones en la Ley de Amparo, como al decir el artículo 113 que no podrá archivar ningún juicio de amparo sin que quede enteramente cumplida la sentencia en que se haya concedido al agraviado la protección constitucional, o apareciere que ya no hay materia para la realización. El ministerio público cuidará del cumplimiento de estas disposiciones y especialmente de que las autoridades responsables cumplan y hagan cumplir las sentencias dictadas en favor de los núcleos de población ejidal y comunal. Fuera, pues, de la secuencia procedimental del amparo, el deber implicado en esta regla significa, estructuralmente, una conexión indefinida, intemporal, o si se quiere, permanente, puesto que no puede levantarse la obligación mientras no se pruebe el cumplimiento.

En resumen, el desarrollo procedimental opera con tres fórmulas, de las cuatro mencionadas por la doctrina. Desde luego, se excluye de lo dinámico la conexión indefinida, porque aquí, más que de secuencia, se ha de hablar de deberes y obligaciones conectados a ciertas situaciones. En seguida, mientras el término alude a la unidad de actuaciones en un tiempo jurídico que astronómicamente sólo tiene coincidencia con su inicio; el plazo se refiere a un transcurrir entre dos límites, durante el cual está autorizada la actividad correspondiente. Por su parte, la conexión definida tiene con el plazo, la similitud de la limitación. Pero cabe, primero, que la conexión se haga con un momento **ante quem**, o con un momento **post quem**, por lo que el principio y el fin, tendrán que identificarse, primero por un factor legalmente especificado y segundo, por la situación aludida en el **ante quem** y en el **post quem**. Los ejemplos tomados de las leyes mexicanas son suficientemente aleccionadores de estas hipótesis. El que una actividad deba realizarse antes de cierta hora pero a partir del acuerdo judicial, significa que se encuentra delimitada, primero por el acto y después por la hora astronómica. No hay, es cierto, señalamiento del instante, pero sí de un transcurso hábil que se infiere de la delimitación en cada caso.

## 121 Cómputo del tiempo.

Computar es medir, de manera que si el tiempo es la medida del movimiento, el cómputo es la medida de otra medida, lo que nada tiene

de extrañío, porque así como la yarda puede medirse en centímetros, los segundos del tiempo astronómico se computan numéricamente; es decir, tanto existe la computación como una conversión de cierta medida en otra unidad, como el cálculo de un objeto en términos de unidades de la misma naturaleza.

Esta idea se encuentra plasmada en la fracción I del artículo 13 de la Ley General de Normas y de Pesas y Medidas,<sup>462</sup> 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.

Observada la noción en estos términos, no parece aceptable la tesis de Alcalá Zamora y Levene hijo,<sup>463</sup> en el sentido de que el cómputo sólo es referible a los plazos y que los términos sólo son susceptibles de fijación o señalamiento. El cómputo 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 sólo la conversión de la medida del movimiento a unidades matemáticas, porque también es factible la transposición a conexiones y, si existen además de términos y plazos, los señalamientos por conexiones definidas, habrá que efectuar su cómputo, que es la medición de las conexiones en guarismos de las propias conexiones y no de temporalidad astronómica.

Se ha visto que las conexiones definidas suelen señalarse sin ubicación entre límites de plazo, de manera que no cabría hablar de la conversión del tiempo a la unidad matemática, porque no hay tal plazo. Que dan, entonces, dos grupos de temporalidades jurídicas, divididos por el fenómeno de la computabilidad. Uno corresponde al movimiento cuya medida es convertible en otra, mientras que en el segundo grupo se trata de conexiones y no de medidas. Al primero corresponden los plazos y los señalamientos de conexiones definidas. Al segundo los términos y las obligaciones o deberes sin plazo. De otro modo expresado, son computables los plazos y las conexiones definidas. No tienen cómputo los términos ni las actuaciones sin ubicación temporal.

En todos los casos se está frente a conexiones, puesto que se habla de una actividad procedimental, y el procedimiento puede medirse por el movimiento de los actos. Hasta aquí la primera medida: todo procedimien-

462 Diario Oficial de 7 de abril de 1961.

463 Op. cit., T. II, pp. 199 y ss.

to es susceptible de medición, lo que acontece es que unos lo son por actuaciones y otros por el tiempo astronómico.

El cómputo de los plazos pierde de vista las conexiones y resalta el transcurrir del tiempo. El cómputo de las conexiones definidas pierde de vista al tiempo y atiende a las propias conexiones. En los términos no hay cómputo, no porque se carezca de la posibilidad de medir la cantidad de conexiones, sino porque el término es unificación temporal, o sea, que en el término se elimina la duración del tiempo astronómico, y en las actividades sin plazo, todo el tiempo siguiente es válido.

En los mismos plazos, las conexiones pueden presentarse o no, sin que ello afecte al transcurrir ni al computar. En los señalamientos de conexión definida, el tiempo que transcurre es inoperante, y así, de los ejemplos citados en el número anterior, el mencionado en el artículo 390 del código procesal distrital, que ordena hacer la relación de los documentos en seguida, está expresando una conexión; pero en tanto cabe que entre el antecedente y la relación pasen segundos o días porque la audiencia se difiere, es posible que transcurran semanas o meses. El término no es astronómicamente computable, sino jurídicamente señalable, lo que no equivale a decir que en la experiencia, el término no pueda ser medido, y siempre sucede que una audiencia transcurre en el tiempo sin por ello perder su unidad jurídica. En cambio, de las actuaciones sin precisión del tiempo, el cómputo sería absurdo, a menos que se intentare medir lo transcurrido, no lo que debe o puede transcurrir.

a) En relación con el cómputo de plazos y señalamientos de conexiones definidas, se habla de tres unidades que no son matemáticas, sino valorativas: máximos, mínimos y fijos.

Manzini,<sup>464</sup> explica lo anterior afirmando que plazo fijo es el establecido por la ley con una única medida absoluta, como al decir tres días, un mes, etc. Plazo máximo es la medida de tiempo que tiene que transcurrir en todo caso para que el acto pueda cumplirse válidamente, medida discrecionalmente aumentable o que se debe tomar como base para los aumentos, dependientes de condiciones especiales, que están prescritas por la ley; y así ocurre, por ejemplo, con el plazo para comparecer. Cuando sólo se establece un plazo mínimo y no el máximo, se puede cumplir el acto en cualquier tiempo después de transcurrido el mínimo, siempre que haya aún interés para cumplirlo y subsista la posibilidad práctica de hacerlo. Plazo máximo es el mayor límite de tiempo, asegurado con sanción de decadencia, dentro del cual se puede o debe cumplir un determinado acto procesal.

De esta clasificación, se puede inferir que los plazos fijos son inmutables, en tanto que hay otros que pueden ser movidos en sus límites.

464 Op. cit., T. III, p. 83.

Pero Manzini habla de mínimos y máximos con referencia, no al tiempo sino a los actos, lo que desvirtúa su análisis. En efecto, la fijación debe ser del tiempo y no de los actos: para contestar la demanda en el juicio ordinario se señala un plazo de nueve días.<sup>465</sup> Ahora bien, la forma de fijar el plazo trasciende a su cómputo, no a la actuación, pues si la demanda se contesta al tercer día, no fenece el plazo, sino que opera el fenómeno jurídico procesal de la preclusión: se da lugar a la clausura anticipada del grado.

Hay en la idea del plazo mínimo un significado interesante, que consiste en que siempre se trata de un plazo después del cual y no antes de él debe actuarse. El código procesal distrital le toma como regla general en el artículo 129, al decir que los plazos judiciales empezarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere hecho el emplazamiento o notificación. Este plazo *post quem* tiene aplicaciones diversas, fuera del mismo procedimiento, como el de la *vacatio legis*.

Manzini piensa que si no se fija a la vez el plazo máximo, el acto puede realizarse transcurrido el mínimo, si aún hay interés para cumplirlo y subsiste la posibilidad de hacerlo; pero esto ya no atañe al plazo mínimo mismo, sino al subsiguiente plazo, es decir, se trata del caso en que se señala un mínimo inhábil y un máximo hábil o se deja de señalar éste para dar lugar a una combinación del plazo mínimo con la conexión definida.

En cuanto al máximo, no parece que pueda aceptarse su inclusión en la clasificación, porque o se trata de un plazo fijo y, por ende dentro de él habrá de actuarse, o se alude a la adición de plazos fijos. El primer ejemplo puede contemplarse en el artículo 110 del código distrital, al señalar que las notificaciones, citaciones y emplazamientos, se efectuarán, lo más tarde al día siguiente en que se dicten las resoluciones que las prevengan, cuando el juez o la ley no dispusieren otra cosa. O bien en el artículo 117 del mismo código, que expresa que si se trata de la notificación de la demanda y a la primera búsqueda no se encontrare al demandado, se le dejará citatorio para hora fija dentro de las veinticuatro siguientes, y si no espera se le hará la notificación por cédula.

Adición de plazos fijos se encuentra en el artículo 294 que comienza por establecer que los documentos deberán ser presentados al ofrecerse la prueba documental, después de este período no podrán admitirse sino los que dentro del plazo hubieren sido pedidos y no fueren remitidos al juzgado sino después, o los documentos justificativos de hechos ocurridos con posterioridad y los anteriores cuya existencia ignore el que los presente, aseverándolo bajo protesta de decir verdad. La fijeza del segundo plazo depende de la duración misma del proceso que es hasta antes de la

<sup>465</sup> Artículo 256 del Código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales.

sentencia. Los plazos adicionados coordinan con el mínimo en el artículo 290, el cual indica que el período de ofrecimiento de prueba es de diez días fatales que empezarán a correr desde el siguiente al en que se cerró el debate.

También hay adición en los plazos de la dilación probatoria que prevén los artículos 300 y 301. El primero indica que al día siguiente de que se notifique el auto de admisión se abre por ministerio de ley el plazo probatorio de treinta días improrrogables. Y el segundo establece que cuando las pruebas hubieren de practicarse fuera del Distrito o Territorios Federales, a petición de parte se concederá un plazo extraordinario, siempre que se llenen los requisitos que determina.

Por tanto, la clasificación es útil para desentrañar las posibles combinaciones de plazos *ante quem* y *post quem*, pero en lo tocante al máximo, su mantenimiento produciría confusión con alguno de los anteriores, como las conexiones definidas si se atiende al mínimo sin posterior delimitación temporal, o con el fijo, que por hipótesis es un máximo dentro del cual se puede actuar, y aún con la suma de máximos y la prórroga.

b) 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 los momentos astronómicos en que el plazo se inaugura y en que se clausura. Por ejemplo, se ha visto que el principio general del código procesal civil distrital mexicano, es que el *dies a quo* sea el siguiente al emplazamiento o notificación, pero a esta regla deben añadirse otras hipótesis.

Conforme al artículo 130 de esta ley, cuando fueren varias las personas y el plazo común, se contará desde el día siguiente a aquel en que todas hayan quedado notificadas, con lo cual se fija el *dies a quo* en relación con la última notificación.

Respecto al *dies ad quem*, el artículo 132 indica que en los autos se harán constar el día en que comiencen a correr los plazos y aquél en que deban concluir. No hay en este código un precepto como el 284 del código federal, en el que se dice que los plazos judiciales empezarán a correr al día siguiente del en que surta efectos el emplazamiento, citación o notificación y se contará en ellos el día del vencimiento; pero la misma regla es aplicable en la ley distrital. Y algo semejante ocurre respecto a la fijación del *dies a quo* en los plazos comunes, que el código federal regula en su artículo 285.

c) Además de los conceptos de apertura y vencimiento, en el cómputo intervienen los de solución de continuidad, suspensión, interrupción y prórroga legal.

El artículo 131 del código distrital manda que en ningún plazo se cuenten los días en que no puedan tener lugar actuaciones judiciales, dis-

posición que es ampliada en el federal, cuando el artículo 286 establece que en ningún plazo se contarán los días en que no puedan tener lugar las actuaciones judiciales, salva disposición contraria de la ley. Cuando en uno o más días dentro de un plazo, no haya habido, de hecho, el despacho en el tribunal, se aumentarán de oficio, con la debida oportunidad para que no haya interrupción, al plazo dicho los días en que no hubiere despacho.

La solución de continuidad puede dar lugar, como lo señala el código federal, a un aumento del tiempo en el cómputo; pero no, como lo indica esta ley, a una eliminación de la interrupción, porque este concepto es bien distinto. Como la solución de continuidad opera internamente, la prolongación es consecuencia indirecta, por lo que es preferible no hablar de prórroga.

El código distrital no mencionaba ni la suspensión ni la interrupción, pero al reformarse en 1964, se incluyó el artículo 137 bis, cuya X fracción indica que la suspensión del procedimiento produce la interrupción del plazo de la caducidad. En seguida explica que la suspensión tiene lugar: Cuando por fuerza mayor el juez o las partes no puedan actuar. En los casos en que sea necesario esperar la resolución de una cuestión previa o conexas por el mismo juez o por otras autoridades. Cuando se pruebe ante el juez en incidente que se consumó la caducidad por maquinaciones dolosas de una de las partes en perjuicio de la otra. Y en los demás casos previstos por la ley.

Por su parte el código federal, en su artículo 365 señala que el proceso se suspende cuando el tribunal del juicio no esté en posibilidad de funcionar por un caso de fuerza mayor y cuando alguna de las partes o su representante procesal sin culpa alguna suya, se encuentren en la absoluta imposibilidad de atender al cuidado de sus intereses en el litigio. Los efectos de esta suspensión se surtirán de pleno derecho, con declaración judicial o sin ella. Y el artículo 366 agrega que el proceso se suspenderá cuando no pueda pronunciarse la decisión, sino hasta que se pronuncie una resolución en otro negocio, y en cualquier otro caso especial determinado por la ley.

De todo ello se infiere que la suspensión puede ser por hechos que atañan al tribunal o a las partes y por causas de prejudicialidad. En cuanto a la reanudación, el artículo 367 del código federal exige la declaración judicial, a diferencia de la suspensión. Además, incidentalmente, debe mencionarse que este precepto regula un caso de plazo máximo o fijo de suspensión que se refiere al procurador. Y el mismo código agrega en su artículo 368 que con excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento, todo acto procesal realizado durante la suspensión es ineficaz, sin que sea necesario pedir su nulidad. En cuanto a los actos efectuados ante tribunal diverso del que conozca el negocio, sólo serán ineficaces si la

suspensión es debida a imposibilidad de las partes para cuidar de sus intereses en el litigio. Este tiempo de la suspensión no se computa en ningún plazo.

De manera que la suspensión puede afectar tanto al proceso como a los procedimientos que le son conexos y en algunos de éstos, como las medidas urgentes y de aseguramiento, son posibles los casos de suspensión. También es de advertir la influencia de la suspensión por causa de las partes en los casos de desplazamiento subjetivo del juzgador, o sea aquellos que provienen de la colaboración judicial, pues es obvio que si se tratare de procesos diferentes, en cada uno producirían efectos distintos cada causa. Queda, pues, precisado que la suspensión es una solución de continuidad.

d) En lo atinente a la interrupción, el código federal expresa en el artículo 369 que el proceso se interrumpe cuando muere o se extingue una de las partes antes de la audiencia final del negocio. También se interrumpe cuando muere el representante procesal; y el artículo 370 señala que en el primer caso la interrupción durará el tiempo indispensable para que se apersona en el juicio el causahabiente de la desaparecida o su representante; y en el segundo la interrupción durará el tiempo necesario para que la parte que ha quedado sin representante provea a su sustitución.

Por otro lado, el artículo 371 indica que en caso de muerte de la parte, la interrupción cesará tan pronto como se acredite la existencia de un representante de la sucesión. En el segundo caso, la interrupción cesa al vencimiento del plazo señalado por el tribunal para la sustitución del representante desaparecido, siendo a perjuicio de la parte si no provee a su representación en juicio. En fin, el artículo 372 expresa que es aplicable al caso de interrupción, lo dispuesto por el 368 para las medidas urgentes y la nulidad de lo actuado.

Estos preceptos no parecen ofrecer diferencia esencial respecto a la suspensión; pero en la exposición de motivos se afirma que los casos de suspensión obedecen a la imposibilidad de que los sujetos de la relación procesal atiendan a su defensa en el juicio, mientras que los de interrupción aluden o parten de la idea de la ruptura de la misma relación, porque las partes o una han desaparecido.

El concepto de interrupción, por tanto, no es técnico, no es derivado de una teoría general de la interrupción de los plazos, como sucede en el derecho civil, donde el código, en su artículo 1175 indica que el efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella. Se infiere de aquí que en la suspensión el plazo no comienza, mientras que en la interrupción se inutiliza. O dicho de otro modo, en la suspensión del proceso lo actuado no se invalida, mientras que la interrupción se traduciría en nulidad. Se trata por lo mismo, de

una hipótesis particular dentro de la suspensión por causa de la muerte o desaparición de la parte; pero cabe la reanudación al subsanarse su falta, por aparición del causahabiente o del sustituto del representante, y puede concluirse que es una simple suspensión por desaparición de la parte.

e) Los casos de prórroga legal deben entenderse como los aumentos del cómputo a su final, no como resultado de las suspensiones. Tal fenómeno se presenta, específicamente, cuando el *dies ad quem* es inhábil y el vencimiento se prolonga hasta el subsiguiente día. Prolongación que también cabe por razón de la distancia.

Eliminados los lapsos de solución de continuidad, suspensión y prolongación legalmente prevista, el cómputo se reduce a la medición de los transcurros que suelen denominarse hábiles, aunque en realidad es de tiempo útil, de aquél que resulta adecuado para actuar. Así, en el artículo 136 del código distrital se indica que para fijar la duración de los plazos, los meses se regularán por el número de días que les correspondan y los días se entenderán de veinticuatro horas naturales contadas de las veinticuatro a las veinticuatro.

Por su parte, la ley federal establece en el artículo 281 que las actuaciones judiciales se practicarán en días y horas hábiles, y que son días hábiles todos los del año, menos los domingos y aquellos que la ley declare festivos. Son hábiles las horas comprendidas entre las ocho y las diecinueve.

También el código distrital habla de días hábiles, pero en el capítulo II del título II, al tratar de las actuaciones judiciales. Su artículo 64 dice que las actuaciones judiciales se practicarán en días y horas hábiles, siendo los primeros todos los del año, menos el domingo y aquellos que las leyes declaren festivos, precepto que coordina con el 286 federal que agrega al final del primer párrafo que salva disposición en contrario de la ley, lo que produce una nueva hipótesis respecto a la declaración que marca la inhabilidad de los días declarados festivos por la ley, puesto que también resultan inútiles aquéllos en que por cualquier causa aparezca la solución de continuidad.

Se entienden hora hábiles, dice el código distrital, las que median desde la salida a la puesta del sol, de manera que parece más exacta o precisa la medición de la ley federal. Pero sigue agregando que en los juicios sumarios sobre alimentos, impedimentos de matrimonio, servidumbres legales, interdictos posesorios, diferencias domésticas y los demás que determinen las leyes, no hay días ni horas inútiles. En los demás casos el juez puede habilitar los días y horas inútiles para actuar o para que se practiquen diligencias, cuando hubiere causa urgente que lo exija, si expresa cuál sea ésta y las diligencias que hayan de practicarse.

Sobre habilitación, el artículo 282 del código federal señala que el tribunal puede habilitar los días y horas inútiles, cuando hubiere causa urgente que lo exija, expresando cuál sea ésta y la diligencia que haya de practicarse. Si una diligencia se inició en día y hora hábiles, puede llevarse hasta su fin sin interrupción y sin necesidad de habilitación expresa. Aquí la palabra interrupción es sinónima de solución de continuidad y no de suspensión en el sentido del artículo 365. Y puede confirmarse que la habilitación no afecta a la unidad del término atinente a la audiencia, sino todo lo más a diligencias de otras clases, de procedimientos que no sean procesales.

También en lo federal se determina la medida jurídica del tiempo astronómico, como lo hiciera el artículo 136 distrital, al decir el primero en su artículo 292 que para fijar la duración de los plazos, los meses se regularán por el calendario del año, y los días se entenderán de veinticuatro horas naturales, contadas de las veinticuatro a las veinticuatro.

Por último, en la prolongación de plazos por disposición legal, aparece la figura de la progresividad cuando el artículo 134 del código distrital indica que siempre que la práctica de un acto judicial requiera citación de personas que estén fuera del lugar del juicio, para que concurren ante el tribunal, se debe fijar un plazo en el que se aumente al fijado por la ley un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción, que exceda de la mitad, salvo que la ley disponga otra cosa expresamente. Si el demandado residiere en el extranjero, el juez ampliará el plazo a todo el que considere necesario, atendidas las distancias y la mayor o menor facilidad de las comunicaciones.

La ley federal regula esta materia en su artículo 293 indicando que en caso de que hubieren de practicarse diligencias o aportarse pruebas fuera del lugar del juicio, a petición del interesado se concederán los siguientes plazos extraordinarios: Dos meses si el lugar está comprendido dentro del territorio nacional. Cuatro meses si lo está en los Estados Unidos de Norteamérica, en Canadá o en las Antillas. Cinco meses si está comprendido en Centroamérica. Seis meses si estuviere en Europa o en la América del Sur. Y siete meses cuando esté situado en cualquiera otra parte. En el cómputo de plazos extraordinarios, señala el artículo 296, no se excluirán días por ningún motivo.

No aparece en el código federal, pero sí en el distrital, la fórmula que Manzini llama de prefijación discrecional y subordinada. Su concepto es que si es discrecional, el juez no tiene más que proceder según razón y conciencia. En cambio, cuando es subordinada, debe atenderse a la prescripción de la ley, que al fijar ella misma el plazo base, sólo deja al juez el cometido y no la facultad de precisar el plazo según determinados criterios. Un caso mixto de discrecionalidad, dice el autor, o sea, de días necesarios para el viaje, y de obligatoriedad, o sea no menos de un día

por cada doscientos kilómetros, es el de fijación progresiva del plazo de comparecencia en razón de la distancia.<sup>466</sup>

El código federal no da, pues, como el del Distrito, una cierta discrecionalidad al juzgador, sino que categóricamente señala la duración del plazo según las distancias y posibilidades de comunicación. Y se ve que, según el contraste establecido en el artículo 293 federal, es menor el plazo para las diligencias en Estados Unidos y Canadá o las Antillas, que en Centroamérica, no obstante la cercanía de esta región, pues tal hecho no es índice de mejor comunicación, o no lo era en esos tiempos. En la fracción V se engloban los países de Asia, Africa y Oceanía, para evitar mayor casuismo, aunque es obvio que la comunicación con la segunda puede ser más o menos fácil en relación con las otras, y de ahí la preferencia por el señalamiento de un plazo fijo.

Resulta conveniente anotar que en esta prefijación progresiva, se hace en el código federal respecto al plazo extraordinario porque se vincula con el espacio; pero en el distrital la mención se reduce a la prueba en el artículo 303 y es, respectivamente, de cincuenta, cien y ciento veinte días según que se trate del territorio nacional, América y las Antillas en general o en cualquiera otra parte.

e) Al comentar la regulación que del cómputo hacen las leyes procesales civiles mexicanas, Alcalá Zamora,<sup>467</sup> indica que el artículo 129 del código distrital consagra el aforismo clásico *dies a quo non computatur in termino*, mientras que su reverso *dies ad quem computatur in termino* se infiere hasta cierto punto del 132.

En cuanto a la redacción de los artículos 131 y 136, rechaza que deban decir de las veinticuatro a las veinticuatro horas, prefiriendo de las cero a las veinticuatro. Igualmente, hace resaltar las dificultades que suscita la fórmula de que los meses de regulen por los días que les corresponda y sugiere tres soluciones: Suprimir lisa y llanamente los plazos por meses, reemplazándolos por su equivalente en días. Puntualizar que cuando el legislador habla de meses se entenderán de treinta días. O prescribir que el vencimiento se producirá automáticamente, a los tantos meses, en el mismo número de día en que tuvo lugar la apertura, fórmula que también le parece suscita dificultades.

El mismo autor concuerda en establecer que la distancia repercute en el cómputo de los plazos, en la concesión del extraordinario de prueba y en la ampliación del llamamiento edictal en el intestado.

En seguida ofrece la clasificación a los efectos del cómputo, pero desde la perspectiva de la pluralidad de partes, indicando que los pla-

466 Op. cit., T. III, p. 85.

467 *Panorama*, cit., p. 74 y 75.

zos se dividen en comunes que constituyen la regla y se cuentan desde el día en que todas ellas hayan sido notificadas, e individuales.

Por último, alude a la consagración del efecto preclusivo por el transcurso de un plazo sin haberlo utilizado para realizar el acto a que esté adscrito. Ya se ha dicho que la doctrina entiende que la ley procesal prevé diversas incidencias del tiempo en los institutos procesales,<sup>468</sup> tales como los plazos y los términos, pero también la preclusión, la contumacia, la caducidad y la cosa juzgada. De aceptarse este criterio se llegaría al resultado de confundir la temporalidad jurídica con sus efectos y consecuencias. Ni la preclusión, ni la contumacia, ni la caducidad o la cosa juzgada, son mediciones, que es lo característico de la temporalidad, sino productos o resultados.

El cómputo, pues, fuera de los fenómenos ahora indicados, se limita a los plazos y a las conexiones definidas. Cualquiera otra consideración, como la de combinar cómputo y término, o cómputo y preclusión es inconducente. Lo primero porque el término es, como dice Alcalá Zamora, el punto de tiempo marcado para el comienzo de determinado acto<sup>469</sup> y, como tal punto, carece de la prolongación del plazo. La preclusión, porque como se anticipa, es un efecto y no una medición.

## 122 Clasificación de los plazos.

El señalamiento de plazos, términos, conexiones definidas y obligaciones por conexión indeterminada, puede atenderse desde la perspectiva de los efectos de la actividad a ellos atinente. Acontecerá entonces que en la ocasión respectiva, ciertos actos estén prohibidos, otros impuestos o simplemente previstos, algunos sean adecuados y otros inadecuados. Para Manzini, tales circunstancias dan lugar a la clasificación de los plazos en dilatorios, perentorios y ordenatorios; pero en primer lugar, el autor alude sólo a los plazos y, en segundo lugar, las denominaciones son equívocas porque refiriéndose a los plazos, lo que regulan son los actos.

Semejante es la clasificación que ofrece Enrico Redenti,<sup>470</sup> al indicar que los plazos, llamados por él **términos** indebidamente, se llaman dilatorios cuando intentan introducir una cierta distancia de tiempo entre un acto procesal y otros que pueden venir después: **terminus post quem; ne ante quem.**

En seguida califica de finales a los plazos que fijan una distancia dentro de la cual se puede o debe realizar un acto: **terminus intra quem.** Puede haber, agrega, un plazo de doble efecto, que por una parte se de

468 Podetti, *Tratado de los actos procesales*, 2ª parte, pp. 223 y ss.

469 Op. cit., p. 73.

470 *Derecho procesal civil*, T. I, pp. 212 y ss.

como *intra quem* y por la otra como *terminus a quo*, dilatorio para el cumplimiento de otros actos.

Los finales, en su concepto, se distinguen en ordenatorios y perentorios. Los perentorios no pueden ser abreviados o prorrogados, según el artículo 153 del código procesal civil italiano, ni siquiera por acuerdo de las partes. Aquí se presenta el efecto de la decadencia que para Redenti significa imposibilidad jurídica de llevar a cabo el acto después del vencimiento, ineficacia o inhabilidad del acto tardío: como los plazos para integrar el contradictorio, o para impugnar la sentencia.

El ordenatorio es el plazo legal por regla general, y antes de su vencimiento, el juez puede abreviar o prorrogar el plazo conforme al artículo 154 de la misma ley.

En la doctrina española, Leonardo Pietro Castro,<sup>471</sup> luego de distinguir entre término y plazo, indica que el único tratamiento dado por la ley española a los primeros, es disponer que se fijen con una antelación mínima mediante citación, o en limitar el tiempo intermedio entre la citación y comparecencia o realización del acto, y algunas veces la ley deja al juez en libertad, con la advertencia de que haga el señalamiento para el día más próximo posible.

Respecto de los plazos, que la ley incorrectamente llama términos, como lo hacen las mexicanas, los divide en judiciales o propios e impropios. Los impropios son los señalados por la ley para que el personal del tribunal realice los actos de que se trate, con el objeto de estimular la actividad bajo conminación de sanción disciplinaria, permitiéndose dilación cuando medie justa causa que conste en autos o cuando la sentencia dependa de una cuestión prejudicial penal, o sea mucha la extensión de la resolución y ello justifique dilatarla.

Los plazos judiciales o propios son los que se señalan a las partes o a quienes en otro concepto intervengan en el proceso. El autor distingue todavía entre los plazos activos de los pasivos o dilatorios, porque estos último son los que deben mediar entre una citación o emplazamiento y el día del acto; activo son los que se conceden para realizar un acto so pena de decadencia, que el autor llama preclusión.

La división más importante de los plazos, asienta Prieto Castro, se funda en la posible duración de los mismos, siendo por tanto prorrogables e improrrogables; los primeros son aquellos cuya prórroga está permitida por la ley, los demás son improrrogables. La ley española define a los últimos como plazos cuyo transcurso precluye la oportunidad de realizar el acto: para comparecer en juicio, proponer excepciones dilatorias, interponer o preparar recursos, pedir aclaración o complemento de sentencias, presentación del apelante ante el tribunal superior, formalizar la

471 *Derecho procesal civil*, T. I, pp. 246 y ss.

apelación admitida en un efecto, preparar e interponer recursos de casa-ción, presentación ante el tribunal superior después de admitido el recurso o para recurrir en queja en caso contrario.

Por su parte, Eduardo Pallares,<sup>472</sup> comienza por estudiar los plazos en la voz término y luego presenta una larga división que comprende:

Plazos prorrogables, cuya duración puede ser aumentada por el juez. Improrrogables que son contrarios a los anteriores.

Fatales que se consideran sinónimos de los improrrogables, y también como aquéllos que no pueden suspenderse.

Perentorios o preclusivos, los que transcurridos producen el efecto de que no sea legalmente posible restituir *in integrum* los derechos o facultades que pudieron ejercerse dentro de ellos.

Dilatorios, los que han de transcurrir para que sea legalmente posible y eficaz realizar un acto procesal.

Conminatorios o simples, los que establece la ley para regularizar y ordenar el procedimiento, sin que su inobservancia produzca caducidad o pérdida.

Legales que son fijados por la ley.

Judiciales o determinados por el juez.

Convencionales, los que por pacto de las partes determinan el tiempo en que puede realizarse un acto.

Ordinarios, establecidos legalmente para la generalidad de los casos, y extraordinarios que son sus opuestos.

Comunes que conciernen a las dos partes e individuales los que sólo se refieren a una de ellas.

Plazo de gracia, el otorgado por el juez en la sentencia al deudor que confiesa expresamente toda la demanda.<sup>473</sup>

En la clasificación de Pallares, con todo y ser muy amplia, faltan algunas divisiones hechas en la doctrina. Por ejemplo, Manzini,<sup>474</sup> habla de plazos independientes y subordinados. Los independientes se fijan en horas o fracciones, días, meses o años, de manera incondicionalmente definida. Toman comienzo en un determinado acontecimiento y vencen en el momento cierto previamente fijado, independientemente de la realización de otro acontecimiento, por ejemplo, el plazo de tres días a partir de una notificación. El vencimiento del plazo puede ser el momento inicial del independiente.

Los plazos subordinados son los que no se fijan por horas o fracciones, días, meses o años, sino que su vencimiento se establece a base de previsión de ciertos acontecimientos sin precisar el tiempo. Comienzan a correr a partir de un determinado acontecimiento, como la decisión de im-

472 *Diccionario de Derecho procesal civil*, México 1963, pp. 716 y ss.

473 Artículos 404 y 508 cpc.

474 *Op. cit.*, T. III, pp. 82 y ss.

proseguibilidad de la pretensión penal hasta la resolución de una cuestión prejudicial civil, y vencen al realizarse otro hecho: sentencia irrevocable civil sobre la cuestión de estado.

a) El problema en todas estas clasificaciones proviene del hecho de invariar puntos de vista diversos, como son el origen de su señalamiento, la posibilidad de suspender o aumentar la duración, el orden o secuencia de la actividad y hasta la relación del acto con la ocasión temporal.

No se niega que todas estas perspectivas sean factibles y aún convenientes para distribuir las reglas sobre la temporalidad jurídica. Pero si se trata de sistematizar la medición, es necesario separar los grupos según el patrón elegido. De otra manera expresado, en todo acto de clasificación se puede optar por distintos criterios, de manera que los objetos son susceptibles de distribución por mensura, peso, color, consistencia, etc. Sin embargo, sería impropio separar dos objetos, considerando en uno el tamaño y en otro el color, diciendo que uno es grande y el otro verde.

Con las clasificaciones comentadas se corre el riesgo de confundir término y plazo o alguno de ellos con las conexiones definidas, porque alguna cualidad, como el orden o secuencia, está en todos, no así la durabilidad o la suspensión.

Entonces, lo pertinente es aclarar que en la clasificación se pueden tomar los cuatro puntos de vista ya anotados, y decir: por su origen, plazos y términos pueden ser legales, judiciales o convencionales. Por la regularidad de la secuencia de los actos, plazos y términos son perentorios o conminatorios simples, es decir, los ordenatorios del derecho italiano, pero referidos al término, pues en cuanto al plazo serán dilatorios. Respecto de la duración, sólo puede hablarse de prórroga en los plazos, y de suspensión también en los términos. La relación del acto con la ocasión procesal es otro fenómeno, el de la preclusión, y no tienen con la temporalidad relación de medida.

Quedarían por mencionar otros puntos de vista que, o son derivaciones de los anteriores, como la división entre plazos ordinarios y extraordinarios que proviene de la idea de la prorrogación, o aluden a una particularidad procedimental como los comunes frente a los individuales; o bien, se trata de conexiones definidas, como los llamados plazos subordinados por Manzini, que prácticamente quedan distinguidos de los independientes por ser éstos verdaderos plazos.

Es indudable que, siguiendo la idea de Manzini, hay señalamientos independientes, por ser ajenos a los acontecimientos intermedios, a los que pueden presentarse durante el tiempo que transcurre desde el señalamiento mismo hasta su cumplimiento. Así, en la recepción oral de las pruebas, el artículo 384 del código distrital mexicano, ordena que el juez las recibirá en la audiencia que menciona el 387, y que al calificar la admisibi-

lidad de las pruebas, resolverá sobre la fecha de la celebración de la audiencia. Se trata, entonces, de un señalamiento del término independiente.

La independencia se confirma cuando el artículo 387, en su segundo párrafo expresa que la audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos y peritos. La posibilidad de la audiencia en este supuesto, depende del plazo **ante quem**, durante el cual se preparan los medios de prueba, lo que significa que durante el transcurso del plazo preparatorio, pueden acontecer actuaciones que, en definitiva y en teoría, no afectan al señalamiento principal. Subordinados serían, en consecuencia, todos los restantes señalamientos que dependen de esa actividad y no sólo las cuestiones prejudiciales.

La diferencia no deja de tener importancia práctica, porque mientras en los señalamientos independientes, que pueden atañer a plazos o a términos, conexiones definidas u obligaciones sin ubicación, la sanción por inactividad sólo procede cuando se consume el momento o la ocasión legales, en los señalamientos subordinados es la conexión misma de los actos lo que produce esta posibilidad de sanción.

La subordinación tiene en el proceso la eficacia primordial de la consecuencia contumacial, como cuando el artículo 133 del código distrital determina que concluidos los plazos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, seguirá el juicio su curso y se tendrá por perdido el derecho que dentro de ellos debió ejercerse, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa. Aunque el precepto sea principalmente referible a los plazos, se aplica por igual a las secuencias de conexiones en los términos; es decir, tanto al supuesto previsto en el artículo 388 como al del 390.

b) Todavía, por la forma como se establecen los señalamientos, Manzini habla de plazos, pero deben entenderse las restantes categorías de términos y conexiones, que llama explícitos e implícitos. Es fácil entender que en el primer caso se hace una indicación precisa de las unidades de tiempo o de conexión, en tanto que en los segundos se infieren de la determinación legal y aún de la sanción por su inobservancia.

Ambas clases de señalamientos tienen su importancia y vienen a posibilitar las secuencias. El explícito resulta indispensable en todos aquellos supuestos en que sea forzoso conocer con seguridad los momentos o las ocasiones de la actividad. Una hipótesis de término expreso, combinado con el plazo mínimo **ante quem**, se observa en el artículo 309 del código distrital, al decir que quien haya de absolver posiciones será citado personalmente, a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso. Un señalamiento implícito, combinado con conexiones definidas, aparece en el artículo 316 de este código, cuyo segundo párra-

fo expresa que en el caso de que el declarante se negare a contestar o contestare con evasivas, o dijere ignorar los hechos propios, el juez lo aperibirá en el acto, de tenerlo por confeso sobre los hechos de los cuales sus respuestas no fueren categóricas o terminantes.

Por último Manzini alude a la voluntad que inmediatamente prefije los plazos, para clasificarlos en legales, cuando se trata de señalamientos hechos por el legislador; discrecionalmente judiciales cuando pueda el juez establecerlos si no hay determinación legal o ésta le confiere la facultad. A esta clasificación puede añadirse el grupo de señalamientos convencionales que tienen lugar principalmente en el proceso arbitral.

Cabe aún aludir a las explicaciones de Alcalá Zamora y Levene hijo, para quienes, por razón de su función, los plazos se dividen en dilatorios o intermedios y perentorios o fatales. Los primeros tienden a alejar dos actos procesales, puesto que mientras transcurran no se permite desenvolver determinada actividad procesal; y los segundos, que Carnelutti, prefiere llamar aceleratorios, tienden a aproximar dos actos, fijan el período de tiempo dentro del que ha de llevarse a cabo un acto procesal.

Los plazos dilatorios podrían denominarse asimismo de apertura y de clausura, por contraste a los perentorios.<sup>475</sup>

475 Op. cit., T. II, pp. 204-5.

## CAPITULO IV

- 123 El espacio en el derecho procesal.    124 El lugar de los actos procesales.  
125 Medición del espacio en el derecho mexicano.

### 123 El espacio en el derecho procesal.

El objeto de conocimiento denominado espacio, ha sido considerado como una de las categorías de la sensibilidad por Kant, y junto con el tiempo han constituido las coordenadas en que se toma la experiencia. Del espacio se puede creer, inicialmente, que sólo se percibe en las cosas; pero como éstas se dan en él, la metafísica ha presentado el problema del conocimiento del espacio en sí o en abstracto.

Como este lenguaje poético carece de verificabilidad, para la ciencia, de la que forma parte el derecho, lo único que interesa es la cuantificación evidencial o significado del vocablo. Este puede ser dado arbitraria y convencionalmente, refiriéndolo a la extensión y al volumen.

Después de todo, 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, y para la intensidad luminosa la candela.

El artículo 11 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 Industria y Comercio.

Por tanto, el espacio, en su expresión plana, tanto como en la volumétrica, viene significado física y geoméricamente, 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. <sup>476</sup>

476 Artículo 7º, a, ley citada.

La conducta procesal, al igual que cualquiera otra humana, se manifiesta en este espacio resultante de los prototipos de longitud y masa, o dicho en otra forma, se evidencia en el espacio resultante de la suma de cosas legalmente medibles, desde la atmósfera invisible e impalpable a los objetos imperceptibles en el microcosmos o en el macrocosmos.

Ninguna otra característica humana, ni siquiera el sentimiento o el pensamiento, no expresados, pueden ser tema de la regulación jurídica, sólo esa conducta espacial que también ha sido considerada desde el punto de vista del tiempo.

Pero el espacio no sólo es regulado por el derecho en su mensura, también se le considera para los efectos de aplicación de un orden jurídico estatal, internacional o universal. Aquí tiene la doble significación del límite de vigencia y de los casos especiales de internación o externación de la legalidad. Además, no puede olvidarse que el derecho privado, como ajeno al orden estatal en cuanto a su fuente,<sup>477</sup> no está precisamente ligado con estas delimitaciones espaciales y, vinculado con la institucionalidad procesal, repercute en ella universalmente.

a) El espacio ha sido invariado en su concepción jurídica con otros factores de la eficacia, esto le ha convertido en condición que revierte sobre el derecho para darle facticidad. De manera que, además de que el espacio es un objeto de conocimiento definible jurídicamente a través de la mensura de la longitud y la masa, se torna después en condición para el derecho y de ahí provienen las diversas aplicaciones del mismo.

En realidad no puede decirse que el espacio se mencione a través de los sinónimos territorio, lugar, sede y localización; pero es indudable que estos últimos términos son semejantes en su común denominador: el espacio, por más que entre ellos mismos aparezcan sendas diferencias.

El territorio, considerado como el suelo mismo, sirvió a Hauriou para definir a las naciones como los grupos de población fijados a él, y unidos por un lazo de parentesco espiritual que desenvuelve el pensamiento de la unidad del grupo.<sup>478</sup> De ahí pudo observar su traductor que el territorio es a la vez, elemento de la nación y del Estado y en el último sentido, el territorio es juntamente un límite del poder jurídico, un objeto de regulación y una parte integrante de la soberanía, indivisible en sus tres dimensiones: en la integridad del poder o profundidad, y en la integridad del territorio, dimensiones de longitud y de latitud.<sup>479</sup>

Otro tanto parece desprenderse de las palabras de Hermann Heller,<sup>480</sup> al decir que la soberanía es la cualidad de una unidad territorial de deci-

477 *Supra* N° 63.

478 *Principios de derecho público y constitucional*, Trad. Carlos Ruiz del Castillo, Madrid 1928, p. 29.

479 *Idem*, nota 1.

480 *La soberanía*, Trad. Mario de la Cueva, México 1965, pp. 289 y ss.

sión y acción, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta en los casos de necesidad, aún en contra del derecho. El Estado soberano decide siempre, sin excepción alguna dentro de su territorio, sobre la conducta de todos los sujetos de derecho; sólo a él corresponde la pretensión absoluta a la propia conservación y únicamente él puede, en el llamado caso de la soberanía, afectar los intereses de otros sujetos de derecho internacional, aún los protegidos por el mismo derecho internacional.<sup>481</sup> Toda teoría o elaboración jurídica de los fenómenos Estado y derecho tiene que contener, indefectiblemente, una valoración política; ante todo, porque cada teoría o elaboración jurídica de aquellos fenómenos debe referirse efectivamente a la unidad decisoria territorial.<sup>482</sup>

Por su parte, Hans Kelsen,<sup>483</sup> 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 en principio, la validez del sistema normativo que constituye el orden estatal, se circunscribe a un determinado territorio. Sólo en virtud de esta limitación es posible la vigencia simultánea de varios órdenes estatales, que no deriva en modo, alguno de la esencia de la norma sino que se alcanza por determinación positiva. El espacio al que se circunscribe la validez del orden jurídico estatal es lo que se llama territorio, bien entendido que se trata del espacio de la validez, no del ámbito de la eficacia del orden estatal. Es esencial que el territorio exista y constituya una unidad que no es natural o geográfica sino identidad del orden jurídico.<sup>484</sup>

b) Sea pues, cualquiera la concepción de la función que el territorio tiene en el significado del Estado, de la soberanía o de la normatividad en general, lo cierto es que viene a representar una condición para el derecho.

Con todo, la idea de soberanía aplicada al territorio, conduce a un resultado diferente del que se tiene por la razón geográfica. Para Amílcar de Castro,<sup>485</sup> la palabra territorio aparece en el mundo del derecho con dos significaciones, no siempre claramente definidas: ora como equivalente a zona geográfica; ora, como sinónima de extensión del poder público a determinados asuntos. Este último sentido es el etimológico, porque territorio no es derivado de tierra, como generalmente se supone, sino

481 Idem, p. 294.

482 Idem, p. 309.

483 *Teoría general del Estado*, Trad. Luis Legaz Lacambra, Barcelona 1934, pp. 180 y ss.

484 Página 182.

485 *O conceito de território*, *Revista de Direito, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, pp. 34-41.

del verbo latino *terrare*, con la significación de expulsar, apartar. En el *Digesto*, se encuentra la aclaración de Pomponio, en el sentido de 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.

Este renovado concepto de la territorialidad, vendrá a confundirse con el de competencia en el sentido de ser un **jus excludendi 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, o a un municipio, es tomada en consideración, no como ámbito del poder público, lo que sería indebido, sino como lugar donde la autoridad debe obrar, conviene, según Castro, usar expresiones diversas, para evitar equívocos, tales como región, comarca, circunscripción, zona, país, suelo patrio y aún territorio físico.

La explicación viene a reforzar la idea de Kelsen, de que no siempre los límites del poder público coinciden con el ámbito geográfico, sino con un territorio jurídicamente entendido. El poder se ejerce dentro de fronteras físicas, pero también suele alcanzar a personas en el extranjero, sin necesidad de infiltrarse en ese país, ni de requerir el auxilio de sus autoridades. Así se observa cuando los contribuyentes están domiciliados en el extranjero o son extranjeros cuya fuente de riqueza está en el Estado de la ley impositiva.

El cómo pueda llevarse a cabo la realización de una norma, es ajeno a la cuestión de su territorialidad, en el sentido de exclusión de otros poderes; pero en la práctica se suele hablar de la ficción de extraterritorialidad, en el sentido de que una persona que se encuentra en un lugar, es considerada como estando en otro, o bien se argumenta que por determinados motivos, la persona es sustraída al poder del Estado donde se encuentra y entonces continúa, respecto de ciertos asuntos, sometida al poder del Estado extranjero.<sup>486</sup>

Estas circunstancias han permitido a Eusebio Díaz Morera,<sup>487</sup> separar la territorialidad en sentido material como limitación geográfica, y como limitación jurídico política cuando atañe a la soberanía, que utilizando cualquiera de las formas positivas puede vedar la infiltración del derecho ajeno o la de sus resoluciones.

c) Parece manifiesto que el territorio, voz que tiene de común con otras el concepto de espacio, no es sólo uno de los elementos que permiten que la nación realice su unidad, sino el suelo sobre el que el Estado tiene su **imperium** o potestad de dominación, marco dentro del cual puede

486 Op. cit., p. 38.

487 Op. cit., p. 11.

ejercer la potestad sobre las personas, condición o cualidad de esa potestad.<sup>488</sup>

Pero así entendido, el territorio viene a ser un concepto plenamente jurídico, que da a la idea de espacio un tratamiento o significado convencional, propio del lenguaje normativo, tal y como antes sucediera con la palabra tiempo.

Esta noción trasciende al campo procesal, por lo mismo que cada Estado tiene un grupo de normas mediante las que instituye y regula los procedimientos de realización del derecho; consecuentemente las normas de procedimiento se aplican a los procesos que dependen del ordenamiento estatal y a los que presentan elementos de carácter extraño. En principio, sostiene Gaetano Morelli,<sup>489</sup> se excluye la referencia a ordenamientos extranjeros, a fin de no tomar de ellos las normas reguladoras del proceso, y a esto se llama la territorialidad del derecho procesal.

Este principio, por el que el proceso se regula por las normas estatalmente establecidas a través de procedimientos de producción jurídica, o sea el principio de la *lex fori*, es la consecuencia de excluir de ordinario el funcionamiento de normas de derecho internacional privado. El concepto de orden público, como límite al funcionamiento de las normas de derecho internacional privado, no tiene la posibilidad siquiera de entrar en juego, agrega el autor.

En efecto, el fin al que tienden estas normas de internacional privado, es realizar una cierta uniformidad en la reglamentación de relaciones, suponiendo que a una misma relación corresponden dos ordenamientos diferentes que por efecto de las de derecho internacional privado, asumen un contenido, dentro de ciertos límites y en ciertas condiciones uniformes. Si el ordenamiento del Estado se refiere a uno extranjero para tomar de él las normas del proceso, simplemente ocurrirá que una determinada relación procesal asumirá un contenido conforme al de una relación procesal que podrá eventualmente constituirse para el ordenamiento extranjero al que se hace remisión. Y esta última relación no sólo será puramente hipotética, sino que corresponderá al primero únicamente en su contenido objetivo, y no respecto de los sujetos, ya que en un Estado distinto terminará y se referirá a la actividad de ese distinto Estado.

No niega con esto el autor, la posibilidad y oportunidad de que un determinado acto procesal, reciba una valoración uniforme en dos ordenamientos distintos; pero este resultado, indica, se consigue mediante la atribución de eficacia al acto emitido por el otro ordenamiento, y no por la recepción de normas procesales de un ordenamiento en el otro. El medio

<sup>488</sup> R. Carré de Marberg, *Teoría General del Estado*, Trad. José Lión Depetre, México 1948, pp. 22 y 23.

<sup>489</sup> *Derecho procesal civil internacional*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1953, pp. 11 y ss.

técnico para la obtención de este resultado lo constituye, no una norma de derecho internacional privado, sino una norma de derecho procesal internacional. El caso de ausencia de normas de derecho internacional privado en materia procesal significa sólo exclusión de la consecuencia característica del funcionamiento de normas de derecho internacional privado o sea, de normas procesales extranjeras que se tomen como propias Estado.

d) La referencia al derecho internacional privado, hace necesaria una revisión de su doctrina. La denominación, recuerda Alberto G. Arce,<sup>490</sup> la empleó por primera vez el americano Story en 1834 y después Foelix en 1843. Se trata de una denominación impropia porque en general las materias de que se ocupa no son solamente de derecho privado, ya que se refieren esencialmente a la nacionalidad. Otras materias como la de los derechos civiles de los extranjeros se reglamentan por el derecho interno, y el término internacional es también inexacto porque hay dos derechos ninguno de los cuales es internacional sino que ambos son estatales. Así pues, concluye Arce, hay que advertir que es positivamente un derecho nacional que se basa, ya en el derecho público interno, ya en el derecho privado interno, y así sucede en México a partir del artículo 27 constitucional, la ley de nacionalidad y naturalización y demás leyes y reglamentos de la materia, sin olvidar el código civil. Se trata, en fin, de un modo de trabajo y no de una rama de la ciencia del derecho.

Al considerar así este derecho, su objeto es la determinación de la nacionalidad, los derechos de que gozan los extranjeros y la resolución de los conflictos de leyes relativas al nacimiento y respeto de esos derechos, en función de la comunidad jurídica humana, pero teniendo siempre como base el derecho nacional en todas sus ramas. Es por esto que también se habla de relaciones internacionales o interprovinciales, pues en Estados federales como México, los conflictos surgen no solamente con los Estados extranjeros, sino con los que integran la Federación. Con la finalidad de propiciar su estudio, se ha formado un cuadro de materias que comprende: Nacionalidad. Condición de extranjeros. Conflicto de leyes. Conflictos de competencia judicial. Derecho penal internacional. Y derecho administrativo internacional. Sus **fuentes** son leyes, costumbres y jurisprudencia nacionales y después las internacionales que son los tratados y las costumbres internacionales, influidos por las doctrinas científicas de los diversos autores.

El tema del territorio motiva los principales aspectos del derecho internacional privado, porque en el fondo se trata de un conflicto de leyes en el espacio. Y llevado el ámbito procesal, constituye uno de los capítulos más importantes, comprendiendo materias como la competencia

internacional, las leyes que regulan la prueba que se rinda en el proceso, el valor y fuerza ejecutiva de las sentencias extranjeras, los exhortos internacionales, la autoridad internacional de la cosa juzgada, etc.; y por ello el llamado Código de Bustamante, está dedicado al derecho procesal internacional.<sup>491</sup>

El conflicto de leyes en el espacio implica la concurrencia de regulaciones para una misma situación jurídica, de entre las que debe ser escogida la que ha de aplicarse. Se supone, pues, una relación jurídica, y ciertas circunstancias que hacen posible la aplicación de varias leyes. Este conflicto, término severamente criticado por Niboyet, es positivo cuando dos o más legislaciones se atribuyen competencia para resolver un punto litigioso; y negativo cuando ninguna de las legislaciones concurrentes lo hace para sí, sino para una legislación extraña.<sup>492</sup> Se clasifican también por la naturaleza de las disposiciones en colisión, a saber: conflictos entre las disposiciones positivas ordinarias de diferentes legislaciones. Conflictos entre las disposiciones de calificación de las distintas legislaciones. Y conflictos que dan lugar al problema del reenvío. Este se origina en las disposiciones nacionales que prescriben la aplicación en ciertos casos de un derecho extranjero determinado, el cual a menudo no acepta la competencia y a su vez, contiene una norma de derecho internacional privado diferente, que resuelve la misma dificultad, declarando aplicable otra legislación, que puede ser la del Estado remitente o la de un tercero.<sup>493</sup>

Tocante al proceso, la doctrina encuentra que, al igual que la auto-defensa, están regulados exclusivamente por el derecho del país donde tienen lugar: *lex fori*. Tal regla, al decir de Marín Wolff,<sup>494</sup> rige en todos los países, si bien no siempre es fácil distinguir en el derecho positivo las reglas de procedimiento de las sustantivas que se rigen por la *lex causae* como el derecho del contrato, la ley del domicilio o la *lex situs*.

Aquí interesa el tema del conflicto de calificación, de manera que la doctrina se pregunta si una regla de *prescripción* o sobre compensación es de derecho procesal o sustantivo; si la incumbencia de la prueba y las presunciones rebatibles pertenecen a uno o al otro grupo; si la afirmación judicial es cuestión de prueba y por ello de procedimiento; a qué clase pertenece la norma conforme a la cual ninguna pretensión será ejercida sobre ciertos contratos, a menos que sean probados por una nota o memorándum por escrito; o las reglas sobre cuantía de daños, o las de ejecución específica, etc. Las reglas sobre interpretación de contratos, aña-

491 Federico Duncker Biggs, *Derecho internacional privado*, Santiago de Chile, 1956, p. 31.

492 Duncker, *op. cit.*, p. 335.

493 *Op. cit.*, p. 402.

494 *Derecho internacional privado*, Trad. Antonio Marín López, Barcelona 1958, pp. 217 y ss.

de Wolff,<sup>495</sup> han sido expresadas con frecuencia en la forma de instrucciones dirigidas a los tribunales, mientras que no hay duda que de hecho están relacionadas con los derechos sustantivos de las partes.

De cualquier manera, se sostiene que la administración de justicia no exige que la aplicación del derecho extranjero se haga para proteger ciertos derechos adquiridos según ese ordenamiento. Por el contrario, concluye Wolff,<sup>496</sup> es un postulado de justicia que los tribunales de un país dado sigan sus reglas generales de procedimiento, independientemente de si la materia objeto del litigio se rige por derecho extranjero o por el derecho del país. Si en cierto Estado se admite el testimonio de oídas o prohíbe a las partes deponer, el tribunal nacional seguirá sus propias reglas divergentes sobre el asunto, aunque tenga que juzgar un contrato regido por aquel derecho, y aunque posiblemente la aplicación de las reglas de procedimiento de él, llevara a una sentencia diferente de la dada por el tribunal nacional.

Lo contrario no sólo sería inconveniente para este tribunal, sino que originaría injusticia a través del tratamiento desigual de las partes en el litigio, por un lado, y las partes en otros litigios por otro.

Con todo, de entre los problemas que surgen en el intercambio internacional, el del reconocimiento de sentencias extranjeras y su ejecución en otros países es el de más importancia. Desde luego, no puede haber ejecución sin reconocimiento de la sentencia, aunque sí lo contrario, pues dos son los efectos de una sentencia: su ejecutoriedad si es coercible y su cualidad de caso juzgado: **res judicata, pro veritate habetur.**<sup>497</sup>

e) En la historia del desenvolvimiento de esta disciplina, luego de la caída de Roma, donde por obra del Código Justiniano se consideraron únicos los derechos y la legislación, el múltiple fraccionamiento de los Estados convirtió a las leyes en personales. La existencia de conquistados y conquistadores en un mismo territorio y con variadas leyes, originó la sujeción de los habitantes todos al derecho público, bajo el sistema de los derechos procesales. La diversidad de orígenes introdujo el uso de preguntar a las partes cuáles eran las leyes según las cuales deseaban ser juzgadas, llamándose **profesiones juris** a estas preguntas. Pero cuando los beneficios y cargos públicos se hicieron hereditarios bajo el gobierno de los Carlovingios, el feudalismo trajo por consecuencia que en la segunda mitad dominara el principio de la subordinación del individuo a la soberanía territorial del Estado. El poder de hacer leyes y de juzgar pertenecía al señor feudal en su calidad de poseedor del suelo y a su potestad estaban sometidos cuantos vivían en los límites de sus dominios. El feudalismo encontró su adversario en las tendencias centralizadoras de la monarquía

495 Página 218.

496 Página 219.

497 José Joaquín Caicedo Castilla, *Derecho internacional privado*, Bogotá 1960, p. 491.

y esa lucha dio origen a la nueva doctrina del derecho internacional privado que se conoce con el nombre de los estatutos en Italia y costumbres en Francia y que venían a significar lo antitético a la ley general. Para los estatutarios debe distinguirse entre las relaciones que tienen al individuo como sujeto y a la cosa como el objeto. Los derechos de la persona se regirían por la ley del país de su residencia habitual, y las cosas por las leyes de la nación donde estén situadas. De ahí provino la separación entre estatuto personal y estatuto real y, más tarde, la conjunción en el estatuto mixto o formal destinado a aplicarse a la forma de las convenciones. El principio de territorialidad fue adoptado por el **common law** en Inglaterra y en Estados Unidos, suponiendo que la ley de un Estado no puede aplicarse en otro, porque no tiene ningún efecto más allá de sus fronteras. Como la exageración del principio llevaría a perjudicar las relaciones internacionales, los mismos juristas anglo americanos se han visto obligados a admitir restricciones, pero la aplicación de las reglas extranjeras no se considera un deber del tribunal, sino una muestra de indulgencia, de cortesía o de interés, convirtiendo al juez en servidor de la política. Otro matiz resuelve todas las cuestiones por la ley del lugar donde tiene su asiento el tribunal y se conoce como el principio de **leges fori**. Para Savigny, en resumen, debe atenderse al domicilio cuando se trata de apreciar el estado y capacidad personales; a la situación de los bienes sin distinguir los muebles de los inmuebles como lo hacían los estatutarios, cuando la discusión verse acerca de los derechos relativos a las cosas; la de ocurrir al lugar en que deban cumplirse las obligaciones y para las formas instrumentales a la del sitio donde se redacta el instrumento. Pillet dio en cada caso la preferencia a la ley cuya aplicación corresponda mejor al objeto de la institución jurídica de que se trate, escogiendo la ley personal de las partes contendientes cuando el objeto social con que la ley se ha hecho, requiere sobre todo que ésta sea permanente, o la del territorio donde ha pasado el acontecimiento jurídico, cuando el objeto de la ley exija su generalidad de aplicación. El principio de nacionalidad fue un último desenvolvimiento y resultado de una idea política nacida a la sombra de la restauración de las entidades que tenían perdida su autonomía.<sup>498</sup>

f) Queda confirmado en todo lo anterior, que el concepto de territorio tiene para el derecho una función condicionante ineliminable. Su significado geográfico ha sido alterado para conformarlo al jurídico estatal. Su etimología ha sido revisada para establecer la idea de competencia. Y su carácter físicamente limitado, ha sido utilizado para fundar las escuelas de derecho internacional privado.

<sup>498</sup> Luis Pérez Verdía, *Tratado elemental de derecho internacional privado*, México 1908, pp. 28 a 49.

En lo procesal, es regla general, decía ya Pérez Verdía <sup>499</sup> que todos los actos judiciales deban hacerse con entera sujeción a las leyes del lugar del tribunal, *lex fori*. Sin embargo, hoy no se puede olvidar que existe un fenómeno transnacional en el arbitraje privado, que hay organismos que lo administran con apego a reglas uniformes y que hay una corriente favorable a la suscripción de tratados o convenciones entre los mismos Estados, que reconozcan la validez de las cláusulas, de los compromisos y de estos procedimientos procesales.

Además, ya Pérez Verdía formulaba la reserva que se ha visto repetida en la doctrina moderna, en el sentido de que hay que distinguir entre los *ordinatoria litis* como las normas respecto al emplazamiento, los plazos y términos, las citaciones, las formas de interrogatorio, etc. y las *decisoria litis* que atañen a la apreciación del estatuto, los medios de prueba, la clase de defensas, etc. Los preceptos del primer grupo se rigen por la *lex fori*, pero los segundos están en muchos casos sometidos a la ley procesal o a la del contrato. La demanda, pues, se sujetará a las disposiciones del lugar donde se entable y el emplazamiento de un extranjero que resida fuera no será conforme al sitio de su residencia, sino según lo dispuesto por la ley del juez.

En México se disponía también, en el siglo pasado, que si el demandante fuere extranjero o transeúnte, cabía la excepción dilatoria del arraigo personal o fianza de estar a derecho, para evitar que después de iniciado el juicio abandonara el país, causando al nacional gastos y molestias. Esta medida, subsistente en otros regímenes, ha recibido el nombre de *cautio iudicatum solvi* y tiene su origen en el Medievo.

Su injusticia condujo a determinar que en los tratados celebrados por México con Francia, España, Alemania, Inglaterra, Austria, Suecia, Estados Unidos, Bélgica, Italia, Ecuador, Japón, China y Persia, se estipulara que los mexicanos en esos países y los nacionales de ellos en México, podrían ocurrir a los tribunales en pie de igualdad y gozando de las mismas franquicias. En virtud del tratado de la Haya de 1896, el principio se adoptó por Bélgica, Francia, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza, Alemania, Austria, Dinamarca, Rusia, Rumania, Suecia y Noruega. <sup>500</sup>

Un tema que ha sido de gran dificultad lo constituyen las pruebas, por participar de los dos ordenamientos, el sustantivo y el procesal. En cuanto al *onus probandi*, Pérez Verdía opinó <sup>501</sup> que debía aplicarse la ley que rigiera la materia del juicio, que las más de las veces sería la *loci contractus* y en algunas la personal. La misma ley de fondo sería procedente para resolver cuáles pruebas debían admitirse y cuáles no, de suerte

499 Op. cit., p. 300.

500 Pérez Verdía, p. 301.

501 Página 302.

que no se admitiría la prueba del duelo judicial, ni la del juramento religioso, aunque estuvieren prescritas en el lugar donde hubiere nacido el acto litigioso.

Conforme al principio de que quien adquiere un derecho, sea *ex contractu*, sea *ex lege*, adquiere al mismo tiempo el de probar su existencia por los medios de prueba reconocidos por la ley que rige al acto o convención, si en donde se ha celebrado el acto o nacido la obligación se acepta la prueba de un solo testigo, o la de firmas privadas sin reconocimiento, etc., en el lugar del juicio deberán admitirse tales medios, por más que allí no fueren legales. Y a la inversa, si en el país del juicio hay otros medios más amplios, que no se reconocieran en donde nació el acto, entonces podrán usarse también, porque la mayor libertad para justificar un hecho en nada puede perjudicarlo. Si la admisión de los medios probatorios se determina por la ley del lugar en que se ha celebrado el hecho, la presentación o administración se rige por la ley del tribunal, porque norma exclusivamente el procedimiento de las pruebas, interrogatorios, reconocimiento de firmas, etc., y es esta ley la que otorga o niega la fuerza ejecutiva.

g) Los conflictos de competencia judicial se suscitan entre los tribunales de diversos Estados y, según Arce,<sup>502</sup> es general o especial, la primera cuando se establece entre países y la segunda en el orden interno o nacional y, en los Estados federales, deberá distinguirse entre la competencia especial de los tribunales de la Federación y la de los Estados federados o del Distrito y Territorios. La competencia general es directa cuando se refiere a los litigantes, e indirecta cuando atañe a las autoridades extranjeras.

El derecho internacional privado se ocupa de la competencia, suponiendo que la jurisdicción es materia del derecho interno, por tanto, parte de la hipótesis de que en los conflictos de competencia judicial, existe jurisdicción en la autoridad del Estado de que se trate.

Para las contiendas que surjan en la República Mexicana, entre extranjeros o entre nacionales y extranjeros, la competencia se rige por lo dispuesto en el Código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios, según lo determina el artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, reglas que se fundan, según Arce<sup>503</sup> en el artículo 121 constitucional que rige las relaciones entre las entidades federativas.

Según el código citado, toda demanda debe formularse ante juez competente, y lo son los jueces del lugar designado para el requerimiento de pago y a falta de ellos, el del lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de la obligación, para la ejecución o cumplimiento del contrato

502 Op. cit., p. 257.

503 Página 262.

y la rescisión o nulidad. Si se ejerce una pretensión real sobre inmuebles, la competencia es de los jueces en donde estén ubicados y si se trata de pretensiones personales, de estado civil o sobre bienes muebles, el juez del domicilio del demandado. En los juicios hereditarios el del último domicilio del autor de la herencia, a falta de éste, el de la ubicación de los bienes raíces, y si están en varios lugares, el juez de cualquiera de ellos a prevención, y a falta de domicilio y bienes raíces, el del lugar del fallecimiento. En los juicios para decidir diferencias conyugales y nulidad de matrimonio, el del domicilio conyugal y en los de divorcio el de ese domicilio. En caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.

Dentro del territorio nacional se aplican exclusivamente las leyes mexicanas, tanto a nacionales como a extranjeros, a domiciliados o a transeúntes, según el artículo 12 del código civil. Los actos y contratos se rigen por el código si han de cumplirse en el país.<sup>504</sup>

h) El hecho de la existencia de fronteras que materialmente delimitan los territorios estatales, los provinciales o los municipales, produce el fenómeno de la cooperación judicial.

El lema de la territorialidad de las leyes procesales significa que cada tribunal aplica su propia ley procesal. Tal principio ha sido acogido generalmente en las resoluciones de congresos de derecho internacional, en tratados, proyectos y leyes, y Werner Goldschmidt<sup>505</sup> se ocupa de mencionarlos, desde el artículo 2º de las reglas internacionales para prevenir los conflictos de leyes en cuanto a las formas procesales, votado por el Instituto de Derecho Internacional en la sesión de Zurich de 1877, al Tratado de Montevideo de 11 de enero de 1889, el proyecto de Rodríguez Pereira preparado por encargo del Gobierno del Brasil para la comisión de juriconsultos de Río de Janeiro, que fue incluido por la sexta Subcomisión, hasta el artículo 314 del Código Bustamante de 1928, el cual indica que la competencia de los tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones serán determinados por la ley de cada Estado contratante.

Para Werner Goldschmidt las razones en favor de la territorialidad de las leyes procesales son, en resumen, su fungibilidad, es decir, la posibilidad de adaptarse al litigio o controversia. Las reglas dirigidas al juez, pero no determinativas de la tramitación, sino del contenido de la sentencia sobre el fondo, no pertenecen al derecho procesal, sino a lo que James Goldschmidt llamara derecho justicial material.<sup>506</sup>

504 Página 263.

505 *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Bs. As. 1954, T. III, pp. 7 y ss.

506 Página 9.

Pero la hipótesis misma de que se parte: conflictos jurídicos cuyas consecuencias traspasan las fronteras estatales, lleva de la mano a la circunstancia obvia, de la necesidad del auxilio judicial. Se habla, dice Warner Goldschmidt,<sup>507</sup> de auxilio nacional o internacional según que las autoridades fueren del mismo país o de otro; pero el auxilio mismo es judicial o no, según que la autoridad requerida lo sea, por ejemplo, un registrador de la propiedad.

Según una práctica internacional, los tribunales dan cumplimiento a las comisiones rogatorias de tribunales extranjeros, salvo el respeto al orden público nacional. Para el autor citado, el derecho romano postclásico introdujo el auxilio judicial nacional, y la Edad Media lo extendió a los tribunales de diferentes Estados que consideraba unidos por el Imperio o el Papado. Pero esta práctica no constituye una obligación y su garantía está en el principio de reciprocidad; de manera que las comisiones contenían antiguamente una *assertio reciproci*, cláusula que hoy en día está siempre implícita, por más que ya haya una corriente para convertirla en expresa, como se confirma por el artículo 9º del Tratado de derecho procesal internacional del Congreso de Montevideo, que terminantemente establece que los exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquiera diligencia de carácter judicial, se cumplirán en los Estados signatarios, siempre que dichos exhortos o cartas rogatorias reúnan las condiciones mencionadas en el mismo.

En cuanto al auxilio en materia penal, el Comité de Expertos de la Sociedad de Naciones formuló en 1928 un proyecto de tratado para el cambio y tramitación de comisiones rogatorias.<sup>508</sup>

Como fuentes jurídicas se mencionan, por su orden, el Convenio celebrado en La Haya el 17 de julio de 1905, cuyos contrayentes fueron Bélgica, Dinamarca, Danzig, Alemania, Estonia, Finlandia, Francia, Italia, Yugoslavia, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Austria, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza, España, Checoslovaquia y Hungría. Por haber dejado de regir en virtud de la segunda guerra, la 7ª Conferencia de La Haya, de 1951, aprobó una nueva Convención que trata de las notificaciones y las comisiones rogatorias, dentro de las que se incluyen citaciones y emplazamientos.

Además de la resolución del Instituto de Derecho Internacional, en la sesión de Zurich en 1877, Víctor N. Romero del Prado,<sup>509</sup> menciona el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, el Tratado de Lima de 1878, el proyecto de Lafayette Rodríguez Pereyra, y el Código de Derecho Internacional Privado de Bustamante y Sirvén, más el

507 *Idem*, p. 125.

508 *Idem*, p. 126.

Segundo Congreso de Derecho Internacional Privado de Montevideo de los años 1939 y 1940.

Luego de revisar los tratados celebrados por México con otros países, Arce,<sup>510</sup> concluye que en ninguno hay cláusula especial que trate sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras, pero que en todos la base es la reciprocidad y algunos incluyen la cláusula de la nación más favorecida. El autor afirma que los jueces y tribunales mexicanos tienen en cuenta la reciprocidad y aplican el derecho patrio, exactamente como lo harían con los nacionales. En síntesis, explica, se puede sostener que al revisar las diferentes legislaciones sobre esta materia, se ve que la mayor parte de ellas se muestran desconfiadas, restrictivas y poco dispuestas a asegurar dentro de sus límites la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero. Que la razón principal de esta timidez es que el régimen de derecho común debe ser aplicable indistintamente a todas las decisiones emanadas del extranjero. Que por lo tanto, se comprende el temor de los legisladores de ver asociados a sus Poderes Judiciales con sentencias dictadas por jueces incompetentes y corrompidos. Que se debe, entonces, llegar a una solución lógica, como el inscribir al margen de un régimen de derecho común muy severo, por ser de aplicación general, cierto número de tratados particulares que puedan acordar a cada Poder Judicial, el grado de confianza que merece.

Por lo que respecta a las sentencias pronunciadas por los tribunales de las entidades federativas, el artículo 121, fracción III, de la Constitución mexicana distingue entre las que se refieren a derechos reales o inmuebles ubicados en otros Estados y las que atañen a derechos personales. En las primeras, hace depender su fuerza ejecutiva del Estado en que deban cumplirse. Para las segundas, sólo podrán ejecutarse cuando el condenado se haya sometido expresamente o por razón del domicilio al tribunal que las pronunció, siempre y cuando se le haya citado personalmente para comparecer en el juicio. Para los actos del estado civil, si la sentencia se pronuncia conforme a la ley del Estado del juicio, debe tener validez en las demás entidades. Por consecuencia, el autor señala la paradoja de que dentro del territorio nacional, sea más fácil ejecutar una sentencia extranjera que una nacional.

#### 124 El lugar de los actos procesales.

Coincide inicialmente Carnelutti con Kelsen, al explicar que las normas jurídicas no tienen límite espacial para su eficacia, que cuando una situación de hecho está regulada en una determinada manera por el derecho, es indiferente tanto el tiempo como el lugar en que los efectos jurídicos puedan manifestarse.<sup>511</sup> Un excelente ejemplo es propuesto por el

510 Op. cit., pp. 276 y ss.

511 Sistema, T. I, p. 112.

mismo autor, al recordar que la obligación recíproca de los cónyuges de cohabitación, fidelidad y asistencia, se extiende dondequiera que se encuentren, y sea cual fuere el Estado a que pertenezcan.

Pero lo mismo para el tiempo que para el espacio, existen normas que Carnelutti llama de aplicación, y cuyo oficio consiste en introducir la determinación espacial o temporal en la hipótesis de cualquiera otra norma. Este tipo de normas existe también para regular la aplicación de las reglas procesales, por ejemplo, aquélla que en el derecho italiano dispone que la competencia y las formas del procedimiento se rigen por la ley del lugar en que se siga el juicio, que los medios de prueba de las obligaciones se rigen por la ley del lugar en que se realizó el acto, y los modos de ejecución se rigen por la ley del lugar en que proceda.<sup>512</sup>

No existe, dice Carnelutti, ninguna necesidad lógica en virtud de la cual el proceso haya de seguir la ley del juzgador y no la de las partes o de una de ellas, incluso, la del lugar en que ocurrieron los hechos del conflicto. Pero actúa aquí un principio de conveniencia política que se enlaza con el objeto inmediato y esencial del proceso, que es el desenvolvimiento del supremo interés público en cuanto a la composición y, con ello, a la realización del derecho objetivo.

En otra parte,<sup>513</sup> Carnelutti comienza por aludir al concepto de sede, entendida como posición del acto con el resto del mundo, y que desdobra en sede local y sede temporal.

Cuando no sea indiferente que los actos procesales se realicen en un lugar más bien que en otro, se dará relevancia jurídica al lugar que recibirá la denominación de vinculado. Esta relevancia jurídica puede ser establecida en dos aspectos, en cuanto se refiere a la ubicación del lugar y en cuanto se refiere a su sistematización, en el último caso se tratará del ambiente, mientras que en el primero se considerará la circunscripción.

Ciertos actos deben cumplirse en una circunscripción, que es una determinada porción del complejo espacial. La circunscripción puede ser determinada directa o indirectamente. Lo primero acontece cuando la ley italiana indica que el laudo debe ser pronunciado en el territorio del Estado. La determinación indirecta se contempla en el supuesto de la notificación, como al decir la ley que la entrega de un documento a su destinatario se hará en el lugar donde tenga su sede. Es la referencia a la sede de la persona lo que identifica la sede de la notificación. Esta misma manera de circunscripción vinculada indirectamente se observa en el embargo de muebles y en la inyunción para el libramiento de cosas muebles o inmuebles.

512 Op. cit., T. I, p. 114.

513 *Instrucciones del proceso civil*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1959, T. I, pp. 518 y ss.

En cuanto al ambiente, su importancia radica en el propósito de reunir a las personas en un lugar, por ser necesario su concurso general. Para Carnelutti, el conjunto del ambiente lo constituye un edificio, llamado palacio de justicia, a cuya construcción y equipamiento se debería proveer mediante la observancia de reglas técnicas vinculadas con la función y estructura del proceso.

Según que los actos se cumplan dentro o fuera del palacio de justicia, los clasifica en internos y externos. Hay actos internos normalmente, que pueden cumplirse a veces fuera del palacio de justicia, y en el derecho mexicano tal sería el caso de las absoluciones de posiciones o de las deposiciones de testigos, que se realizan en sus domicilios por razones de edad o de estado de salud. Por lo demás, Carnelutti advierte que el carácter interno del acto no se hace por referencia a todo el palacio de justicia, sino a sus reparticiones como la sala de audiencia, la secretaría, etc.<sup>514</sup>

Pero la más interesante caracterización de Carnelutti se encuentra en su obra **Lecciones sobre el proceso penal**,<sup>515</sup> la cual fue utilizada por Eduardo Pallares<sup>516</sup> al explicar la voz lugar.

Considera Carnelutti que las disposiciones sobre el lugar tienen por finalidad evitar la simultaneidad de dos o más actos o procurarla, siendo en el primer caso reglas de sistematización local y en el segundo de circunscripción. Conviene anotar que si la terminología del autor es a veces impropia por su equivocidad semántica, aprehendida en su arbitraria significación, lo único que necesita es congruencia en las diferentes aplicaciones, tarea harto difícil para el mismo Carnelutti.

Como sea, la circunscripción es entendida como una cierta cantidad de superficie terrestre, y hay actos que deben ser cumplidos precisamente dentro y no fuera de ella. Respecto a la sistematización, su sentido es el ya anotado del ambiente que resulta ser doble: uno para el proceso llamado de cognición y otro para el procedimiento de ejecución que el autor quisiera designar como casa del juicio y casa de la pena; si bien, no todos los que engloba indebidamente en el primer supuesto son cumplibles en el palacio de justicia, como resulta considerando el secuestro, el arresto, la pesquisa, etc., de ahí que los divida en actos internos y externos.

Un modo de ser del lugar del proceso se refiere a su clausura o a su apertura al público, atendiendo al principio del secreto en el primer caso y al de la publicidad en el segundo.

Pallares, que como queda dicho, acude a Carnelutti para sus explicaciones, ofrece el siguiente cuadro en relación al lugar: Se entiende por tal la porción de espacio donde deben realizarse los actos procesales. El lugar puede tener trascendencia jurídica cuando de él depende la eficacia

514 *Idem.* p. 520.

515 T. III, pp. 142 y ss.

516 *Diccionario de derecho civil*, pp. 511-2.

del acto. La determinación la hacen, en unos casos la ley, en otros el juez o convencionalmente las partes. El lugar puede ser libre o vinculado como el tiempo; libre cuando no se determina legalmente y vinculado en caso contrario. La determinación es absoluta o relativa, según que se refiera a un punto determinado o a una circunscripción y puede hacerse directa o indirectamente. La determinación indirecta da origen a los conceptos de domicilio, morada, residencia, sede, etc. En ocasiones la ley exige que el caso se realice donde están las cosas, en otras manda que las personas se reúnan en cierto lugar y, en otras, previene la separación. Todo ello trasciende respecto a la competencia.

a) El tema del lugar de los actos procesales no podía ser olvidado por la doctrina, aunque no toda haya bordado sobre el mismo con el talento de Carnelutti. Por ejemplo, Vincenzo Manzini,<sup>517</sup> consideró que el lugar donde debía desarrollarse el procedimiento, contemplado en su totalidad, era al que se extendía la competencia, que Manzini confundió con la jurisdicción del juez. Expresada así la idea, parecería contrariar el fenómeno del auxilio internacional, sobre todo porque el autor indicaba que los actos cumplidos sin legítima facultad, en lugar no perteneciente a la circunscripción del juez de la jurisdicción, serían nulos por defectos de capacidad funcional o por incompetencia territorial.

La explicación de estos errores se encuentra en el hecho de que Manzini tenía presente la circunscripción territorial y dentro de ella consideraba la residencia por un lado, y por otra la necesidad de efectuar cierta actividad fuera de ella y aún en otra circunscripción.

Pero la residencia no significó para este autor un edificio dentro de ella, y hasta habló de los actos al aire libre. Por tanto, se trataba de la sede a precisar, como señaló más tarde Carnelutti, en otras leyes, en aquéllas que fijaran los domicilios de los juzgados, y aún por los acuerdos del tribunal que establecieran los repartos.

Así pues, lo que Manzini pretendía era señalar la nulidad de los actos realizados por un juez, fuera de su circunscripción, criterio que no puede ampliarse para determinar la nulidad en general de la actividad del procedimiento, por el solo hecho de realizarse fuera de cierta circunscripción, pues esta posibilidad cae en la dicha noción del auxilio judicial internacional.

Fuera de estas apreciaciones, Manzini puso atención en los datos estructurales, por ejemplo en la competencia por razón del territorio, en la influencia de las condiciones del lugar sobre la constitución y desarrollo de la relación procesal, y en la proporción entre la distancia y el plazo de comparecencia. A ello agregó algunas normas concretas del derecho italiano, como las referentes a la indicación de un lugar bajo pena de nuli-

dad o decadencia del acto procesal, problema que tiene gran importancia práctica por la ausencia de reglas en determinados casos, específicamente de presentación de documentos a horas inhábiles, y así se ha visto que los usos forenses han implantado la fórmula de la entrega en el domicilio del secretario.

Como nociones pragmáticas han de considerarse las explicaciones de Manzini, en relación, por ejemplo, al hecho de que aún cuando respecto de las citaciones no se conmine la nulidad, la falta o el error de la indicación del lugar de comparecencia, quitará toda eficacia a la citación. Pero al mismo tiempo, el autor habla de las determinaciones de lugar relativas a las declaraciones e instancias, a las notificaciones, custodia de cosas secuestradas, depósito de sumas de dinero, etc. De ahí resulta la idea de la *data* en el derecho italiano, comprensiva de la fecha y el lugar. Otro aspecto es el ya considerado del auxilio judicial, y sobre el cual, Manzini hace referencia a las rogatorias internas e internacionales, estimando que las primeras son verdaderas delegaciones de atribuciones de competencia territorial y funcional respecto de un cierto acto y que asumen la forma de requerimiento o cartas rogatorias.

b) No solamente para criterios clasificatorios tiene importancia el lugar. Ya al esudiar la costumbre y los usos<sup>518</sup> se advirtió la diferencia que viene de la extensión superficial. Cualquiera que sea el criterio que se tenga de estos conceptos, es indudable que en el fondo campea una diferencia expresa o implícitamente considerada, la cual toma apoyo en la medición del espacio. Casi siempre se invoca la tesis de que en la costumbre hay una mayor extensión que en los usos o prácticas, y tengan razón o no quienes así opinan, lo importante ahora es advertir que el espacio condiciona la legalidad hasta en términos de calidad de las normas.

Y el espacio tiene otras aplicaciones normativas semejantes a la anterior, cuando se trata por ejemplo, del hecho notorio, que Calamandrei<sup>519</sup> caracterizaba como aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal, propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión. Aunque la referencia directa se haga a los términos cultura, círculo social y tiempo de la decisión, en el fondo tuvo una determinación espacial y ya el autor consideraba que la notoriedad es un concepto esencialmente relativo porque no existen hechos notorios a todos los hombres sin limitación de tiempo y de espacio.

Por estas razones, tienen validez las palabras de Alcalá Zamora y Levene,<sup>520</sup> cuando estiman que el estudio de la regulación del lugar, se ha profundizado mucho menos que en la regulación temporal. Puesto que consideran que respecto del espacio falta un concepto semejante al de

518 *Supra* Núms. 63 y 64.

519 *La definición del hecho notorio*, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 206.

520 *Derecho procesal penal*, T. II, p. 205.

término o plazo para el tiempo, proponen la palabra localización o ubicación.

Pero como la ubicación de los actos no siempre se circunscribe al territorio estatal, distrital o provincial, en seguida distinguen entre localización nacional, extranacional, provincial y extraprovincial del acto, si es que no se quieren adoptar los calificativos endógeno y exógeno, este último para casos como las notificaciones, citaciones, emplazamientos, declaración de testigos, plazos extraordinarios de prueba, y extradicción, en los que, en realidad, se agrega, existe localización mixta o doble: endógena en cuanto a la emisión del acto, exógena en lo tocante a su cumplimiento.

Todavía añaden que la localización puede ser genérica o instituida por el legislador en abstracto, y específica que es la resultante de referir a un proceso. Si los actos se realizan en la sede del tribunal se tendrá una localización interna, y externa si es fuera. La externa puede obedecer a la situación o posición en el espacio de los objetos y esto daría el resultado de las localizaciones reales y personales.

Finalmente, recuerdan que para Carnelutti,<sup>521</sup> la determinación del lugar puede ser absoluta o relativa, según que se refiera a un punto o a una circunscripción, lo primero sería cuando se manda notificación en la oficina, lo segundo cuando se ordena dentro de la circunscripción del juzgado.

Después de lo apuntado por la doctrina, sólo queda exigir la precisión terminológica que no confunda los problemas de localización con otros vinculados a la competencia o, sobre todo, a la jurisdicción.

## 125 Medición del espacio.

La categoría jurídica significada con la palabra espacio es mensurable por lo general, aunque en algunas hipótesis resulte indefinida, como cuando se mencionan las costumbres, los usos y hasta los hechos notorios, conceptos todos ligados con el primero y que, sin embargo, no pueden corresponder a una superficie precisa.

Aunque no siempre se establece medida conforme al sistema legal,<sup>522</sup> las disposiciones orgánicas del derecho positivo suelen indicar la territorialidad, tal y como sucede con el artículo 42 de la Constitución mexicana, para el cual, el territorio nacional comprende:

El de las partes integrantes de la Federación. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arreci-

521 *Sistema*, N° 533.

522 *Supra* N° 123.

fes. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional y las marítimas interiores. Y el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.

El artículo 43 indica que las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas, Distrito Federal y Territorios de la Baja California Sur y de Quintana Roo.

Por lo que respecta al Distrito Federal, el artículo 44 señala que se compondrá del territorio que actualmente tiene, y en el caso de que los Poderes Federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en Estado del Valle de México, con los límites y extensión que le asigne el Congreso General.

El artículo 45 ordena que los Estados y Territorios de la Federación conservan la extensión y límites que hasta hoy han tenido, siempre que no haya dificultad en cuanto a éstos. Los Estados que tuviesen pendientes cuestiones de límites, los arreglarán o solucionarán en los términos que establece la Constitución, según dispone el artículo 46. Por cuanto al Estado de Nayarit, tendrá la extensión territorial y límites que comprende el Territorio de Tepic.

Las islas, los cayos y arrecifes de los mares adyacentes que pertenezcan al territorio nacional, la plataforma continental, los zócalos submarinos de las islas, de los cayos y arrecifes, los mares territoriales, las aguas marítimas dependerán directamente del Gobierno de la Federación, con excepción de aquellas islas sobre las que hasta la fecha hubieran ejercido potestad los Estados, al tenor de lo ordenado en el artículo 47 constitucional.

Según el artículo 116, los Estados pueden arreglar entre sí, por convenios amistosos, sus respectivos límites, pero no se llevarán a efecto esos arreglos sin la aprobación del Congreso de la Unión.

a) El tema de la división territorial ha sido decisivo para la historia política de México y explica en gran medida los conflictos armados de la primera mitad del siglo XIX, hasta el triunfo del federalismo. Este que ha sido llamado el capítulo geográfico de la Constitución,<sup>523</sup> proviene de las divisiones coloniales realizadas desde varios puntos de vista: eclesiástica, judicial administrativa y administrativa fiscal; las cuales dieron lugar a las provincias de la Nueva España, base de las divisiones posteriores, lo

523 Edmundo O'Gorman, *Breve historia de las divisiones territoriales*, en Trabajos jurídicos de homenaje a la Escuela Libre de derecho en su XXV aniversario, Volumen segundo, México 1937, pp. IX a 261.

mismo del Imperio Mexicano que durara de agosto de 1821 a junio de 1823, a la primera Federación que terminó en 1835, época del sistema centralista vigente hasta 1843, el cual, luego de un período de transición que alcanzó a 1846, dio lugar a la segunda Federación en mayo de 1847, de la cual se regresó al centralismo en 1853, para que, mediada una época de transición en 1856, se concluyera con el definitivo federalismo en la Constitución de 1857, antecedente de la actual, también federal de 1917, sin olvidar que en 1865 tuvo lugar el segundo Imperio, esta vez en virtud de la invasión francesa.

Como explica O'Gorman, la larga secuencia de divisiones territoriales, consiste en modificaciones de mayor o menor importancia de una sola división. La historia de este capítulo muestra que esas modificaciones consistieron, unas veces en división de una entidad en dos o más, en la fusión de dos en una, en el cambio de nombres y muchas veces en la apreciación jurídica sobre la condición provisional o definitiva de una o varias entidades y aún de toda una división en su conjunto.<sup>524</sup>

Para el mismo autor, esta continuidad geográfica no está respaldada por una continuidad ideológica, de modo que, a manera de división política se tiene la división espontánea que fue creciendo a la sombra de la colonización y conquista, sin que se encuentre un principio jurídico, ningún plan fijo, ningún estudio de conjunto sobre el terreno, que autorice a ver en esta división una verdadera organización que sea elemento constitutivo de la estructura misma del Estado.<sup>525</sup>

Sin embargo, desde el Acta Constitutiva de la Federación, en apariencia se quiso adoptar un plan general como norma para resolver el problema territorial; después, durante el centralismo se reconoció la deficiencia y necesidad de una reforma sin que se hiciera nada al respecto, y más adelante, al formarse la Constitución de 1857, se consideró imposible idear una división que fuera científica, concretándose el constituyente a resolver cuestiones particulares; y por último, en la Constitución de 1917 sólo se critica el estado de cosas. Esto lleva a O'Gorman a preguntarse si en la actualidad ya no interesará ocuparse en defender el sistema y la pureza de los principios federales, o dicho en otros términos, los mismos principios constitucionales.<sup>526</sup>

El capítulo geográfico tiene importancia también para el derecho procesal, por lo mismo que esas divisiones de hecho, mantenidas o realizadas por consideraciones políticas o históricas, más que por razones sociales o económicas, trascendieron a la regulación orgánica y procedimental, al exigir la adaptación normativa en vista de las circunstancias demográficas y a las dificultades mismas de la topografía.

524 Op. cit., p. 181.

525 Idem, p. 185.

526 Cit., p. 191.

b) Ejemplo de lo caprichoso y fáctico en las divisiones territoriales de la República mexicana, es la creación del Distrito Federal, el cual toma su antecedente en el Distrito de Columbia norteamericano, sede también de los órganos federales.

Conforme al artículo 7º de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, reglamentaria de la base primera, Fracción VI, del artículo 73 constitucional,<sup>527</sup> los límites del Distrito Federal son los fijados por los decretos de 15 y 17 de diciembre de 1898, expedidos por el Congreso de la Unión, ratificando los convenios celebrados con los Estados de Morelos y México.

Sus linderos vienen también señalados en este precepto, y el artículo 8º divide tal circunscripción en: la ciudad de México y las delegaciones de Gustavo A. Madero, Azcapotzalco, Ixtacalco, Coyoacán, Villa Alvaro Obregón, La Magdalena Contreras, Cuajimalpa, Tlalpan, Ixtapalapa, Xochimilco, Milpa Alta y Tláhuac. Dentro de sus respectivas demarcaciones se encuentran las antiguas ciudades, villas, colonias, haciendas, ranchos y poblados que quedaron dentro de los límites que señalan los artículos 9º a 21. Es la ciudad de México la capital del Distrito Federal y las cabeceras de las delegaciones serán las poblaciones del respectivo nombre. La ciudad de México se divide en demarcaciones cuyo número y límite fija el Jefe del Departamento, quien puede modificarlos por crecimiento de la ciudad, aumento de la población u otras circunstancias que lo requieran.<sup>528</sup>

De ahí parte la Ley Orgánica de los Tribunales comunes del Distrito y Territorios Federales para establecer los Partidos Judiciales que comprenden: el de México, la ciudad de este nombre y las delegaciones de Gustavo A. Madero, Azcapotzalco, Ixtacalco e Ixtapalapa. El de Coyoacán que comprende la delegación del mismo nombre y la de Tlalpan. Y el de Xochimilco, que comprende la delegación de su nombre y las de Milpa Alta y Tláhuac.<sup>529</sup>

Pero además, la ley es aplicable a los Territorios Federales de Baja California y Quintana Roo. El primero tiene dos partidos judiciales que se forman con el de La Paz que comprende además San Antonio, Todos Santos, San José del Cabo, Santiago y Comondú; y el de Santa Rosalía que incluye Mulegé. El de Quintana Roo forma un solo Partido Judicial y tiene por cabecera la población de Payo Obispo.

Esta conjunción territorial forma una sola unidad desde el punto de vista de la territorialidad de la legislación que se ha venido denominando distrital. Por tanto, en ella tienen aplicación, además de las leyes federales, las que regulan la organización judicial y del ministerio público, y las dis-

527 D. O. de 31 de diciembre de 1941.

528 Artículo 22.

529 Artículo 5º

posiciones procesales, tanto para lo civil como para lo penal. Sin embargo, desde el punto de vista político administrativo, los Territorios tienen independencia del Departamento del Distrito Federal, y por ello el Congreso expide sus particulares leyes de ingresos y egresos. Esto conduce, finalmente, al hecho peculiar de que el Distrito y los Territorios forman unidad judicial y respecto a la organización del ministerio público, pero son independientes en el ámbito administrativo y político y cuentan con sendos gobernadores, designados por el Presidente de la República.

c) La división geográfica dentro de los Estados federales como México, lleva a cuestiones graves en materia de competencia legislativa y judicial. Como Estado federal, México ha seguido la tendencia norteamericana que le distingue, por ejemplo, de Brasil y Venezuela, Estados federales también, pero con una sola ley procesal.

Las veintinueve entidades federativas, más el Distrito y los Territorios federales por un lado, y la misma Federación por otro, han producido, solamente en lo civil, un código federal y treinta no federales para incluir el distrital que es federal, en materia de extranjería; y en lo mercantil un Código de Comercio, cuyo libro quinto regula el procedimiento judicial, junto al convencional y el arbitral. Por su parte, la materia laboral es objeto de la Ley Federal del Trabajo que rige lo sustantivo y lo procedimental; y a esto debe agregarse el ordenamiento penal que vuelve a producir el fenómeno procesal que se mira en lo civil; y luego el castrense similar a lo laboral.

Se sabe que al transformarse la Confederación norteamericana en Federación, el artículo IV del pacto de 1777, ratificado en 1781, pasó con igual número a la nueva Constitución, y en su sección I implantó la obligación de dar eficacia a los actos, procedimientos y registros de los tribunales, y en especial a las leyes, encomendado al Congreso la elaboración de las bases para probar los mismos y sus efectos. Al independizarse la República Mexicana se habló de una Federación en el Acta Constitutiva y el artículo 145 de la Constitución de 1824 reprodujo, casi literalmente, el precepto norteamericano.

A su turno, la Constitución de 1857 introdujo en su artículo 115 el término actos públicos y otorgó al legislador la facultad para regular su prueba y efectos. En la Constitución actual de 1917, se reitera la obligación de los Estados de dar entera fe y crédito a los actos de los demás, imponiendo al Congreso el deber de dictar la ley reglamentaria que está aún sin expedirse.

El vigente artículo 121 constitucional expresa que en cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos, sujetándose a

las bases siguientes: I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él. II. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación. III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes. Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

Esta regla que intenta superar la crisis que provoca la confrontación de la potestad concedida al Congreso General y el sistema federal de competencias reservadas a los Estados, implanta la teoría de la territorialidad en forma contradictoria, según la doctrina, por cuanto ordena que en los distintos Estados se dé entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos de los otros, conduciendo a la eficacia extraterritorial de los mismos.<sup>530</sup>

De la territorialidad de las leyes se infiere la territorialidad de los procedimientos, idea que ya aparecía en el libro 2, título I, ley 20 del Digesto y que después repitiera la ley 15, título 22 de la Tercera Partida. Para que se pueda ejecutar una sentencia en otro Estado de la misma Federación, el artículo 121, fracción III de la Constitución, exige que el emplazamiento se haya hecho personalmente al demandado y que el juez que dictó la sentencia haya sido competente, bien por razón de que el demandado tuviera su domicilio dentro de la competencia del tribunal sentenciador o bien porque se hubiera sometido expresamente. No es suficiente, según José Natividad Macías,<sup>531</sup> que se haya emplazado al no residente aunque la citación fuera personal, porque si el emplazamiento procede de juez incompetente por razón de la persona, es como si no se aplicara el principio de la territorialidad de las leyes y los procedimientos.

Estos problemas, que encuentran un precepto constitucional limitando las facultades de las autoridades estatales, hacen pensar con Macías, uno de los autores de la disposición, que se está frente a un derecho internacional interno, que si por su forma tiene paralelo con el grupo que entonces se llamaría derecho internacional externo, por su fuente y especial solución se aparta de él.

Nacionalidad y condición de los extranjeros son materias del orden federal, y por ello las restantes legislaciones de la República no pueden entrar en conflicto cuando se trata de cuestiones del estado civil, dentro

<sup>530</sup> Eduardo Trigueros. *El artículo 121 de la Constitución*, en *Revista Mexicana de derecho público*, México 1946. Vol. I, T. II: p. 180, José Luis Siqueiros, *Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano*, Chihuahua 1957, pp. 43 y 44.

<sup>531</sup> *Origen y alcance del artículo 121 constitucional*, en *Jus, Revista de derecho y ciencias sociales*, marzo de 1946, T. XVII, Núm. 92, p. 159.

de las que se incluyen los casos de declaración de nacionalidad; pero ello no impide que en el orden interno se presenten conflictos para determinar la norma aplicable. Así, el artículo 15 del código civil distrital, implanta la norma universal *locus regit actum*; pero como no todos los Estados coinciden en el significado de lo que se llama la forma extrínseca y en algunos ésta atañe al fondo mismo, de las diversas apreciaciones depende lo que se conoce como el conflicto de las calificaciones.

Estos problemas, aparentemente necesarios en los países federales, dan por resultado que si en México el conflicto de calificaciones con los Estados extranjeros se presenta en el orden federal y son aplicables los códigos civil y de procedimientos civiles distritales, entre los Estados de la Federación y el Distrito u otros Estados de la misma, han de resolverse conforme a lo previsto por el artículo 121 constitucional en la inteligencia de que no todos los Estados concuerdan en las calificaciones de lo que deba entenderse por derechos reales y personales.

También del artículo 121 se desprende el régimen de los bienes muebles e inmuebles en los diversos Estados y en el Distrito y Territorios Federales, porque en su fracción II declara que se regirán por la ley del lugar de su ubicación. Es, entonces, competente la ley de cada entidad para regular la materia, aunque resta el problema de la interpretación en cuanto a los derechos adquiridos sobre muebles, que son por su misma naturaleza, susceptibles de ser transportados de un Estado a otro; debiendo señalarse que ciertos muebles como los barcos y aeronaves, están regidos por la ley del pabellón y que en México, el código de comercio los considera inmuebles y hace obligatoria su inscripción en el Registro de Comercio, así como de su enajenación y gravámenes.

Además, por las diferentes convenciones para la unificación del transporte aéreo, varias de las cuales ha suscrito y ratificado México, la responsabilidad resultante del contrato de transporte puede ser presentada a elección del demandante, ante el tribunal del domicilio del transportado, en el asiento principal de sus negocios, en el lugar donde tenga la oficina por la que se haya efectuado el contrato, o ante el tribunal del lugar de destino y conforme a la ley del tribunal elegido se seguirán los procedimientos.<sup>532</sup>

Como la competencia judicial internacional externa ha sido materia de algunos tratados celebrados por México con otros países, se ha reconocido ya, que a falta de elección de las partes, corresponde el conocimiento del juicio al juez del domicilio del demandado o al de la ubicación de los bienes si fueren inmuebles. Se ha pensado que, fuera de la regla del domicilio del demandado, debe dejarse a la apreciación del juez la decisión sobre su propia competencia, en los términos de su ley natural, salvo la excepción que pueda oponer el demandado y la aplicación de leyes

532 Arce, op. cit., pp. 182 y 183.

que se consideren de orden público, como las que se refieren a las relaciones laborales.<sup>533</sup>

Pero en el orden interno, el problema se agrava cuando se toma en cuenta que ni el código federal de procedimientos civiles, ni el del Estado de Guanajuato, regulan ciertas materias, como el arbitraje privado. De todo lo anterior resulta que la competencia judicial depende de la territorialidad de la ley estatal aplicable, y si el código distrital es el apto para decidir la competencia en el orden internacional externo, por no ser ley reglamentaria del artículo 121 constitucional, no puede regir las cuestiones que en el orden interno de la Federación se pretenden. En tal virtud, deberá atenderse a lo dispuesto por el capítulo I del título II del código federal de procedimientos civiles, que confiere a la Suprema Corte la facultad para dirimir competencias entre los tribunales de los Estados. Se trata de una ley federal, dictada por el Congreso de la Unión reglamentando el dicho artículo constitucional. Por ende, cuando la competencia judicial entre en colisión, toca al pleno de la Corte, según el artículo 11, fracción V de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, resolver las cuestiones, en los términos de la ley procesal federal.

En atención a la competencia territorial de los tribunales estatales, no es exclusivamente el problema de la determinación de la potestad de conocer lo que interesa, sino también el tema del reconocimiento del fallo del juez, que si no puede calificársele de extranjero, tampoco se acomoda a la tradicional denominación de juez nacional. Conforme al precepto constitucional, la fuerza ejecutoria de una sentencia dictada en otro Estado, depende de lo que dispongan las leyes de la entidad en que va a cumplirse, y aún cuando puede aceptarse con Eduardo Trigueros,<sup>534</sup> que los Estados pueden ir más allá de la Constitución y reconocer competencia a un tribunal originariamente incompetente, lo fundamental es que la existencia de la Federación en los regímenes como el mexicano o el norteamericano, conduce a una situación de crisis la terminología de la sentencia extranjera.

Así, por más que la ley procesal sea omisa respecto a la ejecución de sentencias y laudos extranjeros, deberá aplicarse directamente el artículo 121 constitucional; en la inteligencia de que habrá que distinguir dos casos: si es sentencia sobre derechos personales, no sólo lleva en sí fuerza probatoria, sino autoridad de caso juzgado, si la ley conforme a la que se dictó le concede esta cualidad y será ejecutoria, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio. Siempre que fuere citada expresamente y en persona para estar en juicio. Y si es sentencia sobre derechos reales o bienes inmuebles, no podrá ejecu-

533 Arce, cit., p. 261.

534 Op. cit., p. 180.

tarse sin importar que atañe a relaciones comerciales reguladas federalmente, menos aún si el asunto es netamente civil, debido a que la fracción III del artículo 121 constitucional, en su primer párrafo determina que la ejecutoriedad de estos fallos será factible cuando así lo dispongan las leyes del Estado.

Es verdad que las convenciones internacionales no tienen siempre en cuenta los problemas derivados de las mediciones espaciales internas por razón del régimen federal; pero como se trata de elegir el vocablo adecuado a las sentencias y laudos no nacionales, no puede pasarse por alto que en estos países, tanto requieren el reconocimiento de los dictados en el extranjero, como en otras entidades de la misma Federación, y si por extranjero se conoce al fallo que sufre esta tramitación, no hay medio seguro para hablar, ni de resolución nacional ni de extranjera, tratándose especialmente de laudos.

d) En la segunda sesión del Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, se estudió la ponencia de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, intitulada Unificación de los Códigos Procesales Mexicanos, tanto Civiles como Penales, en la cual, con sólo un voto en contra del ministro Gabriel García Rojas, se aprobó la siguiente proposición: Se considera conveniente que existan códigos procesales únicos, tanto civil como penal, que fue complementada en este otro punto: Se considera conveniente llegar a la uniformidad de los códigos procesales por la expedición que haga cada entidad federativa de códigos procesales iguales; y además con el que expresa: Se recomienda que profesores y profesionales del derecho creen un clima favorable para el medio de unificación aprobado.<sup>535</sup>

En esa reunión se propuso sin resultado especial, como problema previo a la pretendida unificación, el estudio de las diferencias legislativas.<sup>536</sup> La revisión de los códigos mexicanos muestra que las diferencias no alcanzan la cantidad de leyes, que la influencia de los códigos distritales de 1884 y 1932, ha sido decisiva. Que al margen de estas leyes, aparecen códigos que cabe calificar de independientes. Y que las soluciones discrepantes necesitan de una confrontación, antes de optar por la unificación o, probablemente mejor, por una uniformación de los códigos.

Esto último compagina con el carácter territorial de estas leyes. La unificación legal es imposible sin una modificación constitucional que convierta en federal lo que ahora es materia no federal, como sucedió con lo mercantil, por ejemplo. Pero la transformación constitucional, que afec-

<sup>535</sup> *Acta de la segunda sesión del Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, en la que se discutió la ponencia dicha, publicada en la Revista de la Facultad de Derecho de México, T. X, Núms. 37 a 40, pp. 348 y 349.*

<sup>536</sup> *Op. cit., Debate, p. 339.*

taría la competencia legislativa en lo sustantivo, ya que no es de suponer federal la regulación procesal y no federal la civil o la penal, porque se tendría el peligro de que el legislador estatal considerara alguna materia, como el arbitraje, de índole material y no procesal tal y como ha acontecido en otros países. Esto vendría a propiciar indebidamente un conflicto de leyes, de manera que la conversión en competencia federal, tendría la consecuencia de derogar el principio de territorialidad que inspiró a los autores del artículo 121 constitucional.

Por deseable que fuera tal unificación, las circunstancias políticas que corresponden al federalismo, implican una medición interna del territorio para establecer fronteras jurídicas al derecho común. Parece, entonces, preferible optar por la uniformación que no pasa de significar lo mismo que en el orden internacional, una voluntaria adopción de reglas idénticas o por lo menos semejantes. La uniformación de los códigos mexicanos, aunque menos firme y segura que la unificación, puede lograrse a través de la reglamentación del artículo 121 constitucional, con el resultado de que las reglas no podrían llegar al detalle en cada institución, precisamente porque las bases que impone el precepto, son simultáneamente un conjunto de límites al legislador federal.

La uniformación no serviría, *verbi gratia*, para establecer reglas equivalentes en las soluciones individuales de los cuatro cuerpos del arbitraje; ni impediría que en un Estado se pueda comprometer la responsabilidad civil proveniente del delito y en otro no, que el compromiso termine por la negativa de una parte a nombrar su árbitro o que ello no conduzca a la caducidad del convenio; en fin, la reglamentación del precepto constitucional es una solución factible, y aún prevista pero insuficiente.

e) Por más que sobre la tarea previa de analizar los dispositivos vigentes en los distintos códigos procesales de la República se ha hecho muy poco, puede hablarse de estos ensayos limitados a la clasificación. La literatura sobre el particular se encuentra en los siguientes trabajos: Tomás Gurza: **Folleto del Instituto de Derecho Comparado**. Niceto Alcalá Zamora y Castillo: **La ejecución de sentencias arbitrales en México**, en **Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México**;<sup>537</sup> **Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales**;<sup>538</sup> **El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano**;<sup>539</sup> **Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal**.<sup>540</sup>

537 Año XI, Núm. 32, p. 46, nota 2.

538 *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. X, Núms. 37 a 40, pp. 282 y ss.

539 Comunicación al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Instituto de Derecho Comparado, México 1962, p. 50, nota 3, en que habla de seis familias puras y tres mestizas, en las primeras sigue incluido el código de Tamaulipas de 1961.

540 Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México 1966, pp. 35 y ss.

Conforme a la última clasificación de Alcalá Zamora, los códigos mexicanos forman familias, a partir del distrital de 1884 que sigue siendo modelo del libro V del Código de Comercio de 1889 y del de Tlaxcala de 1928. El mismo código de 84 fue modelo hasta hace poco, dice el autor,<sup>541</sup> para los de Querétaro,<sup>542</sup> Morelos,<sup>543</sup> Colima,<sup>544</sup> Puebla,<sup>545</sup> y Zacatecas;<sup>546</sup> estuvo vigente en Aguascalientes hasta 1947 y en Sonora hasta 1949, y de él deriva en buena parte el distrital de 1932, que resulta cabeza de la familia actual más numerosa e importante.

A partir de los códigos distritales de 1884 y 1932, el autor encuentra seis familias puras y tres que son producto de mestizaje: Distrital de 1884, seguido como filial por el Tlaxcala de 1928. Distrital de 1932 además de regir en el Distrito y Territorios Federales, fue adoptado en Nayarit,<sup>547</sup> y en él se inspiraron los catorce siguientes: Veracruz,<sup>548</sup> Guerrero,<sup>549</sup> Chiapas,<sup>550</sup> Hidalgo,<sup>551</sup> Sinaloa,<sup>552</sup> Coahuila,<sup>553</sup> Chihuahua,<sup>554</sup> Oaxaca,<sup>555</sup> Aguascalientes,<sup>556</sup> Durango,<sup>557</sup> Tabasco,<sup>558</sup> Querétaro,<sup>559</sup> Colima,<sup>560</sup> y Baja California.<sup>561</sup>

Código de Guanajuato de 1934, con él forma pareja el federal en los dos primeros libros, pues los demás del guanajuatense provienen del distrital de 1932.

Anteproyecto de 1948 para el Distrito: convertido en código en Sonora,<sup>562</sup> Morelos<sup>563</sup> y Zacatecas.<sup>564</sup>

Código de Puebla de 1956.

Código de Tamaulipas de 1961.

- 541 *Panorama*, p. 34.
- 542 1893, hoy 1950.
- 543 1899, hoy 1954.
- 544 1906, hoy 1954.
- 545 1916, hoy 1956.
- 546 1891, hoy 1966.
- 547 1938.
- 548 1932.
- 549 1937.
- 550 1938.
- 551 1940.
- 552 1940.
- 553 1941.
- 554 1941.
- 555 1944.
- 556 1947.
- 557 1947.
- 558 1950.
- 559 1950.
- 560 1954.
- 561 1958.
- 562 1949.
- 563 1954.
- 564 1966.

Familias mestizas: i) combinación de los códigos distritales de 1884 y 1932; Nuevo León,<sup>565</sup> Michoacán,<sup>566</sup> Jalisco,<sup>567</sup> Yucatán<sup>568</sup> y Campeche;<sup>569</sup> ii) combinación de los distritales y el de Guanajuato: Estado de México;<sup>570</sup> iii) combinación del distrital de 1932 y el de Jalisco: San Luis Potosí.<sup>571</sup>

Afirma el autor<sup>572</sup> que el estudio comparativo de estos códigos permite establecer las siguientes conclusiones: i) identidad absoluta en un cincuenta por ciento, haciendo abstracción de variantes estrictamente tipográficas: mayúsculas por minúsculas, reemplazo de número arábigos por romanos, o por letras, en epígrafes y fracciones. ii) Cambios insignificantes de redacción en un quince por ciento, consistentes en tiempos y modos de los verbos, palabras sinónimas, singular o plural, empleo de preposiciones, adverbios o conjunciones equivalentes, puntuación, orden de las palabras en la oración, jerarquía de los epígrafes, nombres de los diarios oficiales, etc. iii) Cambios circunscritos a las remisiones al articulado del propio código o de otros textos, en un cinco por ciento. iv) Diferencias secundarias de contenido en un quince por ciento, como la duración de los plazos, el cómputo de las distancias, la base para los remates, etc. v) Diferencias de mayor importancia en un quince por ciento, como inclusión o exclusión de procedimientos respecto del modelo, regulación de una misma figura en forma total o parcialmente distinta.

Por su fecha de promulgación puede hablarse de dos épocas legislativas bien definidas: códigos anteriores al vigente del Distrito y los posteriores. En la primera aparecen el Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889 y el de Tlaxcala de 15 de diciembre de 1928. Los restantes veintinueve códigos de procedimientos civiles, incluyendo el federal y el vigente distrital, van desde el 29 de agosto de 1932 en adelante.

Así como a la legislación procesal civil debe añadirse la correspondiente organización de los tribunales estatales y distrital, más la federal, a la procesal penal tendría que agregarse la atinente a la organización del ministerio público en lo estatal, y la castrense en lo federal. Quedarían al margen la laboral y la fiscal que son federales hasta el momento, y salva la cercana posibilidad de que se expidan códigos de lo contencioso administrativo locales, como en Morelos.

De las codificaciones procesales penales, ha dicho Alcalá Zamora,<sup>573</sup> que no se ha alcanzado la cifra de treinta leyes, porque en Baja California

565 1935.

566 1936.

567 1938.

568 1941.

569 1942.

570 1937.

571 1947.

572 Pp. 36-7.

573 Op. cit., p. 168.

y en Nayarit rige el código distrital de 1931. También en este campo encuentra que han repercutido las normas distritales y federales, como lo demuestra el hecho de que la totalidad sea posterior a 1931 y sólo el de Querétaro sea anterior al vigente de la Federación de 1934. Si el distrital es el más antiguo, el último es de Michoacán en 1962.

Y al igual que hizo con los civiles, el autor procede a formar familias que reduce a cinco puras y una mestiza, conforme a la lista siguiente: Familias puras: i) Código del Distrito de 1931 que rige también en los Territorios Federales, y que fue adoptado en Nayarit y reestablecido en Baja California. En él se inspiran siete Estados: Querétaro,<sup>574</sup> Nuevo León,<sup>575</sup> Guerrero,<sup>576</sup> Chiapas,<sup>577</sup> Coahuila,<sup>578</sup> Durango<sup>579</sup> y Colima.<sup>580</sup> ii) Código Federal de 1934, en el que se basan catorce entidades: Zacatecas,<sup>581</sup> Sinaloa,<sup>582</sup> Oaxaca,<sup>583</sup> San Luis Potosí,<sup>584</sup> Morelos,<sup>585</sup> Veracruz,<sup>586</sup> Tabasco,<sup>587</sup> Sonora,<sup>588</sup> Aguascalientes,<sup>589</sup> Guanajuato,<sup>590</sup> México,<sup>591</sup> Tamaulipas,<sup>592</sup> Tlaxcala<sup>593</sup> y Baja California.<sup>594</sup>

Código de Jalisco de 1934.

Código de Michoacán de 1962.

Familias Mestizas: Combinación del código distrital y del federal: Chihuahua<sup>595</sup> y Campeche.<sup>596</sup>

f) Después de esta breve revisión de las codificaciones internas en México, se confirma que todo el problema tiene una sola base: la división territorial no sólo con significado geográfico, sino político y jurídico,

- 574 1931.
- 575 1934.
- 576 1937.
- 577 1938.
- 578 1941.
- 579 1945.
- 580 1955.
- 581 1936.
- 582 1939.
- 583 1934.
- 584 1944.
- 585 1945.
- 586 1947.
- 587 1948.
- 588 1949.
- 589 1949.
- 590 1955.
- 591 1956.
- 592 1956.
- 593 1957.
- 594 1958, derogado al poco tiempo.
- 595 1937.
- 596 1943.

## 254 Medición del espacio

Por razón del territorio, la misma legislación federal contiene distinciones que originan distritos y circuitos, tanto para el amparo como para los juicios en materia federal.

La medición territorial tiene, entonces, no sólo una importancia gubernamental, sino una trascendencia normativa, por lo mismo que si bien las diferencias son relativas, lo cierto es que en la realidad aparecen discrepancias sobre una misma institución, que fuerzan a la consideración particular de cada código. Además, se presenta un doble fenómeno de aplicación territorial de leyes locales por autoridades federales, y de leyes federales por autoridades locales. Es así como, respecto al código de comercio, al considerar supletoria la legislación procesal de la entidad respectiva, la autoridad local se encuentra con el problema del reenvío interno y aplica distintas normas a casos similares por razón del territorio. En otro sentido, una sola ley, la de amparo, al permitir el control de las normas procesales locales, conduce al juzgador a la interpretación constitucional de diferentes normas que sobre un mismo problema pueden tener soluciones diversas. Pero todavía cabe agregar que en materia de quiebras, la legislación supletoria es la distrital, de modo que los jueces de las restantes entidades y los federales en ellas competentes, tienen que volver al código procesal civil distrital en este caso.

## CAPITULO V

126 La regularidad procesal. 127 La condicionalidad. 128 Supuestos, requisitos y presupuestos. 129 Forma de la actividad.

## 126 La regularidad procesal.

La regularidad jurídica es un resultado complejo. Un resultado y no un objeto ni un concepto complejos, porque su inteligencia es fácil de adquirir, no así su consecución. La regularidad es sencillamente la adecuación entre la conducta y la disposición normativa; pero si ya en la conducta puede haber dudas o cuestiones, en la disposición normativa hay más, tanto por virtud de su mera interpretación, cuanto por su jerarquía.

La regularidad es, además de una conformidad entre norma y conducta, uno de los primeros objetivos del derecho. Tener estructurado un proceso conforme a los principios científicos aceptados por la doctrina más relevante, es apens penetrar en la problemática de la regularidad. En seguida hace falta que los principios científicos coordinen con los principios constitucionales, en los regímenes que conocen este sistema. Después, se necesita que la ley procesal desenvuelva esos principios con técnica impecable para evitar lagunas y contradicciones. Y finalmente, que los sujetos llamados a cumplir las reglas vigentes, efectivamente realicen la conducta imperada.

Ahora bien, en la actualidad no puede decirse que todo, o al menos la mayor parte del sistema procesal, esté explorado científicamente. Es decir, no hay unanimidad de opinión sobre los distintos capítulos de la disciplina. En cada tema y respecto de cada aspecto del sistema, hay opiniones discrepantes. Se puede adherir la tesis de un autor sobre algún punto, pero a continuación se discrepará de la solución para otro. Ello ha hecho pensar que no existe la ciencia procesal, error de método, que lleva a confundir la consistencia del objeto de conocimiento con las **sistemizaciones** particulares.

De la circunstancia de que la doctrina no esté unificada, de la posibilidad del error humano, no se sigue que un objeto de conocimiento no pueda ser tratado científicamente, con ese sentido de conjunto completo de proposiciones sintéticas por su congruencia o no contradicción, y verificables en la experiencia. El derecho procesal es susceptible de tal **sistemización**, lo que sigue es encontrarla: que no se sostenga un criterio respecto de la jurisdicción y luego se olvide ante problemas especiales, como la competencia, la sentencia, la llamada **jurisdicción** voluntaria o **negocio** por atribución judicial, la diferencia entre cuestiones de hecho y

de derecho, entre errores **in procedendo** e **in judicando**, en las calificaciones de los conflictos de leyes, en el caso de la ejecución, de las medidas disciplinarias, de las medidas parajudiciales y paraprocesales, y un fin más de temas.

Ahora bien, debe repetirse que hasta el presente no hay en la doctrina una obra que pueda calificarse de verdadero sistema procesal. Ello conduciría a suponer que, como es verdad, los códigos mejor elaborados han de tener defectos teóricos por lo discutible de las tesis que siguen. Con todo, la regularidad en estos casos, aunque discutible por fallas en la sistematización, existe en la significación de la conducta a la ley.

Queda, entonces, el problema de la regularidad constitucional. Se trata apenas del resultado de una confrontación entre los principios constitucionales y el código procesal. Esta cuestión se resuelve en el ámbito de los controles a través de la autoridad competente en cada país.

Habrà en algún Estado el procedimiento parlamentario, en otro el amparo, en el siguiente el recurso de inconstitucionalidad, o bien se autorizará al Procurador General para denunciar la incongruencia, se creará una Corte Constitucional y hasta cabe acudir a un Tribunal Internacional para invocar la defensa de los derechos del hombre.

En aquellos países en los que no existe Constitución escrita, también operan los controles a base de medios impugnativos que atacan la norma ordinaria, confrontándola con disposiciones llamadas constitucionales, por su carácter de principios generales del orden positivo.

En fin, no hay duda de que si la regularidad se ha de establecer entre la ley procesal y las disposiciones vigentes que tienen carácter de principios generales, el problema se reduce a una correlación normativa. Claro está que, así como los principios doctrinarios pueden ser objeto de discusión, lo serán en el plano científico los principios constitucionales. Pero también aquí existe un camino de solución: discutir y reformar el derecho positivo para adecuarlo a las nuevas conquistas de la ciencia.

Lo que resta es de mayor trascendencia, porque se trata de la conformidad entre la ley y la conducta. Se dice que el derecho no es científico porque no puede predecir con seguridad el resultado fáctico. Otras ciencias tienen, en cambio, la virtud de asegurar las eventualidades fenoménicas. Un físico o un químico, tienen la certeza de sus cálculos y están en posibilidad de predecir los cambios empíricos.

Aunque esto fuera cierto, que no lo es enteramente, tiene una explicación que atañe, precisamente, a la regularidad. No lo es, porque se olvida que las ciencias físicas y naturales se apoyan en la verificación, de manera que los investigadores de estas ramas, sólo pueden afirmar que algo va a suceder porque siempre ha sucedido. Tampoco lo es en el campo matemático, porque aquí se trabaja con conceptos totalmente arbitrarios, convencionales en su base, por lo mismo que se parte del supuesto

de que algo es lo que de ello se predica; si hubiera necesidad de verificarlo, entonces el principio lógico de la identidad sufriría graves deterioros.

Pero lo importante radica en que ninguna de esas ciencias trabaja, como el derecho, con un factor imponderable por definición: la voluntad humana. Si la regla física sobre el calor de los cuerpos tuviera que contar con la conducta de éstos, entonces sus predicciones serían tan meramente probales como las jurídicas. Se habla en el derecho de circunstancias como vigencia o eficacia, para aludir a la necesidad de cumplimiento de la norma por la conducta del hombre, y se dice que, por una parte, el derecho no puede realizarse forzosamente siempre pues ello le convertiría en ciencia del ser y no del deber ser; y por la otra, se comenta que tampoco puede pensarse en que jamás se cumple, porque entonces no tendría carácter imperativo sino meramente educativo, como acontece con la doctrina, con las opiniones de los estudiosos del derecho, que no son obligatorias sino preceptivas.

La presencia del factor conducta es, pues, tanto la dificultad a salvar como la explicación del incumplimiento normativo. Lo saben los hacedores de las leyes, y por ello buscan sucedáneos, normas de sanción o de coercibilidad, disposiciones que permitan que lo ordenado desde la norma se convierta en realidad social. Pero no siempre es factible la sustitución, como se mira ampliamente en el campo criminal, donde la conducta no querida es la tomada en cuenta para penarla aunque no para restituirla.

a) Si el problema de la regularidad jurídica hace crisis en la verificación de la norma por la conducta, y el legislador sabe que esto va a suceder con cierta frecuencia, entonces la irregularidad se convierte en un capítulo más de la ciencia, lo que implica un estudio tendiente a remediar los defectos.

Pero es sabido que la adecuación entre norma y conducta no es un resultado que dependa enteramente de la voluntad. Desde luego cabe que el sujeto no quiera cumplir, aunque también es factible que no pueda hacerlo. Esta última hipótesis conduce al concepto del hecho imposible que referido a la conducta viene a disponer que nadie está obligado a lo humanamente imposible. Si se supusiera una norma cuyo cumplimiento estuviera fuera de la capacidad material del destinatario, como dar el domicilio del ausente o ignorado, probar un hecho llamado negativo, etc., entonces la norma estaría por su misma hipótesis, condenada al incumplimiento.

Esto muestra que no es suficiente que un código respete los principios constitucionales, sino que es menester que en su técnica no estructure el proceso de manera irrealizable o poco recomendable. Lo último se aprecia cuando el cuerpo legal omite considerar la imprevisión. Vinculado

al concepto de la fuerza obligatoria de los contratos, dice Luis María Ressonico,<sup>596 bis</sup> está el cautivante tema de la imprevisión, que puede plantearse de este modo: cuando un acontecimiento en absoluto imprevisto por ambos contratantes, que excede los límites de la previsión normal y es ajeno a su actividad u omisión, torna sumamente oneroso o gravoso el cumplimiento de una de las prestaciones del contrato, puramente comutativo, con prestaciones sucesivas o de realización diferida, ¿puede a pesar de ello exigir su cumplimiento a todo trance y a cualquier costo el otro contratante? En otros términos, ¿han de mantenerse o deben sufrir una revisión los contratos realizados en épocas normales, si en forma repentina, violenta e imprevisible sobrevienen circunstancias radicalmente diversas de las existentes en el momento de contratar, como el alza o la baja súbita de valores, la desvalorización de la moneda, la inflación, etc., y ello se traduce para uno de los obligados en la excesiva gravosidad de la cumplimentación del contrato?

La imprevisión no es exclusiva del derecho civil, y Ramón Badenes Gasset,<sup>597</sup> investiga el tema en términos generales del acto jurídico, preguntándose si una vez concluido debe permanecer incólume, intangible, inalterable, aunque circunstancias altamente extraordinarias, que no pudieron racionalmente preverse, trastornen la economía de la obligación, convirtiendo la prestación en excesivamente onerosa, o si en virtud de estos acontecimientos sobrevenientes debe llevarse a cabo una revisión. En primer lugar, esta teoría pretendió evitar los abusos que supondría no establecer el equilibrio roto al producirse de un modo brusco, repentino, violento, imprevisible, un acontecimiento sobreveniente que cambiara radicalmente las circunstancias existentes en el momento del acto inicial.

Si en el derecho civil la figura no ha encontrado gran aceptación, y hay legislaciones como la argentina que la omiten, prefiriendo regular otras manifestaciones como la lesión, el enriquecimiento sin causa o el abuso del derecho, las cuales no son enteramente similares, en cambio en el proceso el tema ha desembocado en las causas de justificación.

Así se mira, por ejemplo en el derecho mexicano, cuando el código distrital permite al contumaz intervenir en el proceso si justifica que no lo hizo antes por justa causa. Y la misma idea está en el fondo de las excepciones y pruebas supervenientes, pues si un renglón está compuesto por las que efectivamente surgen con posterioridad, otro lo integran los elementos que se desconocieron hasta esa ocasión procesal.

Pero el acontecimiento imprevisible no es el único que podría acarrear injusticias, se deben recordar también el supuesto del caso fortuito y el de la fuerza mayor. Aunque en la doctrina hay una tendencia a estimar al

<sup>596 bis</sup> *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Bs. As. 1954, pp. 13 y ss.

<sup>597</sup> *El riesgo imprevisible*, Barcelona 1946, pp 16 y ss.

caso fortuito como especie de la imprevisión,<sup>598</sup> lo cierto es que no se trata sólo de un acontecimiento no imputable al deudor porque en la medida de la diligencia requerida no lo podía prever, sino del hecho que, aunque previsible, es inevitable e impide el cumplimiento.

Para que el hecho se repunte como fortuito, dicen Alberto Coustasse del C. y Fernando Iturra A.,<sup>599</sup> es menester que no se encuentre en relación alguna de efecto a causa con la conducta culpable del deudor. En realidad, podría bastar para caracterizarlo, el dato ya mencionado de un hecho, acontecimiento ajeno a la voluntad humana, inevitable e impeditivo del cumplimiento del obligado. Frente a él, cabría hablar de la otra figura: la fuerza mayor, cuya distinción radica en la circunstancia de ser un acontecimiento humano. Pero debe recordarse que conforme al artículo 1462 del código civil mexicano, el deudor ha de responder del caso fortuito cuando así lo haya convenido aceptando esa responsabilidad.

En resumen, el tema de la regularidad del proceso, que implica el cumplimiento de las conductas sucesivas, encadenadas proyectivamente, tiene que atender a los extremos de imposibilidad de cumplimiento, porque tanto el hecho imposible, como el imprevisible, el caso fortuito y la fuerza mayor, pueden distorsionar la serie a pesar de la buena voluntad de los sujetos procesales.

b) La regularidad significa adecuación entre la norma y la realidad por lo que la doctrina penetra en este campo a través de diversos temas, por ejemplo, considerando la teoría de la nulidad, o bien el capítulo de la forma, sin faltar la perspectiva que se ubica en las condiciones.

Pero antes de analizar la anomalía, lo viciado o defectuoso, y antes de considerar el tema de la forma, o el de las condiciones procesales, es necesario establecer el significado de la regularidad.

El proceso viene regulado por una normatividad que le precede. No sería factible hacer un proceso en ausencia de reglas vigentes. Aunque se vaya al proceso privado, al arbitraje que puede sustanciarse por convenio de los interesados: contrayentes y árbitro, y por más que ellos estén en la posibilidad de inventar sus propias reglas de tramitación; lo cierto es que si no lo hacen de antemano, si no acuerdan la manera de operar procesalmente, o no habrá proceso, o éste tendrá que seguirse en los términos y modos que señala la ley positiva.

Pero hablar de regularidad procesal no es sólo mencionar la adecuación, también es exigir un todo completo. Si la ley procesal contuviera tan escaso número de preceptos que sólo consideraran aspectos muy generales, se tendría un vacío que impediría la regularidad a cumplir.

598 G. P. Chironi, *La culpa en el derecho civil moderno*, p 759.

599 El caso fortuito ante el derecho civil, *Santiago de Chile* 1958, pp. 47 ss.

Expresado en otras palabras, resulta que tratándose del proceso, la ley no puede limitarse a un señalamiento de momentos determinantes, sino que además de señalar la naturaleza de los actos, su enlace y sus condiciones, debe contemplar los posibles hiatos, y hasta la misma irregularidad, porque ni puede quedarse en lo meramente normal, ni puede pasar por alto el camino para reingresar en la regularidad.

Así pues, son muy importantes las reglas que tienden a la regularización, pero no pueden suplir las primariamente destinadas a la regularidad. Esta es indispensable, no sólo porque en todo el amplio panorama jurídico se necesita de su seguridad, sino también por cuanto ahora se está frente a una secuencia cuyo desenvolvimiento se hace gradualmente.

En tal virtud, la regularidad procesal tiene una peculiaridad que le distingue de la misma regularidad procedimental. Acá el camino puede ser más o menos programático. En lo administrativo, por ejemplo, es suficiente señalar las conectivas de instancia a proveimiento, y cabe que la ley diga que se concede un recurso de revocación que deberá presentarse por escrito dentro del plazo de diez días, para que sea la misma autoridad quien en uso de facultades implícitas o derivadas de costumbres administrativas, solicite pruebas y conceda plazos para ellas.

En lo procesal, en cambio, la regularidad está vinculada con la naturaleza de la institución. Como se trata de una serie de instancias proyectivas, no sería suficiente atender a uno o varios extremos, sino que es menester considerarlos todos. Así, por la consistencia de la proyectividad, la ley debe estatuir sobre la instancia inicial, el proveimiento jurisdiccional y la instancia de reacción.

Esta trilogía de conductas forma una primera regularidad en el grado. Lo primario y natural es que la ley considere su manifestación en determinado plazo procedimental, en el que las conexiones verifiquen la realización de lo predeterminado. Sea cualquiera el nombre que se elija para significar este momento, lo importante es que se tenga de él una caracterización precisa que entrañe su regularidad.

Las técnicas legales varían después, en lo tocante a las fases. Se trata de los grandes tramos lógicamente adecuados para cierta función procesal. En efecto, observado el proceso desde fuera, se advierte una finalidad general al lado de fines particulares. Dentro de la serie, hay períodos con objetivos distintos que son esos fines especiales, los cuales no afectan la finalidad general. La consistencia lógica, la ineliminable explicación de cada fase, determina una necesaria regularidad para cada período.

A partir de la primera graduación, surge una fase forzosamente destinada a la presentación del conflicto. El objetivo imputado a la actividad de este período fuerza a una estructuración que no es necesariamente igual a la correspondiente a una segunda fase cuyo objetivo será la compro-

bación de las afirmaciones, pero que puede asemajarse a la tercera destinada a la presentación de las conclusiones.

Procesalmente, las fases que integran la serie total son tres. Ningún proceso puede tener más, aunque en cada una los grados puedan variar en número. Hay procesos en que la primera fase tiene sólo un grado: demanda y contestación; pero en otros, los grados aumentan con la réplica y la dúplica. La regularidad de los grados no prejuzga la de las fases.

c) La estructura de las fases varía la regularidad procesal por razones técnicas, las cuales dependen de los fines especiales de cada una. Mientras que en la fase postulatoria no es dable pensar que el demandado comience accionando, puesto que lógicamente el conocimiento del objeto litigioso es una noticia proveniente del actor; en la fase probatoria, cuando el conflicto ha sido sometido al tribunal, es factible que comience probando el dicho demandado, pues no hay, lógicamente, impedimento alguno para que cualquiera de las partes desahogue sus probanzas.

Más aún, si la función lógica de probar tiene como variable independiente una afirmación, es simplemente obvio que cada parte procure dar eficiencia a sus pretensiones, con independencia de que la otra lo haga u omita hacerlo.

En la fase conclusiva, los alegatos que son razonamientos efectuados para demostrar la razón que asiste a cada accionante, pueden ofrecerse simultáneamente. No hay tampoco impedimento lógico para que cada parte concluya de las constancias del expediente; sin embargo, la experiencia parece aconsejar que primero lo haga el actor y que el demandado conteste, refute o contrarreste las conclusiones de aquél.

Por todas estas consideraciones, la regularidad en la fase postulatoria atiende a un instar de proyectividad simple y directa, es decir, de la que va del actor al demandado. Respecto a la fase conclusiva, la proyectividad es aconsejable en el mismo sentido para conservar la congruencia de los silogismos de cada parte. Pero tratándose de la prueba, la proyectividad ha de regularse en estructuras paralelas, por la obvia razón de que el ofrecimiento de cada parte debe ir seguido de la audiencia de la contraria. Además, en esta fase es enteramente indiferente que comience a accionar una parte y no la otra. Ello conduce a una reglamentación diferente que, aparte de prever la proyectividad paralela, disponga sobre el orden de presentación o, al menos, autorice que éste se siga simultánea o indistintamente.

Suelen presentarse hipótesis en que las partes no necesitan probar. La legislación ha de considerar esta posibilidad para reducir el número de las fases, lo que se explica por la necesidad de economizar esfuerzos y hacer más expedita la administración de justicia. Sin embargo, ya no es admisible que se elimine la fase conclusiva, porque si bien existen ejemplos de instituciones arbitrales en que basta la presentación del objeto con-

flictivo, tales manifestaciones vienen a ser procedimientos anómalos y contrarios a la idea procesal.

Si el proceso se realizara con pureza, sin contratiempo ni complicaciones, la estructura trifásica sería suficiente. En la experiencia, sin embargo, se observa que casi no hay proceso puro, que con frecuencia se registran medidas paraprocesales que vienen a influir de alguna manera en el desarrollo normal. De ahí que la regularidad procesal se combine con la atinente a otros procedimientos: cautelares, preparatorios, prejudiciales, etc.

Un cuerpo legal que se limitara a disponer exclusivamente del instar proyectivo, de los grados y las fases, sería a todas luces insuficiente, primero porque olvidaría las cuestiones paraprocesales, y después, porque omitiría disponer sobre las eventualidades o contingencias que se presentan en los procesos casi con carácter de necesidad. Esto es lo que motiva el capitulado de los incidentes y accidentes.

### 127 La condicionalidad.

Ha considerado el legislador que el juez del proceso debe: primero, tomar conocimiento del conflicto; segundo, de las pruebas; y tercero, de los alegatos. Si la cuestión fuere puramente de derecho, se estima que bastan dos fases: postulatoria y conclusiva.

El medio procesalmente idóneo para constituir las fases es la instancia proyectiva, que por abarcar tres conductas: la del actor, la del juez y la del demandado; en cada uno de sus ciclos compone un grado.

Graduar el proceso y dividirlo en fases es normar su regularidad. Pero este cometido resulta sumamente abstracto frente a la experiencia. Se sabe, por enseñanza de la práctica, que la regularidad está amenazada no sólo por la conducta irregular, sino por contingencias imprevistas y hasta por la defectuosa técnica de la ley positiva. Si los últimos extremos son remediabiles a priori, el primero necesita de medios de corrección jurisdiccionalmente aplicables.

Limitada la observación del fenómeno de la irregularidad, al sólo supuesto de la conducta irregular, se puede decir que son tres las hipótesis generales: inexactitud, defecto y exceso en la actividad. Como no se está en supuestos semejantes a los de una mala técnica legislativa que puede y debe ser corregida en la misma sede, es menester facultar al director del proceso, para llevar a cabo la regularización.

Ha de quedar bien claro que la jurisdicción actúa, en primer lugar para alcanzar y mantener la regularidad procesal. El proveer es una conducta originalmente concebida para completar la proyectividad del accionar, y no puede admitirse que el juzgador esté en el proceso de un modo pasivo. Su misión receptora de instancias no excluye la tarea orientadora

propia de la dirección. En puridad, no debiera impedirse que el juez ordenara, por ejemplo, la formación del litisconsorcio, cuando su necesidad surja de las constancias de autos.

Pero en segundo lugar, la jurisdicción ha de tomar la iniciativa de regularizar la serie, no sólo por economía procesal, sino porque en muchos casos, la irregularidad proviene del incumplimiento de condiciones. Es éste el punto que ahora interesa analizar. Para otras situaciones de inexactitud, de exceso o defecto de actividad, la regularización cuenta con medios adecuados; pero tratándose de la condicionalidad, la jurisdicción puede llegar al funcionamiento oficioso.

Para comprender cómo una actividad, principalmente receptiva de instancias, puede llegar al extremo contrario de la oficiosidad, es menester determinar qué es la condicionalidad.

a) Todo un tratado, clásico por su perenne valor científico, fue elaborado por Oskar Von Bülow,<sup>600</sup> para demostrar que la fase romana *in iure* no tenía más finalidad que el establecimiento de la relación procesal. El problema no consistió en una división de la función judicial entre un oficial público y un juez popular. No fue tampoco un fenómeno anómalo, ni tuvo por objeto resolver la cuestión jurídica para determinar el principio adecuado a la litis o para la preparación del material litigioso ante el pretor. La dicotomía descansó en la intrínseca diferencia cualitativa de la materia sujeta a discusión. Se fundó en la contraposición del supuesto de hecho de la relación procesal con el supuesto de hecho de la relación material litigiosa. El contenido de la fase *in iure* se formó con los presupuestos procesales, y en este procedimiento preparatorio quedaban total y en última instancia, resueltos.

Los presupuestos procesales, expresión positiva de las excepciones procesales,<sup>601</sup> eran para Bülow las condiciones previas para la tramitación procesal, elementos constitutivos de la relación jurídica procesal.<sup>602</sup> Los tribunales no se han de limitar a decidir sobre la pretensión jurídica en pleito, sino que deben cerciorarse si concurren las condiciones de existencia del proceso mismo. Este dualismo ha llevado siempre a la división del proceso en dos capítulos; en el sistema romano se conoció la separación de las fases *in iure* y *apud iudicem*; la misma finalidad perseguía el proceso germánico con el debate sobre la obligación de contestar; y otro tanto ha ocurrido con la figura de los *finis de non recevoir* en el procedimiento francés.<sup>603</sup>

600 *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, Bs. As. 1964, Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein, pp. 277 y ss.

601 *Idem*, p. 12.

602 *Idem*, p. 5.

603 *Idem*, p. 7.

Sin embargo, en la mayor parte de los sistemas modernos ya no precede el trámite preparatorio, sino que va junto con el principal, aunque sin confundirse sustancialmente con él.<sup>604</sup> Esta circunstancia, que corresponde a lo que Carlos A. Ayarragaray llamara la inmaculación del proceso, es una solución que no puede eliminarse mientras exista la posibilidad de una constitución procesal anormal o un desarrollo defectuoso. Pero ni histórica ni científicamente puede estimarse que los vicios procesales sean de generación espontánea. Ayarragaray atribuye buena parte de las causas a los enredos del ritualismo, a los formulismos, a las argucias e intrigas del curialismo, cuya orgía retrógrada culminó en el derecho canónico.<sup>605</sup>

La intención de Bülow fue combatir las llamadas excepciones procesales, y en verdad que sentiría honda satisfacción al encontrar que hay códigos, como el judicial panameño, que han suprimido esta figura. El sostenedor de la relación jurídica procesal había advertido, que si bien por medio de ella se determinan facultades y deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal, esta relación no había sido debidamente apreciada ni entendida con claridad. El proceso, explicó, no puede ser referido a las relaciones privadas, porque los derechos y obligaciones que contiene se dan entre funcionarios del Estado y ciudadanos, de manera que pertenece al derecho público, distinguiéndose de otras relaciones en que avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso. La actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación se mueve y transforma, pero del proceso se había visto sólo el aspecto material en su procedimiento. Si se hubiera ahondado en los problemas de la relación, se habría atendido a los requisitos a que se sujeta su nacimiento: qué personas pueden constituirlo, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién está facultado para realizar el acto.

Estos requisitos dirigen la atención a un conjunto de preceptos ligados y atinentes a cuatro cuestiones, a saber: I. La competencia, habilidad e insospechabilidad del tribunal; la habilidad procesal de las partes y la legitimación de sus representantes. II. Las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa. III. La redacción y comunicación de la demanda y la obligación por las cauciones procesales. IV. El orden entre varios procesos.<sup>606</sup>

Son todas ellas, cuestiones que miran a la admisibilidad y condiciones previas para la tramitación del proceso, a diferencia de las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento. Un defecto en aquellas relaciones impedirá surgir el proceso, y en este punto Bülow puso el

604 *Idem*, p. 7.

605 *El principio de la inmaculación en el proceso*, p. 39.

606 *Op. cit.*, pp. 1 a 5.

mayor énfasis, porque es la base de su doctrina; idea que no era tenida muy en cuenta en su tiempo y que tampoco parece haber prosperado después, y respecto de la cual propone el nombre de presupuestos procesales.<sup>607</sup>

Con el grupo de los presupuestos procesales, se añade a la relación litigiosa sustancial, la **merita causae**, una materia de debate más amplia y particular. El tribunal no sólo ha de decidir sobre la existencia de la pretensión en pleito, sino que para poder hacerlo, debe cerciorarse si concurren las condiciones de existencia del proceso mismo. Además de la **res in iudicium deducta**, tiene que comprobar si se da el **iudicium**, el supuesto de la relación procesal.

Este dualismo ha llevado siempre a una división del proceso en dos capítulos, uno dedicado a la investigación de la relación material, y el otro el examen de los presupuestos procesales. Como materia del procedimiento previo, los presupuestos procesales entran en relación con el acto final del mismo que consiste en una **litis contestatio** o una **absolutio ab instantia**, donde se rechaza la demanda por inadmisibile, la romana **dnegatio actionis**. Son el resultado de un examen de la relación procesal, así como la **condemnatio** o **absolutio ab actione** lo son de la investigación sobre la relación litigiosa material. Litiscontestación y rechazamiento son la respuesta al estudio de la existencia de la relación procesal, de modo que el análisis de los presupuestos procesales permite resolver si la incumbencia de las alegaciones y las pruebas es del actor o del demandado en el proceso preparatorio.

Cada parte debe contribuir al fundamento de la convicción del juez. En la contienda se distribuyen por igual las ventajas y desventajas, y respecto al litigio material, el principio ha llevado a una precisa separación entre demanda y excepción y entre hechos constitutivos, impeditivos y extintivos. Es necesario, también, dividir el supuesto de hecho de la relación procesal, para investigar qué hechos de los presupuestos son constitutivos y cuáles impeditivos.

Tan pronto como la falta de un presupuesto es denunciada o confirmada al principio del procedimiento, éste se malogra; pero si el proceso sigue y llega hasta su fin, será indispensable conocer cuáles de esos presupuestos dan lugar a una **impedimenta dirimentia** y cuáles son sólo **impedientia**.<sup>608</sup>

Las disposiciones referentes al tribunal, a las partes y sus representantes, al objeto del proceso, a las cauciones y a la prelación de procesos, suelen tratarse mezcladas con otras cosas varias que no son requisitos de realización del proceso, como los deberes generales del tribunal y de las partes, la demanda por daños y perjuicios contra el juez incum-

607 Página 6.

608 Op. cit., pp. 7 a 9.

plido, los secretarios, las costas, la legitimación sustancial, la determinación del tiempo en el juicio, la intervención y demás. Su finalidad concordante con la de los presupuestos, su función común, su estrecha relación con el preparatorio, con la litiscontestación y el rechazamiento de la demanda, no han sido discutidos; por esto se le ha relegado al estudio de la teoría de la contestación a la demanda, con el pobre ropaje de las excepciones dilatorias, disfraz del que deben ser librados los presupuestos.

La opinión dominante, señaló Bülow, distinguía entre las excepciones dilatorias, a un grupo que se refería a la pretensión misma,<sup>609</sup> y las restantes que concernían a la forma de su ejercicio.<sup>610</sup> Sólo éstas tomaban su contenido del derecho procesal. Las primeras eran semejantes a las excepciones perentorias de naturaleza material, por lo que a las últimas se les denominaba excepciones procesales, declinatorias, desviadoras u objeciones.

Precisamente los presupuestos procesales venían a proveer la materia de las excepciones procesales, aunque expresados negativamente en estos rubros: I. Referentes a las personas del proceso: excepción del foro incompetente, de la prevención, del juez inhábil o sospechoso; excepción de falta de personalidad para estar en el juicio; excepción procuratoria o de falta de legitimación para el proceso, de falta de tutor o de síndico. II. Correspondientes a la materia del proceso en sí: excepción de proceso no formado ritualmente. III. Concernientes a la proposición de la demanda, a su comunicación y a la prestación de cauciones: excepción de libelo oscuro o inepto, de plazo demasiado escaso, de lugar inseguro, de la caución que debe prestarse por las costas o la reconvencción. IV. Relativas al orden consecutivo de los procesos: excepción prejudicial, de conexión de causas, de intempestividad,<sup>611</sup> etc.

La doctrina, sostuvo Bülow, no hablaba de una diferencia entre hechos constitutivos e impeditivos del proceso, sólo conocía los últimos, pues los primeros se confundían con los supuestos de hecho de la relación material, de modo que no hubo reticencia para contar entre las excepciones hasta a la negativa de un hecho constitutivo. Se llegó a aceptar que tales excepciones procesales podían ser consideradas de oficio, y sin alegación del demandado, que no siempre debían ser probadas por él, que aún sin ser sometido a conocimiento del tribunal, el supuesto de hecho que les correspondía, podían llevar a la nulidad irremediable del procedimiento, siendo suficiente que alguno les alegara por su nombre tradicional.

Es decir, objeciones que no requieren en absoluto ser esgrimidas, y si el demandado se toma la molestia de aducirlas, no precisan ser funda-

609 *Exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, non adimpleti contractus, excussionis.*

610 *modus procedendi.*

611 Y todavía la doctrina solía citar no menos de cien excepciones perentorias y sesenta y cuatro dilatorias, sin incluir las llamadas *exceptiones romanas*, cfr. p. 23, nota 8.

das ni probadas por él, sino que son a manera de un grito de exhortación al juez para que no olvide observar el deber que le es conocido y cuyo cumplimiento le está impuesto; y se llegó a hablar de excepciones que puede oponer el actor contra el demandado, por ejemplo la *exceptio deficientis legitimaciones ad processum passivae* y la *exceptio procuratoria* para cuando el personero del demandado no tuviere poder. Y esto teoría, que no puede llamarse feliz, se ha mantenido inmutable, oscureciendo la verdadera materia de los presupuestos procesales, que es la peor consecuencia. Se trata, pues, de un concepto falso y viciado que oculta la parte importante del derecho procesal y que obstaculiza su desenvolvimiento.

Una diferencia entre hechos procesales constitutivos, impeditivos y extintivos, sería imposible, dijo Bülow, mientras se conocieran únicamente los últimos. Las excepciones procesales se habían mantenido en las nuevas legislaciones y su eliminación sólo podía conseguirse recorriendo el camino por el que vinieron las modificaciones que en buena parte había sufrido la teoría de las excepciones, retornando a las fuentes de las que derivaron esas excepciones, esto es, por un examen imparcial de la tradición jurídico romana. Todo el sistema de las excepciones procesales había surgido de malas interpretaciones de este derecho, donde ellas no existían, sino para la relación litigiosa.

b) La obra capital de Bülow se destinó en buena parte a la reseña dogmática histórica, puesto que la teoría de las excepciones procesales fue tomada exclusivamente del derecho romano, con una interpretación equivocada por la influencia negativa de los resultados. El derecho moderno no tuvo un concepto adecuado de la *exceptio* romana y las equivocaciones llevaron a un desmedido desarrollo de la idea de excepción, olvidando el concepto de los presupuestos, que son los simples hechos de su origen. Se recurrió a las fuentes romanas y se enmarañaron con las prescripciones germánicas sobre la obligación de contestar. Los glosadores creyeron encontrar en los códigos justinianos excepciones dilatorias procesales que distinguieron de las dilatorias materiales. Y los romanistas de los siglos XII al XV desarrollaron la teoría con gran prolijidad.

No es ahora el momento de seguir el pensamiento y la investigación de Bülow sobre las excepciones procesales, porque su lugar vendrá posteriormente al tratar de las posibles actitudes del demandado. En cambio, interesa dejar establecido que por virtud de sus análisis, quedó fundada la teoría de los presupuestos procesales, aspecto que llamó positivo de las supuestas excepciones, a las que calificó de aspecto negativo.

En resumen, la índole material de todas las llamadas excepciones procesales, permitió a Bülow equiparar, por el resultado absolutorio para el demandado, tanto a la defensa de prescripción o demanda no presentada dentro del plazo legal, como a la excusión o a la división que también

persiguen la finalidad de obligar al actor a entablar distinta demanda. El punto oscuro o discutible en esta teoría, radicó en la índole de la sentencia que se dictaba. Por una parte, el autor sostuvo que al no tratarse de un defecto o improcedencia del proceso, la litiscontestación no había tenido lugar y el actor no había sido rechazado por sentencia firme. Pero luego, <sup>612</sup> indicó que en el caso de pedir una cosa por otra, debía tener lugar una simple **absolutio ab instantia**, que evidentemente era un sobreseimiento. Así, acontecía que una excepción material llevaba a un impedimento de sentenciar: el reivindicante no era oído porque no había deducido la petición de herencia, y a esto le llamó naturaleza sustancial de fallo, <sup>613</sup> O hubo fallo sobre el fondo y caso juzgado, o hubo sobreseimiento sin fallo. La solución debió buscarse por la diferencia entre atendibilidad y concedibilidad: la pretensión no era siquiera atendible, pero la instancia no dejó de ser admitida.

Así pues, Bülow entendió que ninguna de las llamadas excepciones procesales o dilatorias, se dirigían contra la forma de la demanda o del proceso. Lo único procesal era la manera en que se hacía valer en juicio. Tanto como la perentoria, la dilatoria era un defecto inherente al derecho reclamado, una limitación. Las perentorias eran limitación permanente, y las dilatorias eran temporales. <sup>614</sup>

Siempre que se hablaba de excepciones procesales, se consideraba que su única finalidad era prevenir contra procesos que infringían las normas procesales. La **exceptio** no causaba la **absolutio ab actione** sino la **absolutio ab instantia**, el rechazamiento de la demanda por inadmisibile. Esta institución tuvo en el derecho romano amplia aplicación con el nombre de **denegatio actionis** que era decretada **in limine iudicii**; era una denegación del **magistratus** al pedido de proceso por el actor, sin adelantar la resolución de fondo. <sup>615</sup>

El problema se relaciona íntimamente con la cuestión de la causa y significado de la división del procedimiento en dos partes: **in jure** e **in iudicio**. Pero no se trata de investigar, dice Bülow, <sup>616</sup> las razones políticas por las que los romanos habían dividido la función judicial entre **magistratus** y **judices**, sino cómo la habían distribuido. El autor prescindió de las versiones que afirmaban que el procedimiento **in jure** había servido para resolver la cuestión jurídica, el principio adecuado a la litis o la preparación del material litigios, mientras que el procedimiento **in iudicio** atendería al problema de hecho, a la averiguación de la verdad real. Son, dijo, errores que se refutan con sólo ver mejor la fórmula romana.

612 P. 226, nota 128.

613 Página 228.

614 Página 257.

615 Página 267.

616 Página 278.

Además del otorgamiento, de la fórmula, había muchas otras cosas que cuidar **in jure**. Este procedimiento encerraba una contraposición cualitativa de la materia que en él recibía resolución definitiva. La dicotomía se fundó en la contraposición del supuesto de hecho de la relación con el supuesto de hecho del litigio. La primera mitad, o sean los presupuestos procesales, formaba el contenido exclusivo del procedimiento preparatorio **in jure**, y ahí quedaba total y en última instancia resuelto. Al **judicio** quedaba la discusión y resolución sobre el litigio.<sup>617</sup>

Ni un solo presupuesto procesal fue probado y resuelto **in judicio** en el derecho romano, todos pertenecieron al procedimiento **in jure**. Ahí fueron tratados, discutidos, probados y resueltos definitivamente. De la naturaleza absoluta o relativa de la regla procesal, dependió la congñición de oficio o reservada a las partes para la objeción oportuna. De oficio se consideraron, por ejemplo, la competencia del **magistratus**, la habilidad del juez, la habilidad procesal y de postulación de las partes, la procedencia del debate judicial civil, el examen de la forma de la demanda por cuanto toda desviación requería el acuerdo libre y judicial de las dos partes, así como el momento del proceso. Por oposición se examinaba la imparcialidad del **judex** y la obligación de prestar fianza; por lo común y a pedido del demandado, ante la posibilidad de una **prorrogatorio fori**, también se debatía sobre la competencia del tribunal; y la designación precisa del objeto litigioso perteneció a la forma de la demanda, pues si estos requisitos debían ser cuidados espontáneamente por el **magistratus**, las partes podían también protestar contra un modo de anunciación indeterminada o ambigua.<sup>618</sup>

Después de esto, se admitía el proceso<sup>619</sup> o se decretaba que el proceso no estaba en condición de iniciarse como había sido intentado, ni el reo tenía obligación de someterse a él.<sup>620</sup> El procedimiento preparatorio adquirió un contenido concluyente en todo sentido. Ni se trataba de determinar los puntos litigiosos, ni únicamente de la fórmula correspondiente a la demanda. Se buscaba la **constitutio iudicii**, la determinación en todos sus aspectos de la relación procesal. Por este principio se entendió que la división se mantuviera subsistente, mucho después de que el proceso formulario y la institución del juez privado habían desaparecido.

Su importancia fue universal y todo sistema procesal es impulsado hacia el mismo con ciertas modificaciones. La litiscontestación no estribaba en una discusión superficial ni en un acuerdo privado de las partes, era el resultado de un debate completo y la decisión acabada de un complejo de cuestiones que no volverían a discutirse por segunda vez.

617 Página 280.

618 Página 284, nota 45.

619 *actionis datio, constitutio iudicii, o litiscontestatio.*

620 *Denegare actionem, iudicium accipere non cogi.*

Era el momento de hacer constar la relación de derecho público, que llegaba a su constitución y término irrevocable, destinada a contener en sí la relación litigiosa privada, para hacerla surgir en un estadio más firme y útil o para reducirla a la nada.<sup>621</sup>

Al pasar al derecho actual, Bülow estudió la posibilidad de mantener un producto de errónea vinculación romana, pero unánimemente abonado por la teoría, la práctica y las legislaciones modernas. La subsistencia de las excepciones procesales sólo podría justificarse si las normas que se habían formado con motivo de los presupuestos procesales fueran armónicas con el punto de vista de las excepciones.

El concepto de las excepciones procesales para el derecho actual, dijo Bülow, no era sino un esquema vacío, proveniente de equivocaciones y conducente a extravíos. Excepción no es lo que el demandado puede alegar frente a la demanda, es el medio de descomposición de los supuestos; pero este concepto no presta más utilidad a las excepciones procesales que el de *exceptio* romana. El tribunal ya no toma la actitud pasiva del viejo procedimiento, ya no es mero espectador o guardián de la lucha, y no son sólo las partes quienes pueden tachar la contravenciones procesales.<sup>622</sup>

La validez de la relación procesal es cuestión que no puede quedar librada en su totalidad a la disposición de las partes. Así, no está permitido entablar una demanda que no indique la relación jurídica que se alega; el proceso tramitado ante una autoridad no judicial o ante un tribunal incompetente o no prorrogado, o por una parte inhábil para actuar o por medio de representante no legitimado, o respecto de un derecho que no es privado, es nulo e inútil. El demandado puede admitirlo o no, mas el tribunal no tiene que esperar a que el reo acuse el defecto. Y no es que actúe en un rastreo policial, porque el tribunal ha de estar a lo que las partes expongan, pero a ese material se ha de aplicar de oficio la norma procesal y examinar si el actor ha llenado las condiciones de la relación.

Tanto respecto al litigio como al proceso, el juez niega su aprobación si el actor no suministra los puntos de apoyo suficientes para considerar fundados los elementos de la demanda. El demandado puede sacar a luz los defectos excepcionales ocultos, pues la relación procesal no se lleva a cabo fuera del tribunal como sucede con la sustancial. Si aún se quiere permanecer aferrado a la teoría de las excepciones procesales, sólo queda elegir entre ampliar el concepto o todo lo que ocasionalmente diga el demandado en vez de restringirlo a lo que debe decir y probar. o afirmar que no se da validez a las disposiciones procesales, ni nulidad

621 Página 287.

622 Página 291.

procesal a causa de la transgresión del derecho procesal; es decir, se estará ante un proceso contractual puro.<sup>623</sup>

La vinculación de probar es consecuencia de la obligación de alegar. Si las excepciones son afirmaciones del reo, en caso de contradicción ha de producir su prueba. No se podría, entonces, exigir del actor la prueba de un presupuesto procesal. Si el actor demanda ante el fuero del domicilio, no necesita probar que el reo vive en el distrito del tribunal, pues estaría a cargo del demandado la demostración de su negativa. Esto no se ha permitido todavía. Si se hubieran contemplado los presupuestos procesales desde el punto de vista de las excepciones y tenido en cuenta la regla absoluta **reus in exceptione probare debet**, se habría resuelto el problema de la vinculación de la prueba. Los hechos de los presupuestos procesales se encuentran también, en parte, a cargo del actor, y en parte del demandado, cuestión que ha de resolverse para cada presupuesto y después de investigar las teorías de la competencia, los poderes del tribunal, de la legitimación procesal, de los requisitos, del objeto litigioso, etcétera. En todo caso, basta que el legislador hable de presupuestos procesales en vez de excepciones procesales impeditivas, para que se abandone finalmente la inadecuada idea de una incompleta enunciación de los vicios procesales.<sup>624</sup>

c) En los tratados modernos se sigue hablando de las excepciones procesales como si las investigaciones de Bülow no hubieran existido. Sin embargo, en el derecho alemán se distingue entre objeciones como negativas del derecho y excepciones que tienden a anularlo.

De todas maneras, la obra de Bülow significó la base de todos los sistemas y el comienzo de la ciencia procesal.<sup>625</sup> Pero admitida la noción de presupuestos procesales, la doctrina hubo de distinguir entre los necesarios para una sentencia de fondo y se habló de presupuestos de la decisión sobre el mérito (el juicio).<sup>626</sup> Entonces, las excepciones quedaron como las razones que requieren alegación de parte y los presupuestos como circunstancias anteriores a la decisión, sin las cuales el juez no puede desempeñar su función eficazmente. Como tales presupuestos, Couture menciona tres: la proposición de la demanda judicial, un órgano dotado de jurisdicción y partes que se presenten como sujetos de derecho. Cumplido el mínimo, el pronunciamiento es necesario en cualquier sentido. En caso de ausencia de los presupuestos no se realizan actos sino hechos jurídicos; pero el juicio se desenvuelve con actos y no con hechos.

Los presupuestos para la validez del juicio no atañen a su existencia sino a su eficacia, y por tanto no obstan a la relación procesal que

623 Página 294.

624 Página 302.

625 Couture. *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 47 y ss.

626 James Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, p. 15.

posteriormente puede anularse: por defectos que suponen su existencia y que son eficaces hasta su anulación. El pronunciamiento judicial es procedente aunque mande subsanar los actos nulos, o declare la incompetencia, o rehaga la demanda.

En tal virtud, Couture concluye afirmando que la relación entre presupuestos procesales y excepciones es la de un medio legal de denunciar al juez la ausencia de los primeros, según se mira en todos los códigos; pero no es una relación constante, porque los presupuestos no necesitan excepción y pueden hacerse valer de oficio, además existen numerosas excepciones que no son denuncia de ausencia de presupuestos, como la de arraigo. De ahí que al considerar la clasificación de las excepciones, las distinga en dilatorias, perentorias y mixtas, siendo las primeras de finalidad postergatoria de la contestación, de tipo procesal y alegadas *in limine litis*, tendientes a depurar los errores que obstan a la decisión, a evitar el proceso inútil,<sup>627</sup> a impedir el juicio nulo,<sup>628</sup> o asegurar el resultado.<sup>629 630</sup>

En la misma Alemania, Leo Rosenberg<sup>631</sup> sistematiza las excepciones dilatorias al lado de los presupuestos e impedimentos procesales. Las condiciones que determinan la admisibilidad de un procedimiento son, o bien las que deben existir, o las que no deben existir para que sea admisible. Si se observan de oficio se denominan presupuestos procesales, si su consideración necesita una reclamación del demandado, se llaman impedimentos. Son de oficio la competencia, la capacidad de ser parte y la procesal como positivos; la pendencia del objeto litigioso o la del caso juzgado como negativos.

Presupuestos e impedimentos son, por tanto, las circunstancias de las que depende que sea admisible en su totalidad el procedimiento dirigido a una resolución de fondo, ya respecto a todo el objeto litigioso, a una parte de él, o a un único fundamento de la demanda.

Estos presupuestos e impedimentos deben distinguirse de los atinentes a la admisibilidad de los actos procesales particulares, de las partes o judiciales, y de las etapas procesales, la denuncia del litigio, la intervención por adhesión, la citación para audiencia, etcétera; como también de la admisibilidad de la sentencia o los de procedencia de un recurso o resolución sobre el mismo; pues los procesales son condiciones de admisibilidad de todo el proceso, tanto de la demanda, de la sentencia sobre la causa, como del debate oral y de la recepción de la prueba, que no ten-

627 Litispendencia.

628 Incompetencia falta de capacidad o personería.

629 Arraigo.

630 Página 54.

631 *Tratado de derecho procesal civil*, Trad. Angela Romero Vega, supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin, Bs. As. 1955, T. II, pp. 44 y ss.

drían lugar a falta de los presupuestos del proceso, y quedarían sin objeto cuando se produjera la falla en el transcurso del procedimiento.

Por ello no se limitan a las exigencias de la presentación de la demanda, ni se agotan como presupuestos de sentencia definitiva, pues son también presupuestos del debate sobre el fondo. Si sólo faltan los presupuestos de un acto, en especial de una sentencia, si se han violado los preceptos sobre publicidad u oralidad, o de la composición legal del tribunal, el pronunciamiento es impugnabile para ser revocado con devolución al inferior para su perfeccionamiento, mientras que el defecto de un presupuesto procesal no conduce a la sola revocación de la sentencia, sino también a rechazar la demanda por improcedente. Si el recurso es inadmisibile se desechará por improcedente, y se mantendrá la sentencia de la instancia inferior, llegando al caso juzgado si fenece el plazo para recurrir. La misma demanda tampoco es presupuesto de admisibilidat del proceso, pues si lo funda no lo hace procedente; pero lo es la regularidad de la presentación de ella en tanto puede existir un defecto del contenido del escrito o respecto al poder de representación de las partes, o de la capacidad de postulación del actor; ya que entonces se llegara a una sentencia procesal que rechazará la demanda por improcedente. Sin embargo, si el proceso ha comenzado en forma regular, el defecto de poder o de capacidad de postulación del actor; ya que entonces se llegará a una sentencia, sino que puede dictarse sentencia en contumacia o resolución según el estado de los autos.

Por ende, Rosenberg conserva el nombre de presupuestos procesales para los que atañen a la totalidad de la admisibilidat del proceso. Pero no debe concluirse que sin uno de estos presupuestos no pueda existir el proceso. Esa fue la opinión de Bülow, al definirlos como las condiciones previas para el nacimiento de toda relación procesal, o condiciones de existencia legal de la relación de derecho procesal, equiparada a las exigencias para fundar una relación de derecho privado; pero los presupuestos no lo son del proceso en el sentido de que sin ellos no sea posible proceso alguno, sino que son objeto de examen y resolución en el proceso, suponiendo entonces su existencia. También la demanda de un inhábil procesal o contra un exento de jurisdicción, o a pesar de la improcedencia de la vía, o ante tribunal incompetente, funda el proceso y produce litispendencia, haciendo necesario un debate y resolución por la que será rechazada la demanda. No son, pues, presupuestos de existencia, sino de admisibilidat del proceso.

Tampoco la admisibilidat significa validez; puede darse la invalidez sólo de los actos. Pero hay presupuestos procesales que al mismo tiempo son presupuestos de validez de los actos, como la habilidad para ser parte o la procesal y la del representante. Sin embargo, hay otros como la procedencia de la vía, la competencia del tribunal y la facultad de ges-

tión procesal, cuyo defecto no pone en duda la eficacia del acto. Hay presupuestos que hacen ineficaz o nula la sentencia, como la carencia de competencia en el tribunal especial o la inexistencia de una parte, o la exención de jurisdicción; y los hay cuyo defecto hace anulable el fallo. Por lo regular, el defecto de un presupuesto procesal no lleva sino a la impugnabilidad del procedimiento, y aún esto no siempre, como sucede con la competencia territorial.

En consecuencia, los presupuestos procesales conciernen al contenido del escrito de demanda, al tribunal, a las partes, al objeto litigioso o a un fundamento de la demanda sobre el mismo, y al procedimiento elegido. En cambio, los impedimentos son enumerados taxativamente por la ley, como en la excepción de compromiso ante tribunal arbitral, la de falta de caución para responder por el pago de costas, o la del pago mismos de éstas. Si existen todos los presupuestos y faltan todos los impedimentos, el tribunal debe tratar y resolver sobre el fondo de la controversia. Tan pronto se afirme la inadmisibilidad del procedimiento, el tribunal no puede intervenir en el debate sobre el fondo sino ordenar el debate separado sobre la cuestión particular.

Los impedimentos no se tendrán en cuenta de oficio, sino cuando el demandado los alegue y sostenga, cuando pruebe sus fundamentos en caso de disputa, en la inteligencia de que puede renunciar a ellos y se pierden si no se alegan en tiempo. De cualquier modo, en la legislación alemana, el momento para decidir sobre la falta de presupuestos o la existencia de impedimentos es el de la sentencia, o más exactamente, el del último debate sobre hechos, y por lo mismo, es suficiente que hasta entonces se produzcan los presupuestos, por ejemplo, que se convierta en competente el tribunal; o que antes de ese momento haya desaparecido el impedimento, como sucedería si entre tanto se pronuncia el laudo arbitral o ya no se está obligado a la caución. Así pues, contra lo sostenido por Bülow, no es necesario ni suficiente que exista el presupuesto y falte el impedimento al momento de la presentación de la demanda y sólo entonces, sino en el último debate oral.

La desaparición de algún presupuesto procesal durante el proceso, conduce a la interrupción o suspensión del procedimiento. Ello no determina ni el momento ni el orden en que deben examinarse, pues algunos, como la regularidad de la demanda o la competencia, han de examinarse **in limine**, después ha de estudiarse la litispendencia o la autoridad del caso juzgado, la jurisdicción nacional sobre el demandado, la existencia de las partes, la capacidad para ser parte y la procesal o la representación, antes que la facultad de gestión procesal y después los impedimentos, continuando con la admisibilidad del procedimiento elegido, y finalmente la necesidad de tutela jurídica, en particular el interés en la decisión que ya forma parte del examen de fondo de la controversia.

Rosenberg entiende que las excepciones dilatorias enumeradas taxativamente por la ley, son todos los impedimentos procesales y la falta de algunos presupuestos, en tanto se aleguen por el demandado, en particular la falta de competencia y la de procedencia de la vía, la litispendencia y la falta de capacidad para ser parte, de la habilidad procesal y de la representación legal.

d) Parte de la confusión que existe sobre esta materia, ha de atribuirse a las legislaciones positivas. Las más de las afirmaciones de Couture, Calamandrei o Rosenberg, son resultado del examen de códigos y jurisprudencia de sus respectivos países y de la legislación, comparada, olvidando que el fundador del concepto de presupuestos procesales, como lo denomina Rosenberg,<sup>632</sup> había remarcado que el nombre dado por un título o un artículo legales, no ha de tenerse en cuenta de modo tan decisivo para resolver casos dudosos, ni una regla incontestable o inconvencional.

Es un error deducir de los preceptos vigentes los principios teóricos, lo procedente es lo contrario: atender la legislación desde la perspectiva de la ciencia. Ninguna de las teorías sobre la materia ofrecería datos suficientes para explicar la naturaleza de una regla como la del artículo 17 del código federal mexicano de procedimientos civiles, que califica de nulo de pleno derecho lo actuado por tribunal declarado incompetente, salva disposición contraria de la ley, y que agrega dos normas particulares: si la incompetencia es sobrevenida, la nulidad sólo opera a partir del momento en que se presente; y si no obstante la nulidad, las partes convienen en reconocer la validez de todas o de algunas actuaciones, será eficaz lo realizado por tribunal declarado incompetente.

Impedimento no lo hay, según lo entiende Rosenberg; pero tampoco se trata de un presupuesto procesal, ya que si bien del artículo 14 se infiere que el tribunal ha de declarar de oficio su incompetencia, las partes pueden alegarla y aún reconocer la validez de lo actuado.

Aparte de la competencia, se incluye entre los presupuestos, generalmente, a la habilidad, llamada capacidad con un significado tan brumoso como antiguo y tan discutido como las excepciones procesales. Baste para el caso, recordar que según Carnelutti<sup>633</sup> la capacidad es una cualidad de la persona, una forma de ser con independencia de su posición en la sociedad; de manera que la persona con cualidades para determinar el efecto de un acto es capaz respecto al mismo. Si el efecto no depende de las cualidades personales sino de las sociales, entonces habrá que hablar de hipo o hipercapacidad.

La capacidad es, entonces, un concepto relativo. No hay capacidad absoluta para todos los actos; se debe hablar de capaces e incapaces pa-

632 Op. cit., T. II, p. 47.

633 Sistema, T. III, pp. 154 y ss.

ra determinado acto; el menor es incapaz para vender pero no para contraer matrimonio. La ley regula la capacidad por grupos de actos. Para la mayor certeza de las relaciones jurídicas, en ocasiones se provee el accertamiento de cualidades de una persona, atribuyéndole, si las posee, una determinada posición, y de ese modo se alcanzan los fines perseguidos por la capacidad, sustituyéndola por la legitimación.

Así, la interdicción y la inhabilitación no son cualidades sino posiciones de la persona, atribuidas en vista de ciertas cualidades suyas; de manera que el concepto de legitimación viene a absorber la institución de la capacidad.

Pues bien, ese término de la capacidad, que Carnelutti sustituye con el de legitimación sin mayores ventajas y sí con superiores inconvenientes, pues la **legitimatio ad processum** tiene escasa relación con la **legitimatio ad causam**, ya que la primera mira a la habilidad para actuar y la segunda a la titularidad del derecho discutido; bien puede limitarse a significar el hecho, en tanto que respecto al derecho cabe hablar de habilidad. Así, es un hecho que la persona exista, pero que no pueda disponer de sus títulos por ser menor, es una norma, una regla que la inhabilita. Que en su lugar pueda hacerlo un tutor es, precisamente, el fenómeno o figura de la legitimación. Por ello, cabe discutir la habilidad del legitimado, como su legitimación o la titularidad de la relación litigiosa. Que el actor no pueda ser legitimado por falta de habilidad es diferente a que no esté realmente legitimado y distinto a que el derecho que pretende pertenezca o no al inhábil. La resolución que excluye al legitimado en nada prejuzga sobre el derecho del inhábil, pero la sentencia que obtiene el legitimado perjudica o beneficia al inhábil.

En consecuencia, lo importante en este campo terminológico, es que pese a los argumentos de Bülow, la doctrina ha continuado hablando de excepciones procesales, y más particularmente de las dilatorias. No han faltado autores que como Couture,<sup>634</sup> hablen de excepciones mixtas para aludir a las perentorias deducidas en forma de artículo previo, ejemplificando el caso con el tipo de la cosa juzgada; con total olvido de que Bülow afirmó que se trataba de un término equivocado, pues se comprende que toda excepción o es puramente perentoria o simplemente dilatoria. La idea de una excepción mixta, agregó, es el público reconocimiento de que no está clara la distinción entre los dos conceptos.<sup>635</sup>

A Bülow se le reconoce haber expuesto la teoría del proceso como relación jurídica, el haber descubierto los presupuestos procesales y el haber combatido la idea de las excepciones procesales. Sin embargo, ninguna de sus aportaciones logró sobrevivir en su prístina pureza. La tesis de la relación encontró desenvolvimientos contradictorios y fue atacada fi-

634 *Fundamentos*. p. 57.

635 *Op. cit.*, p. 258, nota 13.

nalmente por Goldschmidt, creador de la tesis del proceso como situación. Los presupuestos han sido explicados de tan diversos modos, que actualmente no tienen la función que les asignara su autor. Y las excepciones continúan siendo tratadas como si nada definitivo hubiera sido argumentado en su contra. Tal vez el primer culpable de todo esto fuera el mismo autor, más interesado en la historia que en la sistematización conceptual.

Pero nada de todo ello es obstáculo para penetrar en el fondo de su teoría y rescatar lo impercedero de sus análisis. Desde luego, la tesis de que el proceso sólo puede tener eficacia si se reúnen ciertos presupuestos que son los hechos que le constituyen, está necesitada de una depuración radical. Sin tener que partir de la definición del proceso, es indudable que el avance gradual no es lo mismo que el conjunto de factores que establecen válidamente lo que Bülow llamó relación jurídica pública.

A diferencia de las figuras estáticas, el proceso pertenece al sector de las manifestaciones dinámicas del derecho. Una forma estática ofrece similitud entre sus factores constitutivos y sus elementos esenciales. El convenio, típica expresión estática, requiere para su existencia del consentimiento, y del objeto que pueda ser su materia. La esencia del mismo es, pues, el acuerdo de voluntades para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones. Son éstas su material y es aquél la declaración del consentimiento.

Pues bien, el acto constitutivo del convenio es al mismo tiempo el determinante de sus elementos. El conjunto de obligaciones de la compraventa es la esencia del convenio, nacido al constituir el acuerdo y el objeto. Si después se mira a la eficiencia del pacto, se vuelve a considerar el conjunto de requisitos de validez. La habilidad legal, la ausencia de vicios de consentimiento, su licitud y su manifestación formal, al constituir su validez dan su eficiencia.

Otro es el caso del proceso, porque el constituirlo no es igual que el desarrollarlo. El convenio legalmente constituido, permanece vivo, como fue creado, sus consecuencias no son expresiones dinámicas, sino resultados que le son atribuidos desde fuera. El pago, por ejemplo, no es consecuencia sino cumplimiento, realización, manera de materializar lo que conceptualmente se dispuso. Pero la rescisión es una consecuencia, en tanto resulta de circunstancias posteriores que eventualmente se invarían con el contrato.

En cambio, presentación de la demanda, competencia del juzgador, existencia de partes legítimas y procedimiento adecuado, son, todo lo más, factores para establecer la relación procesal. Pero de ahí no se sigue la naturaleza del proceso. Este se encuentra propiciado y hace falta darle vida, desenvolverlo, efectuarlo realmente.

Si falta alguno de los factores, los presupuestos, dice Bülow,<sup>636</sup> se expresan negativamente, significando con ello que se impide el momento constitutivo. Nada más, pero tampoco nada menos, porque si en el curso del desarrollo, o al final del mismo, se advirtiera la omisión, tendría que concluirse que no ha habido proceso eficaz.

e) Parece indispensable distinguir, por tanto, entre factores de constitución y elementos de integración.

La constitución mira exclusivamente a la base, al sedimento llamado relación jurídica por Bülow, o situación jurídica por Goldschmidt. Se trata de las condiciones *sine qua non* del proceso. Todo lo que se realice en ausencia de alguno de los factores constitutivos será inútil. El proceso ante funcionario incompetente por total carencia de funciones jurisdiccionales, no tendrá sentido jamás. Todos los mandamientos, órdenes, providencias o autos dictados para citar o emplazar a los agentes diplomáticos de naciones extranjeras, debidamente acreditados ante un gobierno nacional serían absolutamente nulos según ciertas legislaciones, como la panameña. Una demanda de juicio sumario que no se refiera a alguna de las cuestiones que menciona el artículo 430 del código distrital mexicano, será rechazada. Una demanda contra sí mismo, como la que Bülow ejemplifica, ridiculizando la regla de la prejudicialidad general, indicando que para evitar la suspensión del proceso si el reo cuestionaba la condición de libre del actor, el acreedor tendría que iniciar contra sí un proceso autónomo relativo a su estado,<sup>637</sup> no tiene cabida en la sistemática procesal.

Pero la tesis de Bülow exagera el número de condiciones de constitución, y de ahí que la doctrina posterior se haya visto precisada a distinguir entre las que hacen posible la relación y las que atañen a la sentencia favorable. Bülow tenía razón al sostener que todas la excepción del derecho romano eran sustantivas; pero no tuvo fortuna al afirmar que tampoco en el derecho moderno eran procesales.

Para justificar su tesis acudió a la figura del proceso preparatorio, destinado a lo que Carlos A. Ayarragaray llama la inmaculación procesal. Sin embargo, los sistemas positivos han aplicado diferentes técnicas: unos permiten el saneamiento *in limine litis*, otros lo conceden en cualquier momento del proceso, algunos lo fijan en la terminación de la fase postulatoria como en el caso del *despacho saneador* de los regímenes portugués y brasileño, y los demás acuden al juicio o recurso de nulidad contra el primer proceso.

Esto es lo que ha venido a explicar la subsistencia de las excepciones llamadas procesales. Se sigue pensando que si la incompetencia es relativa, esto es, concerniente no a la función jurisdiccional, sino a determinada

636 Op. cit., p. 12.

637 Op. cit., p. 119.

materia, o a cierta cuantía, a una especial circunscripción territorial o a personas calificadas, el proceso se dilata.

Piensa Couture que la excepción de transacción, al igual que la del caso juzgado, funcionan procesalmente como dilatorias,<sup>638</sup> aunque provoquen efectos perentorios; que el defecto legal en el modo de preparar la demanda, o la litispendencia, la falta de habilidad o de personería, la ausencia de fianza de arraigo, etc.,<sup>639</sup> son plenamente dilatorias, porque se alegan *in limine litis* y versan sobre el proceso y no sobre el derecho material discutido.

Basta, entonces, parangonar el proceso preparatorio de Bülow, con el estudio liminar de las dilatorias, para que su carácter incidental explique la anticipación y afirme su carácter sustantivo. La intransigencia de Bülow fue algo más de una mera actitud negativa. De su crítica quedó precisado que la excepción, para ser procesal, ha de tener la misma naturaleza de la acción.

Ahora bien, innumerables circunstancias hacen que el proceso se detenga o perezca, sin ser excepciones. Aunque la técnica del código procesal civil federal mexicano, no sea en este punto particularmente correcta, cuando sus artículos 365 y siguientes, regulan la suspensión, la interrupción y la caducidad del proceso, mencionan fenómenos que no pueden calificarse de excepciones, como el hecho de que el tribunal no esté en posibilidad de funcionar por un caso de fuerza mayor, o cuando alguna de las partes o su representante se encuentren imposibilitados de atender al cuidado del proceso, cuando no pueda pronunciarse una resolución hasta que se decida otro negocio; cuando muera o se extinga alguna de las partes o su representante procesal; cuando las partes hagan desaparecer sustancialmente la materia del litigio por convenio o transacción; cuando desista el actor por cumplimiento voluntario de la reclamación, y cuando no se haya efectuado acto procesal alguno ni promoción durante un plazo mayor de un año que es la verdadera caducidad. Marginalmente, es pertinente advertir que la transacción durante el proceso, no es la excepción de transacción que menciona Couture, de índole material semejante al pacto de no pedir.

Cuando Bülow hablaba de las excepciones posiblemente procesales, investigaba cuáles hechos podían ser impeditivos del proceso y cuáles, posteriormente, podían producir su extinción.<sup>640</sup> Para que ello fuera factible por obra del demandado, sencillamente su reacción tendría que ser, o un obstáculo en el primer caso, o un antídoto en el segundo. Cualquier instancia del reo, que se refiere a una pretensión contraria a la del actor, no será excepción procesal, porque sería simplemente absurdo que diera

638 Op. cit., pp. 57-8.

639 Página 54.

640 Op. cit., pp. 8-9.

muerte o suspendiera la marcha de la serie indispensable para que el juzgador se avoque al conocimiento de sus razones.

Esto es lo más importante en el análisis de la excepción. Si no se confunde la acción con el derecho sustantivo, tampoco podrá tomarse la reacción por la excepción. No se niega que el demandado pueda instar según los diversos órdenes jurídicos positivos, alegando la incompetencia del juez, la inhabilidad de las partes, la carencia de legitimación o mandato, la improcedencia de la vía; pero estas pretensiones no son la contraenergía de la acción, no son ellas las que la enervan o paralizan. Se requiere una providencia del juzgador, y esto que parece una perogrullada, implica el reconocimiento de la índole presupuestal de las pretensiones que se mencionan como excepciones procesales.

El diseño del movimiento procesal, una vez aislada la esencia de la excepción, es el siguiente: a la acción sucede la reacción y se les combina la jurisdicción. Si el código aplicable exige que al momento de reaccionar se hagan valer como excepciones los argumentos atinentes a la falta de algún factor constitutivo del proceso, entonces, liminarmente, se invocarán causales impeditivas o extintivas del accionar. Que éste se ha constituido, es innegable, pero que no tendrá posterior eficacia si prospera la excepción, es también inteligible. Por ello, entre constitución y desenvolvimiento hay tajante diferencia. Hubo acción y reacción, pero el proceso no se desarrolló.

f) Tanto en Bülow como en la doctrina posterior, ha faltado la separación entre eficacia y eficiencia, cualidades que permiten comprender la diversidad de problemas que conciernen a la acción y a la pretensión.

No se concibe una exposición científica del proceso si no se distingue entre el instar y el derecho cuya tutela se demanda. Este último está rodeado de una variedad de condiciones de existencia y validez, que pueden ser objeto de sendas defensas del reo. La relación sustantiva supone habilidad de las partes, titularidad de los derechos y obligaciones, naturaleza especial del vínculo, subsistencia de su validez y mantenimiento de su estructura particular. En ausencia de un factor, hay una defensa, ya se trate de hecho impeditivo o extintivo.

Si el actor no es el titular, si no es hábil, si pende una condición sustantiva, si se ha cumplido la obligación, o si ha prescrito, el reo se defiende con **eficiencia**.

Se trata, entonces, del capítulo que estudia los factores sustantivos que permiten el reconocimiento de la pretensión. Hay **eficiencia** cuando se pretende algo debido, algo demostrado o legalmente inferido. Como la hay cuando el demandado pretende la absolucón justificadamente.

Pero el proceso se ha establecido para permitir que la **eficiencia** de la pretensión convenza al juez sólo después de una serie dinámica de ac-

tos que se entrelazan **eficazmente**. Esto es lo que caracteriza al proceso: el dinamismo de las instancias y la finalidad del acto jurisdiccional, que cerrando los grados de cada fase, permite el avance progresivo hasta dejar concluida la causa, terminada la serie para resolver el conflicto.

Se puede pretender **eficientemente** pero sin **eficacia**; como sucede cada vez que se insta irregularmente, sea ante autoridad incompetente, en el procedimiento inadecuado, o por sujeto inhábil para accionar. Y se puede instar **eficazmente** sin **eficiencia**, cuando no se tiene derecho, o no se prueba tenerlo, o contra la persona que no está obligada, o cuando no es oportuno exigir por no haberse cumplido el plazo o la condición sustantiva, o cuando el derecho ha sido satisfecho o ha dejado de tener vigencia.

Esta separación entre **eficacia** y **eficiencia** permite clasificar las relaciones primarias y secundarias de todo procedimiento, y muestra la distinta relación entre los contenidos del proceso y los continentes procesales. Los argumentos contra la pretensión son del orden de la **eficiencia**, mientras que los impedimentos al instar corresponden al campo de la **eficacia**.

g) La deformación o evolución de la tesis de Bülow, tuvo como causas la observación de la distinta naturaleza de las condiciones observadas. No todas las que él estimó como constitutivas del proceso se referían a la **eficacia** de la serie; unas hacían posible la validez de la demanda, pero otras justificaban la emisión de la sentencia.

Se llegó a separar entre condiciones atinentes a la admisión de la instancia, condiciones pertenecientes al desarrollo del proceso y las relativas a la concesión de lo pretendido por el actor.

En realidad, cada especie o cada acto puede estar condicionado, y es ahora indispensable dar una definición del término condición. Se trata de una norma, de una regla jurídica que supedita o subordina la **eficiencia** o la **eficacia** de otra relación a su previa satisfacción.

Ya Bülow había advertido que hay **condiciones** para la relación sustantiva y **condiciones** para la relación procesal. El convenio, por ejemplo, no necesita de **condiciones** para existir o ser descrito, y la ley civil habla del acuerdo de voluntades para crear, extinguir, modificar o transmitir obligaciones. Pero la validez del convenio depende de las **condiciones**, es decir, del cumplimiento de otras relaciones jurídicas, de las cuales depende la **eficiencia** de la relación llamada convenio. Lo mismo acontece con la acción, su naturaleza de instancia proyectiva es distinta de su **eficacia**, porque ésta proviene de la satisfacción de ciertas **condiciones** de validez jurídica.

Pero como en el proceso no se presenta una instancia aislada, es decir una sola instancia, sino varias en serie, es por ello que se ha separado la condicionalidad atinente a la admisión, de la que pertenece al desarrollo del proceso y la relativa a la concesión de lo pretendido.

En consecuencia, si la eficacia de la acción, por ejemplo, consiste en realizar válidamente la proyección y ligar la conducta del actor con la del juez y la del demandado, se tendrá una particular condicionalidad para la acción que no es la misma de la jurisdicción, ni la propia de la reacción.

Pero, además, por la ubicación de cada acción dentro del proceso, por su diverso cometido pretensional, acontece que es diferente la condicionalidad de la acción que sirve para demandar, que la de la acción que se utiliza para probar y de la acción que se emplea para alegar.

En consonancia con esta observación, se encuentra la que considera al proceso como un todo, o bien lo que atiende al procedimiento mismo. Esto es así, porque cada figura, la acción, la jurisdicción, la reacción, el proceso, el procedimiento, la sentencia, la impugnación, las medidas paraprocesales, la ejecución, etc., tienen, no sólo distinta naturaleza, sino diversa condicionalidad. Lo que Bülow logró imperecederamente fue puntualizar el carácter condicionante de las excepciones procesales; por ello llamó a las excepciones el lado negativo de las condiciones. Pero una vez que se advirtió que tanto en el derecho sustantivo como en el procesal, hay un capítulo de la condicionalidad, lo que siguió fue una clasificación de las condiciones, según el tipo de relación supeditada a ellas.

Sin embargo, la doctrina no dio el paso definitivo, no penetró en la médula del problema, y es por esto que apenas se hizo una discriminación entre condiciones de la acción y presupuestos procesales,<sup>641</sup> En realidad, con dos vocablos distintos se quiso exhibir la diferencia de las condiciones que atañen a la eficacia y las que corresponden a la eficiencia. Naturalmente, no hubo una exactitud absoluta en la división, y por condiciones de la acción se entendieron apenas los requisitos constitutivos que correspondieron al fondo de la demanda, mientras que por presupuestos procesales se atendieron las condiciones para acoger la demanda y pronunciar una providencia de mérito favorable al solicitante.

Se dijo, por tanto, que la falta de requisitos del proceso hacía inadmisibile la demanda, en tanto que la falta de requisitos de la acción la hacía aparecer infundada.<sup>642</sup> Pero esta manera de tratar el capítulo de la condicionalidad, no podía resolver otras cuestiones como las que ya considerara Bülow, es decir, los casos que calificara de absurdos pero que son indudables, de excepciones puestas por el actor al demandado respecto de su personalidad, su legitimación, etc.

El único camino para sistematizar las condiciones es el que comienza por vincularlas con la eficiencia y la eficacia de las relaciones principales, y sigue por la conexión de la condicionalidad con cada uno de los facto-

641 Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, Trad. Sentis Melendo. Bs. As. 1943, pp. 181 y 270.

642 Idem, pp. 180-1.

res institucionales: pretensión, acción, jurisdicción, proceso, sentencia, procedimiento, impugnación y ejecución. Esto es fácil de comprender, cuando se mantiene la tajante separación entre continentes y contenidos procesales y procedimentales.

### 128 Supuestos, requisitos y presupuestos.

Las **condiciones** son, conviene repetirlo siempre, reglas secundarias, normas que toman su sentido en el contexto general, la resultante de una combinación con otras relaciones que, por ello son principales.

Pero no se trata de que las **condiciones** carezcan de significado por sí solas. Por ejemplo, el vocablo plazo tiene sustancia suficiente para ser tratada en forma aislada. Lo mismo acontece con suspensión o con resolución. Pero cuando plazo, suspensión y resolución se vinculan con una relación principal, entonces son **condiciones** que sólo pueden operar vinculadamente, y si su sentido proviene del contexto, no por ello dejan de tener significación; de manera que se puede explicar lo que sea una condición suspensiva, o una resolutoria, aunque no podrían operar sin vínculo con otra relación como la contractual.

El derecho procesal, esa ciencia jurídica que estudia una parte dinámica del derecho en general, abarcando no sólo al proceso por antonomasia, sino a un conjunto de procedimientos que tienen con el primero tanto función condicionante como complementaria; en esta rama, la condicionalidad está ligada con el dinamismo característico de tal ámbito.

Es claro que en el proceso versan conflictos de derechos sustantivos, y por ello se han de considerar también las condiciones sustantivas; pero no para analizarlas en sus individualidades, sino para advertir que el triunfo de cualquier causa está condicionado a los factores de eficiencia de la relación sustantiva.

No podría, consecuentemente, destinarse un capítulo al análisis de las condiciones sustantivas, porque ello exigiría entrar en cada figura civil, penal, mercantil, laboral, constitucional, administrativa, canónica, internacional, castrense, etc., ya que todas pueden estar condicionadas en su **eficiencia**.

Lo que se puede hacer es indicar qué condiciones, de las que toma en cuenta el juzgador, son propiamente procesales, y cuáles son sustantivas. Pero ello, solamente con el objetivo de discriminar, de hacer ver que no siempre que se acciona **eficazmente** se ha de triunfar por necesidad o por implicación; pues vencer en el proceso es, tanto conducir la serie dinámica con regularidad, como ofrecer un derecho cierto y tutelado, un derecho exigible y justificado. La **eficiencia** de la relación sustantiva dará el triunfo al actor o al demandado si, además, la **eficacia** del proceso se ha cumplido. No basta tener razón y probarla, si la demanda es irregular,

ante juez incompetente, etc., La utilidad, lo pragmático de este capítulo de la **condicionalidad** ha sido siempre tal, que ya en la Edad Media se achacaba al proceso convertir lo blanco en negro, hacer lo cuadrado circular; tal se decía y continúa afirmándose, porque unas veces se mira la **eficiencia** del derecho sustantivo, perdiendo de vista la **eficacia** procesal, y otras a la inversa. En un buen juicio, en un proceso legítimamente sustanciado, la razón debe triunfar. Hay que tener razón y saber defenderla, de modo que las victorias por consideraciones procesales, hacen temer la justicia del caso, pero esto es culpa del defensor, del abogado, no del **sistema**. Un buen código, un buen juez y un mal abogado son ingredientes que difícilmente pueden producir justicia, aunque también debe reconocerse que ésta será inalcanzable con una mala ley o un juez discutible.

a) En términos generales, las **condiciones** se clasifican en tres grupos bien definidos. El primero corresponde a los **supuestos**. El segundo conjunta los **requisitos**. Y el tercero a los **presupuestos**.

Tales especies atañen, no a un solo acto como lo ha enseñado la doctrina, sino a todos y a las figuras complejas como el mismo proceso. Alsina,<sup>643</sup> ha sostenido que debe distinguirse entre las condiciones para el ejercicio de la acción, y las requeridas para obtener una sentencia favorable.

En su concepto, la ausencia de alguna de las condiciones que llama de fondo, determinará el rechazo de la demanda en la sentencia; pero entre tanto, ha dicho, la acción se habrá ejercido y producido sus efectos dentro del proceso. Por ello concluyó sosteniendo que se requería, ante todo, una pretensión jurídica, que podrá ser infundada, pero que el juez no puede dejar de considerar, porque basta la invocación de un derecho y el requerimiento de su protección, para que se ponga en movimiento la actividad jurisdiccional. En segundo lugar, agregaba, es menester el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y cuya omisión autoriza la negativa del tribunal para dar curso a la demanda. Llenadas ambas condiciones, solamente la sentencia puede admitir o rechazar definitivamente la **acción**, queriendo decir la pretensión.

Esto es muestra de la confusión doctrinaria que, hablando de elementos les califica de condiciones, y en cuanto a éstas, las distingue por los elementos, sin analizar el fondo de cada una. Si de elementos se trata, no puede hablarse de condiciones, porque los primeros son las unidades que constituyen el concepto de cualquier figura jurídica.

Elemental es la instancia, toda instancia; por ende, también la acción procesal. Pero en ellas no se mira la condicionalidad, porque ésta viene a supeditar algo ya dado, algo teóricamente autónomo. Lo que acontece es que la doctrina advierte la importancia de ciertas condiciones y **conclu-**

643 *Tratado*, T. I, pp. 383-4.

ye que sin satisfacerlas es ineficaz instar ; de ahí saca el corolario de que ciertas condiciones son consustanciales con la instancia respectiva. Así sucede con Alcalá Zamora, quien mira en la capacidad un **elemento** de la acción, en contra de lo que sostiene Alsina que la considera como **pre-supuesto**, por la circunstancia de que como sin esa **condición** aquélla no funciona, es también elemento inseparable de ella.<sup>644</sup>

Esta confusión proviene de dos causas: la primera, el haber estimado como acción a una situación compleja en lugar de un acto elemental; y la segunda el no haber distinguido los significados de las relaciones principal y condicionante. La relación condicionada, o sea la acción en este caso, es tan elemental, que no admite otro contenido significado que no sea el instar proyectivo. Agregarle pretensión y capacidad, como lo hace Alcalá Zamora,<sup>645</sup> es sólo complicar algo elemental para tener después que hacer distingos y excepciones innecesarias, como acontece cuando se tiene que hablar sobre la acción del incapaz, ejercida por un legitimado, o la acción sin interés como en la llamada acción pública del derecho penal, del derecho administrativo, etc.

Por lo demás, en esta tesis no se advierte que las condiciones suelen abarcar dos o más relaciones, como la de la acción y la reacción.

b) En el cuadro de las **condiciones** neta o estrictamente procesales, el fenómeno puede ser objeto de clasificaciones diversas. Por ejemplo, se puede mirar a su precedencia lógico jurídica y de esta manera, se tendrá que separar aquello que es materia de un pronunciamiento previo.

Pero también se pueden separar las **condiciones**, según la influencia que ejercen sobre la relación principal o condicionada. Se se toma como punto de análisis a la acción, lo pertinente es observar el cúmulo de reglas que supeditan su eficacia. Así, unas **condiciones** se han de cumplir inmediata o simultáneamente con el accionar, otras tendrán que estar satisfechas con anterioridad, y el resto se tendrá que cumplir posteriormente.

Parece que lo más adecuado es el último punto de vista. En efecto, la política legislativa puede regular como cuestiones previas ciertas condiciones que lógicamente son de futuro o posteriores. Y la técnica de los códigos vigentes varía dentro de un mismo cuerpo, como acontece tratándose de los juicios llamados ordinarios y los calificados de sumarios en el código procesal civil distrital. Problemas que para el juicio ordinario son de previo y especial pronunciamiento, para el sumario son incidentes que se resuelven de plano. En otros códigos extranjeros, la técnica varía desde una audiencia preliminar, una audiencia o incidente especiales al terminar la fase postulatoria y un principio de inmaculación procesal que puede sustanciarse oficiosamente.

644 *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en *Estudios en honor de Hugo Alsina*, Bs. As. 1946, p. 49, y nota 125.

645 *Idem*, p. 49.

No hay un punto de apoyo seguro e inmutable en la experiencia legislativa. Los criterios varían de código a código y de país a país. Se conoce la técnica anglosajona del **pretrial**, la lusitano brasileña del **despacho saneador**, la audiencia preliminar austríaca, y la potestad regularizadora del código procesal federal mexicano. Por este motivo, lo más prudente es refugiarse en la teoría para encontrar una sistematización congruente de la **condicionalidad**.

c) Al considerar la temporalidad lógica de la influencia de las **condiciones**, se puede advertir que en términos generales, los tres momentos posibles originan otros tantos tipos de **condiciones**. Conviene reservar el nombre de **supuestos** para aquellas que deben anteceder a la realización del acto correspondiente. Asimismo, habrá que denominar **requisitos** a las **condiciones** actuales, las que han de satisfacerse al tiempo de actuar. Y, por último, tendrá que reservarse el vocablo **presupuestos** para las condiciones que se verificarán en el futuro.

Ahora bien, la razón para introducir esta terminología es relativamente sencilla y justificada. Queda indicado que todas son **condiciones** por cuanto se trata de reglas que subordinan la eficacia de la actividad procesal a su cumplimiento o satisfacción. Por ende, la presencia de un acto hace **suponer** que se han dado aquellas **condiciones** que como antecedentes son la razón válida de esa conducta.

Respecto del proceso, del auténtico y único proceso, tanto el legislador como la teoría, tienen que partir del **supuesto** de que hay un conflicto jurídico. La ausencia del mismo llevaría a un ejercicio pedagógico, a un juego, a un simulacro de proceso, pero no a este mismo. El conflicto es indispensable como **supuesto**; pero puede acontecer que en un caso dado, se finja, simule o se crea en él unilateral y no bilateralmente. En esta hipótesis, lo importante está en que se afirme.

El proceso aparente, el proceso fraudulento y el proceso innecesario, toman su origen en la inexistencia real del conflicto. Sin embargo, ningún accionante se atreverá a manifestar al juzgador que no existe el conflicto, que se viene a buscar una sentencia en perjuicio de terceros y mediante la colusión de los litigantes. Cabe que el actor demande por creer que su contraria no quiere cumplir la obligación, y encuentre la inmediata respuesta de allanamiento total. Se explica así que el proceso resulte inútil y tenga que concluir anticipadamente.

En consecuencia, el **supuesto** es una condición relativa al conflicto que debe existir antes de demandar; en la inteligencia de que no siempre se tratará de un litigio, entendido a la manera de Carnelutti como un conflicto de intereses, calificado por la existencia de una parte y la resistencia de la otra. Ni siempre se tratará de intereses, es decir, de lo que el mismo autor describe como la posición favorable para satisfacer una necesidad; ni siempre habrá la calificación entendida como resistencia y

exigencia, porque, como explica Calamandrei,<sup>646</sup> hay casos en que se tiene interés procesal, porque la finalidad que el solicitante se propone alcanzar no puede, o no pueda ya, ser alcanzada, sino mediante la providencia del juez.

En este: no pueda ser alcanzada la finalidad jurídica respectiva, entran las hipótesis del proceso necesario, típicamente los que contienen pretensiones de constitución de estado civil, como el divorcio necesario. Puede ser que los cónyuges estén anuentes en el divorcio y, sin embargo, sea necesaria la intervención judicial; pero este caso no debe tratarse como típicamente procesal, porque una parte de la doctrina le entiende como procedimiento de **jurisdicción** voluntaria. Pero en cambio, hay en la ley distrital mexicana, el extremo de la demanda para rectificación de acta del Registro civil, que tiene que presentarse procesalmente, por más que el registrador ni tenga interés personal u oficial en matener la inscripción original, ni realmente se oponga. La exigencia del proceso no proviene de la presencia de un litigio entendido como lo hace Carnelutti, aunque sí hay un conflicto que resulta del desacuerdo entre la real posición subjetiva y la indebida inscripción registral.

De ello se sigue que tratándose del **supuesto**, el término conflicto toma características diversas según se trate también, de un litigio, de una controversia penal, de un desacuerdo administrativo o de un acuerdo arbitral; porque en el campo del arbitraje, el **supuesto** no es verdaderamente el litigio inicial, sino el **acuerdo** de someterlo a arbitraje; de otra manera dicho, no hay arbitraje si falta el acuerdo, por más que en el fondo el **supuesto** final sea un litigio.

En resumen, el **supuesto** de todo proceso es un conflicto; pero como la consistencia de éste varía del litigio a la controversia, y del desacuerdo al acuerdo, la relación sustantiva se establece diferentemente. Así, en el litigio el **supuesto** implica la titularidad de los intereses, la habilidad o la legitimación de las partes y la existencia de una relación sustantiva. La controversia, en cambio, entraña la realización de una conducta punible, y según los sistemas positivos, la acusación del legitimado estatal, que en México es el ministerio público en los términos del artículo 21 constitucional, y la habilidad del acusado, pues de otra manera será objeto del tratamiento especial.

Por su índole condicional, el supuesto viene afirmado en la pretensión, la cual, hacia el pasado se apoya precisamente en la existencia de un conflicto. Pero cabe advertir que este señalamiento se hace sólo en la demanda o en la acusación; posteriormente, el accionar hace referencia a otras peticiones: de prueba, de demostraciones o conclusiones y, naturalmente, las incidentales que se presenten.

El que la acción inicial mencione una pretensión no significa que tal instancia tenga un contenido pretensional, porque al ser elemental nada cabe en ella fuera de sus notas constitutivas, ninguna de las cuales va más allá de la relación dinámica; pero la demanda o la acusación no van ayunas de pretensión y tienen que referirla forzosamente.

Por otra parte, es la pretensión lo que distingue a una instancia de petición constitucional, de denuncia penal o administrativa, de recurso jerárquico o reaceramiento y de queja de control de amparo. La pretensión de una acción es de sentencia, o sea, de interpretación sobre contraste de derechos. La de una petición es de concesión, es decir, es una solicitud, una consulta y hasta una inquisición simples. La de una denuncia es la de una participación de conocimiento, se trate de un delito o de una situación jurídica a la que la ley atribuye el nacimiento de un crédito fiscal. La de un reaceramiento es la pretensión revocatoria o anulatoria del acto impugnado. Y la de una queja de amparo es el pedimento de desagravio. Se queja el ofendido en lo penal que ha resentido el ilícito, el agraviado por la indisciplina en el procedimiento disciplinario, o el perjudicado por una autoridad legislativa, administrativa o judicial en el amparo.

Por tanto, propiamente el supuesto condiciona al pretender, y es por ello que en una demanda civil, documento en el que se objetivan el accionar y el pretender, respecto al último se exige que precise, tanto el **petitum** que es la resolución impetrada, como la **causa petendi** que proviene del conflicto.

Cabe que doctrinaria o legislativamente se mencionen como **causa petendi** otros datos, tales como la existencia de un derecho, la cosa discutida, o la causa de la obligación. Calamandrei,<sup>647</sup> explica que la **causa petendi** se dirige a responder a la pregunta: ¿por qué litigan las partes? Para cualquier lego, dice, es manifiesto que para darse cuenta del alcance de un litigio pendiente entre dos personas, es necesario saber cuál es el derecho que se afirma o se niega sobre cierto objeto y cuál es el punto de disenso que ha hecho surgir la disputa; pues es distinto disputar sobre la propiedad de un terreno y contener en torno al derecho de locación sobre él.

Este dato recibe, en su tesis, el nombre de título, y aclara que no es fácil dar una definición del mismo, pero que en general, se puede decir que se escinde en dos momentos: la concreta individualización de los hechos de que surge el interés del actor al goce concreto de un determinado bien, y la afirmación de su coincidencia con aquel tipo de intereses a los cuales una o varias normas jurídicas conceden, en abstracto, la protección.

Sin embargo, en seguida denomina interés procesal a la concreta individualización de los hechos de que surge el estado de insatisfacción, a

la necesidad de acudir a la autoridad judicial para obtener la sentencia favorable.

Ahora bien, el concepto de conflicto jurídico es más amplio y abarca por igual el supuesto civil que el penal, el administrativo que el laboral, etc. En efecto, en lo penal, esa concreta individualización de los hechos de los que surge el interés del actor al goce concreto de un determinado bien, no tiene sentido. El ministerio público, en los sistemas de la acción oficial, no tiene un interés en el goce de un bien. Tiene, ciertamente, un interés procesal, por cuanto sin la sentencia no procede el castigo, pero el ministerio público que vence en el juicio penal no resulta titular del goce de un bien, y hasta acontece que la punición es aplicada por otro órgano estatal.

Pero en lo penal, como en lo civil, hay un conflicto desde el momento en que la conducta del indiciado es punible, vale decir, susceptible de ser punida; y la afirmación de la existencia de esa conducta está prevista como controvertida, porque de otra manera, se llegaría a soluciones técnicas como las del derecho anglosajón, en que la admisión de los hechos, la declaración de culpabilidad, excluye el juicio para dar lugar al mandato de castigo. Esto no es insólito aún en regímenes como el mexicano, donde la figura italiana del juicio directo y aún del directísimo, se puede ver en las correcciones disciplinarias, impuestas en el acto por la autoridad.

Así pues, no siempre se trata del goce de un bien, ni siquiera si a estos términos se agrega el calificativo de bien de la vida, para aludir a la libertad misma, porque bien podría pensarse en la escueta legalidad, como acontece en el contencioso administrativo de nulidad, en el que se ha llegado a autorizar la intervención de cualquier residente, nacional o extranjero, para combatir un acto particular o general, que viole una disposición legal superior. El accionante en este proceso no necesariamente ha de invocar el goce de un derecho, menos aún el de un bien. Se habla entonces del interés simple y se puede acudir al juicio, con sólo pretender en la existencia del desacuerdo normativo, lo que cabe dentro de la idea expuesta de conflicto jurídico.

Por otra parte, el conflicto está sustentado por sujetos de derecho, por personas jurídicas, sean gentes o entes. El mismo Calamandrei indica que para establecer lo que denomina identificación de las acciones,<sup>648</sup> la doctrina antigua enumeraba el tradicional trinomio de **personae**, **petitum** y **causa petendi**, que en la actualidad reciben también el nombre de sujetos o personas, objeto y título.

Los sujetos de la acción, contra lo que explica Calamandrei, no vienen a ser forzosamente los mismos de la pretensión. De ahí que resulte preferible, mirando al supuesto, hablar de los sujetos del conflicto. Como

éste se forma antes del proceso y puede variar en sus términos a medida que se acerca la sentencia, conviene puntualizar los momentos de transformación.

Inicialmente el conflicto se da entre las partes que se califican de sustantivas. Pero aquí se presenta también el problema de la inhabilidad, llamada muchas veces incapacidad. El titular de un derecho que entra en colisión con otro derecho o con intereses ajenos, puede ser un menor, un inhabilitado aunque mayor de edad, un ente jurídico que puede ser una sociedad, una asociación, una corporación, una fundación, una unidad económica, etc. Sin embargo, ya en el campo sustantivo, el mantenimiento del conflicto inicial se hace entre el legitimado y el tercero.

Desde este momento, y según el régimen aplicable en los distintos países, puede acontecer como en España, que la presentación de la demanda sea hecha por un **procurador**, figura que el código distrita mexicano menciona sin darle otro significado que el de mandatario en juicio aunque con cierta diferencia frente al que su artículo 53 denomina representante común para los casos de litisconsorcio. El **procurador** es positivamente el titular del accionar y en la demanda figura su nombre en primer lugar, de manera que ni el abogado que patrocina la causa, ni la parte sustantiva pueden presentar el escrito; si bien, luego acontece que tampoco el **procurador** puede desahogar las pruebas ni informar en la audiencia sino que debe hacerlo el abogado.

Así pues, tanto en el caso del **procurador**, como en las hipótesis de mandato judicial, la parte ha variado o se ha diversificado, y por ello, el titular del derecho sustantivo, sin perder este carácter, deja el paso al **legitimado procesal**.

A ello debe añadirse que es factible el que el titular sustantivo deje de serlo, y lo mismo acontezca con el **legitimado procesal**. Tales son los casos de sucesión y sustitución procesal. En otro sentido, es previsible que en lo penal, siendo la titularidad procesal del ministerio público como institución, uno sea el agente que consigna, otro el que acuse, otro el que siga la alzada y, finalmente, como en México, en vía de amparo cambie la misma institución para intervenir como **amicus curiae** el ministerio público federal en un control que ha dejado de ser proceso por antonomasia.

No debe olvidarse que en relación con las personas, existen fenómenos o figuras procesales singulares, como la coadyuvancia, la intervención de tercero que no se limita a la hispánica tercería, y el litisconsorcio. Son de mencionar, también, los casos de ciertas intervenciones especiales, como el ministerio público en lo civil o los consejos de familia que tienen gran importancia en otros países como España o Italia,<sup>649</sup> Y, por último, es menester indicar que también se presentan las hipótesis en que un mismo sujeto acumula varias pretensiones contra el o los demandados.

649 Calamandrei, op. cit., pp. 210-11.

Decir que el conflicto es el **supuesto** del proceso y, al mismo tiempo de la pretensión inicial o de fondo, es, por ende, dejar indicado que la demanda o la acusación, han de identificar o precisar los hechos que motivan las discrepancias entre las partes y los sujetos que contienden.

Para una exacta identificación del aspecto objetivo de la pretensión que Calamandrei sigue llamando acción, por su particular posición doctrinaria dentro de la tesis de Chiovenda de la acción como derecho potestativo, el mismo Calamandrei asegura que debe ponerse en relación el **petitum** con el aspecto del conflicto que se ha denominado **causa petendi**,<sup>650</sup> Esto puede resultar correcto desde la perspectiva mencionada de la identificación del objeto de la pretensión; pero ahora se destaca el carácter condicionante de las reglas que subordinan la eficacia del accionar y, en esta virtud, el **petitum** no puede ubicarse en el **supuesto**, sino en el **presupuesto**, como se analizará más tarde.

Cabe anotar que al hablar del **supuesto** de la acción, en realidad se está identificando el de la pretensión; pero como ésta se deduce al tiempo de accionar, el resultado práctico viene a ser el mismo.

d) En turno siguen los **requisitos**.

Previamente debe quedar claro que la **condicionalidad** es un fenómeno general. No se limita a la acción, a la jurisdicción, a la reacción, al proceso ni al procedimiento todo, sino que sale de este mismo campo y llega a las consecuencias posteriores en el campo sustantivo. Pero además, tanto puede suceder que una condición sea constante, como plural; así, no para la demanda únicamente, sino para todo el accionar a lo largo de la vía procesal, se tendrá que condicionar la jurisdicción y, por otro lado, la misma es válida para la acción y para la reacción.

Pues bien, la condicionalidad que ahora se denomina **requisitos**, se caracteriza por tratarse de reglas subordinadoras de la eficacia de la relación principal, que han de satisfacerse simultáneamente con la actividad a que la última responde.

Se dijo antes que el **supuesto** del conflicto debe vincularse con la pretensión y no propiamente con la acción. Ello explica la relación entre las últimas, de manera que si material o prácticamente es imposible<sup>651</sup> ver una acción sin pretensión, esto acontece en la inicial, en la acción que abre el proceso. Pero tan no es consustancial la pretensión que tan luego como se pasa al grado siguiente, la acción hace referencia a otra condición que suele llamarse petición.

En consecuencia es de todo punto impensable una acción<sup>652</sup> sin satisfacer la condición de pretender. Pero como la acción de este grado es la primera instancia de una serie que se desenvuelve a lo largo del pro-

650 Op. cit., p. 213.

651 Jurídicamente.

652 De demanda.

ceso, en las restantes acciones la condición va variando, al tenor de la función que ha de cumplir: fase probatoria, fase conclusiva, fase incidental, etc. Ya concluido el proceso, con el auto que cita para sentencia, aunque la actividad pueda reproducirse por obra de esa figura discutible que son las diligencias para mejor proveer,<sup>653</sup> por más que siga un procedimiento judicial, la instancia es distinta por tratarse de la ejecución, y ello sin olvidar la posibilidad de un segundo proceso: impugnativo.

He aquí una muestra del requisito. Se trata de la condición actual, o de actual cumplimiento respecto a la relación principal que ahora es el accionar. Pero no es el único, las leyes regulan con cierta minuciosidad el tema de la forma que luego se estudiará. En ella debe incluirse la escritura o la oralidad, el formato en la primera y el orden de exposición en la segunda.

Como la acción propiamente dicha, no tiene sentido sino en un contexto procesal cualquiera que sea: bien la fase postulatoria, la probatoria o la conclusiva, en la experiencia no hay posibilidad de ver un accionar abstraído de toda referencia. De ahí que la doctrina haya pensado que la acción tiene un contenido que no es tal sino condición. Para dejar una vez más aclarado el punto, debe advertirse que la acción no cambia a lo largo del proceso, y sí, en cambio, la condición pretensional que es llamada peticiones para el accionar dentro ya del proceso.

Pero el elenco de los requisitos no termina con la ineluctable referencia pretensional o petitoria, ni se agota con el cumplimiento de la forma. Deben añadirse todas las condiciones de este tipo de actualidad o simultaneidad que las leyes, con mayor o menor amplitud imponen: desde el tiempo a la conexidad, los datos preparatorios y particulares.

Por razón del tiempo la actividad procesal en general cuenta con una serie de ocasiones. De esta manera, la instancia proyectiva del ofrecimiento de la prueba, por ejemplo, tiene señalada su ocasión; si bien aquí operan los principios de técnica jurídica, que suelen aparecer en parejas: orden consecutivo frente a orden discrecional.<sup>654</sup> Esto no significa sino que en el primer caso, la ocasión es única, mientras que en el segundo se diluye en las ocasiones de la fase y puede llegar a penetrar en las fases siguientes.

Como sea, siempre existe la relación de condicionalidad temporal, por lo mismo que tratándose de la ocasión cierta la eficacia del instar depende de actuar en tiempo, y en cuanto al orden discrecional, no faltan delimitaciones por más que el lapso sea más amplio, por ejemplo, desde la contestación de la demanda hasta antes de la citación para sentencia, como acontece con frecuencia en los códigos respecto al medio de convalidación llamado absolución de posiciones.

653 Artículo 279 del código distrital.

654 Millar, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

En consecuencia, el incumplimiento o insatisfacción de este requisito, lleva a la actuación extemporánea y le resta eficacia.

En lo que toca a la conexidad de actuaciones, la hipótesis de contempla en todos los supuestos jurídicos en que la ley ordena que al tiempo de realizar una actividad se efectúe otra. Tal se contempla en la contestación, cuando los códigos, aplicando otro principio técnico llamado de economía procesal, exigen que al contestar se hagan valer **excepciones y defensas**, inclusive la contrademanda o reconvencción. También asume la fórmula de requisito de conexión, la regla por la cual, al ofrecer la prueba documental es necesario acompañar los escritos respectivos en que aquélla conste.

La conexión de actividades atañe igualmente al juzgador, y pueden verse disposiciones que ordenan que en el acto de la audiencia se estudien y resuelvan ciertas cuestiones previas o incidentales. El incumplimiento de estas normas se traduce en la irregularidad del procedimiento, y puede ser, según los casos, objeto de incidente de nulidad o problema de impugnación.

Respecto a los datos preparatorios, su calidad condicional de requisitos, se confirma con la circunstancia de que deben satisfacerse en la actualidad de la actividad correspondiente. Puede acudir al extremo de la celebración de la audiencia, para la cual es menester que consten los citatorios, dictámenes, etc. En este punto es conveniente aclarar que la vinculación condicional no significa realización simultánea, sino simultaneidad de ubicación. Así, la preparación de la audiencia lleva a la previa citación, pero la celebración misma se condiciona a la comprobación de ésta; por tanto, si el acto de citar es anterior, su influencia opera en la ocasión procesal correspondiente.

Son requisitos particulares los que se imponen respecto de una actividad en especial. Así, es específico de la audiencia el comparecimiento de varios sujetos, y aunque algunos códigos dispongan que aquélla se celebrará asistan o no las partes, los testigos y peritos, es manifiesto que no se trata de contrariar el requisito de asistencia, sino de resolver el problema que suscita la incomparecencia de alguno o varios de los sujetos citados. Esto mismo, y con mayor rigor, se observa en lo tocante a la necesidad de que el juez actúe con secretario o con los llamados testigos de asistencia.

e) La denominación de **presupuestos** originó en Bülow la teoría de la condicionalidad. Esta palabra no ha tenido en verdad, una significación unívoca, y muy frecuentemente se le ve como sinónima de condición o de requisito.

Ahora bien, su naturaleza compleja explica pero no justifica, el que se le ubique antes de la relación principal, cuando en realidad viene a operar con posterioridad. Para acudir a una situación ejemplificativa, se

puede observar lo que acontece con la pretensión objetivada en la demanda.

El **petitum**, se dijo antes, es la parte de la pretensión que se dirige hacia el futuro: a la sentencia. Cuando el actor presenta su demanda, o el ministerio público formula su acusación, llevan a cabo una afirmación del **supuesto** y sostienen que se ha presentado la conducta que produjo el conflicto. Pero esto no es todo, ni es suficiente para impetrar la intervención del juzgador. Lo que Calamandrei ha calificado de interés procesal, es la necesidad de que intervengan los tribunales, porque de otra manera el conflicto no sería resuelto imperativamente.

Pues bien, la demanda o la acusación, tienen, además de la exposición de los hechos pasados, la pretensión de alcanzar una sentencia en el porvenir, esto es, una vez que el proceso haya concluido. No se va al proceso si se sabe que la autoridad a quien se hace intervenir no tiene competencia para sentenciar, es decir, no se insta proyectivamente si, primero, la autoridad no ejerce jurisdicción y, segundo, si por ese camino no se arribará a la sentencia.

Entonces, respecto del pretender, la sentencia es un acto que vendrá después; pero de antemano hay una previsión legal que la determina. De ahí que la sentencia sea, mirando a la pretensión: un **pre supuesto**. Si se toma el caso de una autoridad cuya competencia se limita al actuar jurisdiccionalmente, se ve con mayor claridad la función de la condición **presupuestal**. Por más que la demanda o la acusación se formulen en el mismo escrito en que se exponen los antecedentes y plasma el accionar, el titular de la instancia no se dirige al que la doctrina y las leyes llaman juez instructor, sino al juez sentenciador, precisamente para reclamar el pronunciamiento.

Pero en esta concepción, los supuestos y requisitos de la pretensión, son estudiados, por ejemplo, por el magistrado que el Código Fiscal federal mexicano, anterior al vigente, llamaba semanero, por virtud de que entre el colegio de cada sala, y por turno, cada magistrado estudiaba y resolvía sobre la admisión de la demanda fiscal cada semana. Este magistrado, entonces, es competente para dar entrada a la promoción, pero no será quien sentencie, aunque puede ser quien proyecte el fallo, circunstancia que en nada afecta a lo expuesto. De manera que una será la competencia para dar paso a la instancia proyectiva, y otra la que se refiera a la concesión o negativa del **petitum**. De ahí que éste se ligue o vincule con la sentencia y no con la jurisdicción, entendida en su unívoca significación de dirección del proceso.

Resulta ahora precisada la diferencia entre supuesto, requisito y presupuesto. Los primeros son condiciones que han de estar satisfechas antes del acto, los requisitos operan simultáneamente con éste, y los presumpues-

tos se cumplirán después. La demanda misma presupone dos destinatarios: la competencia de jurisdicción y la competencia de fallo.

Como tanto respecto de los supuestos, como de los requisitos o los presupuestos, hay que hablar en plural, no debe suscitar confusión ni duda, el hecho de que para un cierto acto se mencionen dos o más presupuestos y condiciones en general.

En cuanto a la pretensión, la ley presupone, tanto la pretensión contraria como la sentencia tratándose de un proceso. Ello viene a uniformar y a dar congruencia a todo el elenco de factores. Si hubiera de estimarse que la sola pretensión del actor o del acusador, provocarían el pronunciamiento, entonces la figura jurídica no sería procesal sino procedimental de otro orden: petición, denuncia, querella, queja o reacertamiento. Un solo sujeto, pretendiendo resolución, es todo lo que se necesita para la instancia de petición. Un sólo sujeto pretendiendo una corrección disciplinaria o un control superior es suficiente para resolver. Uno solo basta para la denuncia o para la querella, y uno es el sujeto que recurre administrativamente.

Sin embargo, no hay impedimento para que la petición, la denuncia, la querella, la queja o el reacertamiento, se combinen con la **audiencia** bilateral. Y así aparece cuando una ley, como la de exención de impuestos para industrias nuevas o necesarias, permite que la autoridad oiga a terceros sobre la conveniencia de la concesión. Así resulta explicable que en la denuncia penal, el investigador cite al presunto culpable; que en la queja se oiga a la autoridad o al auxiliar afectados; que en la querella se escuche la declaración del querellado, y que en el reacertamiento el superior pida informes del inferior.

Con todo, no hay bilateralidad de la instancia, no se proyecta la instancia del peticionante, del querellante, del denunciante, del quejoso o del recurrente a otra **parte**. Audiencia bilateral e instancia bilateral son conceptos distintos y la última sólo se encuentra como un efecto de la proyectividad de la acción procesal.

Todo esto viene a explicar por qué, si la acción procesal presupone la jurisdicción, también presupone la reacción. Así como la pretensión del actor presupone la pretensión del demandado y la sentencia del juzgador, en el otro extremo la proyectividad no llega hasta la reacción, sino hasta la comunicación. La acción toca dos puntos: uno intermedio que es la jurisdicción y otro final que es la sede demandada. Pero tanto la jurisdicción como la reacción, son actos de sujetos distintos al actor, de manera que la reacción puede impedir que la acción cumpla su ciclo si no se satisfacen: supuestos, requisitos y presupuestos. Cuando se ha indicado que la jurisdicción, como función está prevista en la Constitución mexicana, pero como actividad está incluida en el código procesal; no se ha dicho sino

que para accionar es indispensable que haya una ley que venga a dotar de competencia jurisdiccional al juzgador.

Queda así la trilogía de condiciones precisada: la ley suele exigir la presencia de ciertos datos para constituir o dar validez a una figura o a un acto; pero también hay condiciones que operan como premisas, y otras que vienen a ser la conclusión lógica del actuar, el para qué. Por qué, cómo y para qué, son otras tantas maneras de explicar lo mismo: supuestos, requisitos y presupuestos.

Lo único que debe cuidarse es de revisar si las condiciones afectan la eficacia o la eficiencia de la relación principal.

f) Hay en el tema de la condicionalidad un problema teórico de gran importancia que debe quedar resuelto claramente. Se trata de explicar el hecho de que un dato condicional esté, al mismo tiempo, implicado en la descripción de la figura condicionada.

Para tomar contacto más concreto con esta cuestión, puede recordarse que la acción, en tanto acto proyectivo, **implica** lógicamente a la jurisdicción y a la reacción; en cambio, al hablar de las condiciones, jurisdicción y reacción vienen a ser **presupuestos** de la acción, así como ésta es un supuesto de jurisdicción y la última lo es de la reacción.

Lo que acontece es que la **implicación** lógico jurídica no se confunde con la definición de la figura condicionada. Ciertamente, la acción **implica** a las otras dos, pero ellas no son consustanciales con la primera, no entran en su definición.

Para intuir mejor el problema, se puede acudir al fenómeno de la refracción luminosa. Si un rayo de luz se proyecta frente a un espejo diagonalmente, la respuesta será otro rayo que saliendo del espejo se proyecte hacia un objeto distinto.

La refracción podrá definirse como el fenómeno de la proyección del haz luminoso hacia dos objetos; pero éstos no vienen a entrar en la dicha definición, aunque están implicados en el fenómeno.

La jurisdicción es totalmente autónoma frente a la acción y otro tanto sucede con la reacción frente a las anteriores. Pero en el proyectarse de la acción quedan **implicadas** las posibilidades de su manifestación. El efectivo realizarse de la jurisdicción y de la reacción, depende del cumplimiento de otras condiciones.

De todo ello proviene el carácter condicional que tienen jurisdicción y reacción respecto de la acción. Como estas condiciones se cumplen prácticamente en el futuro, pero están ya previstas desde la norma procesal, se ha de hablar de su carácter **presupuestal**.

Es conveniente repetirlo: la jurisdicción es un **presupuesto** de la acción y un **supuesto** de la reacción, debido a que, una vez actuada, la jurisdicción es propiamente la que provoca el reaccionar. No tendría obligación

de contestarse la demanda, si el juez no la admitiera y corriera su traslado. Pero tal circunstancia no elimina el dato de la proyectividad, y por ello es pertinente decir que el demandado contesta la demanda y responde al emplazamiento.

El juego condicional no sigue en todos los casos la misma estructura, y así se ve que, tratándose de la pretensión, la sentencia viene a ser el presupuesto, tanto de la pretensión del actor como de la pretensión del demandado. No hay, como en el caso de la jurisdicción, ese diseño que va, de la acción a la jurisdicción y de ésta a la reacción, sino uno diverso que va, de la pretensión del actor a la pretensión del demandado y de ambas a la sentencia. Esta es otra particularidad, aunque sutil, que distingue a la sentencia de la jurisdicción, y un motivo más para no confundirlas, aunque ambas provengan del juzgador.

En general, en la actividad netamente procesal, los eslabones se establecen tomando como intermedia a la jurisdicción, en tanto que en el ámbito de la resolución del conflicto, de todo conflicto, el eslabonamiento diseña un ángulo donde los puntos bases son las pretensiones.

Habrá que señalar también, que ciertos datos operan condicionalmente para todos los sujetos con variantes particulares. Así, la competencia es para el actor un presupuesto, un requisito para el juzgador y un supuesto para el demandado.

El fenómeno se explica por la temporalidad jurídica de la actividad respectiva. El actor promueve estimando competente al juez, éste provee advirtiendo actualmente su competencia y el demandado le responde porque ya se ha cumplido la exigencia legal.

Técnicamente, y según la política legislativa, puede suceder que en un caso se regule como requisito lo que en otro se estima presupuesto y más adelante como un mero supuesto. Así, los artículos 95 a 97 del código distrital mexicano, imponen el requisito de acompañar ciertos documentos con la demanda. Se ha dicho que tales escritos son fundatorios de la pretensión, si bien se usa la palabra acción indebidamente. La verdad es que tienen el mismo sentido de acreditamiento que en los extremos de la fase probatoria se confiere a otros documentos.

Pues bien, los documentos que acreditan la personalidad o el título de la pretensión, son requisitos que debe llenar el actor; pero si por circunstancias especiales, como el haber celebrado el arrendamiento verbalmente, no se puede acompañar el título, entonces es materia de prueba y, respecto de la demanda, viene a ser obviamente un presupuesto de la afirmación del derecho. Cuando toca al demandado contradecir, esos documentos que para el actor fueron materia de requisito o de presupuesto, según los casos, vienen a ser el supuesto de la contrapueba. Por ello los

códigos suelen establecer que la prueba tenga por **objeto** los puntos cuestionados, de manera que los medios de convicción, de acreditamiento, de **mostración** o de verdadera prueba, están supeditados al debate en una condicionalidad que debe llamarse de **supuestos**.

La condicionalidad, por otra parte, viene a descubrir una razón de existir de los incidentes. El problema de la incidentalidad se liga con el tema de las **excepciones** procesales que tanto combatiera Bülow y hubiera querido desterrar por considerarlas el aspecto negativo de las condiciones que tendrían que estudiarse en audiencia previa. Como están facturados casi todos los códigos procesales, es ineliminable la presencia de los incidentes. No es exclusivamente el grupo de condiciones que la doctrina llamó después de constitución procesal, lo que amerita la autorización de los incidentes. A lo largo del proceso se pueden presentar discusiones sobre las respectivas condiciones de la actividad de las partes o del juzgador, que exijan el tratamiento incidental.

Lo más saliente de este problema es la tarea diferenciadora entre los verdaderos incidentes y otras cuestiones anexas que deben recibir el nombre de accidentes. El incidente es una cuestión que surge dentro del instar principal, abriendo un paréntesis en la sucesión de actos, para permitir su resolución. La técnica de las leyes positivas puede variar del extremo de las resoluciones interlocutorias al de las decisiones de plano, del tratamiento por cuerda separada a la previsión de resolverlas en el acto de sentenciar. Todo ello se estudiará con más detalle en el capítulo de los incidentes, pero ahora es necesario dejar establecida la relación teórica que hay entre la incidentalidad y la condicionalidad. Un actuar procesal condicionado, no puede eliminar totalmente la regulación incidental a lo largo del proceso.

### 129 Forma de la actividad.

Como el proceso vive dominado por el gran dualismo de orden e interferencia, dice José Lois Estévez,<sup>655</sup> podría afirmarse que frente a una tesis que sería la lucha por el derecho, se provoca una antítesis o carácter anormal de la defensa generalizada, las cuales se superan en una síntesis posterior encarnada por el proceso. La institución procesal entraña un cauce normal para toda pretensión de tutela y al mismo tiempo un escenario en donde puede desarrollarse legítimamente una lucha por el derecho. La creación de esta vía supone la supresión de la autotutela, y al ser ilegítima toda actuación directa, adquiere por sí mismo un valor específico y experimenta una especie de subsanación provisional que opera extraprocesalmente.

655 *Proceso y forma, Santiago de Compostela, 1947, pp. 62 y ss.*

Hay, por tanto, un primer valor jurídico atribuido a la forma, de carácter interno y relativista, que suscitará en el proceso diversas consecuencias y que es su antecedente necesario. Según postulados, forma y orden jurídico son coexistentes, la forma es el efecto reflejo de la aparición del derecho positivo y el prevalor sobre el cual todo el orden jurídico se sostiene.

Un criterio más amplio es el ofrecido por Alsina,<sup>656</sup> quien entiende por forma el conjunto de solemnidades que constituyen el trámite. Y desde este punto de vista, lleva a cabo una clasificación de los juicios en ordinarios, especiales y sumarios.

Con una contemplación especializada, José Federico Marqués,<sup>657</sup> enseña que forma es aquello que da realidad al acto procesal, e invocando a Adolfo Gelsi Bidart,<sup>658</sup> agrega que es el aspecto exterior o aparente del acto procesal, su manifestación externa, la encarnación sensible de la voluntad actuante, lo que hace que se integre en el mundo de la realidad natural y pueda ser captado por lo sujetos que intervienen en el proceso.

La forma, añade Marques, está en el modo por el que se expresa la sustancia, y es por ello que la forma del acto procesal constituye el dato que imprime juricidad a las operaciones que en él cristalizan, visto que sólo en función de la forma adquieren los actos procesales existencia y relevancia jurídica.

La oralidad y la escritura son formas, dice Leo Rosenberg,<sup>659</sup> y el debate oral es al mismo tiempo una determinación temporal de los actos procesales, precisamente de la recepción de la prueba y otros judiciales, y, ante todo, de los alegatos de las partes. Aquí la oralidad significa que solamente es materia procesal relevante lo actuando oralmente, y escritura, que solamente lo es lo producido por escrito, siendo esa materia la única que debe ser estimada en la resolución judicial.

Algo semejante se encuentra en la obra de Lorenzo Prieto Castro,<sup>660</sup> que advierte que la actividad que en el proceso realizan partes y juez se puede manifestar oralmente, de suerte que sólo lo que de palabra se traiga a la causa tiene valor para la resolución, o bien puede suceder que haya de expresarse por escrito con iguales consecuencias.

a) Al tratar la forma, se tiene una inclinación a veces inconsciente, de volver a la distinción aristotélica entre materia y forma. Hay un cierto caer en el lenguaje poético o metafísico, inverificable pero de cuño corriente. No es sino hasta que se entra de plano en un capítulo jurídico especial, que la forma tiene carácter condicional estricto.

656 *Tratado*, T. I, pp. 466 y ss.

657 *Instituicoes de direito processual civil*, Río 1962, T. II, pp. 319 y ss.

658 *De las nulidades en los actos procesales*, Montevideo 1949, p. 96.

659 *Tratado de derecho procesal civil*, T. I, pp. 394 y ss.

660 *Derecho procesal civil*, T. I, pp. 201 y ss.

Las formas procesales, tiene dicho Carlos A. Ayarragaray,<sup>661</sup> son los medios de expresión de la voluntad, que se manifiesta por actos externos determinativos. Su ordenación legal es una garantía individual en cuanto limitan la actividad del individuo y de las partes en juicio, y del propio organismo judicial.

Si así no fuese, el proceso sería expresión del desorden y de la sorpresa, en detrimento de la justicia y del derecho de los individuos, que quedarían a merced de la improvisación y de la arbitrariedad. A las partes incumbe la defensa de las formas, sea que las viole el juez o la contraria, de manera que las formas llenan una finalidad indisponible. Nada extraño que se exijan ad **solemnitaten**, ad **probationem** o dejadas al arbitrio de quien las cumple. Su exceso es preferible a su carencia, y ellas son el precio que se paga por la libertad.

Su organización está librada al legislador, excepto en cuanto puedan disponerse por el particular, en cuyo caso la convención privada, pública o procesal es de valor aún para el juez. A la prudencia del legislador está confiada la libre actividad y su limitación. Su necesidad es incontestable si se pesan los diversos intereses que se agitan en todo proceso. El actor tiene interés en la rápida solución de la litis, el demandado procura por lo general retardar la sentencia; la sociedad quiere la más pronta y justa decisión en satisfacción y prestigio de la justicia; de donde resulta que la regulación de las formas es problema que se estima de orden legal, judicial o convencional.

La forma legal es intocable, la judicial responde a la idea de elasticidad, y la convencional es el triunfo del principio dispositivo, en aras de la prevalencia del individuo y de su interés.

Si bien en la generalidad de los países la forma se regula por la ley, es también reconocido que las partes se pueden apartar de ellas, mediante su sometimiento al arbitraje, desistir de las formas en procura de una rápida solución, o renunciar a ciertos trámites. Lo evidente es que la facultad de renunciar a las formas procesales es más limitada en todo régimen publicístico y más amplia en un régimen privatístico.

La facultad de las partes de regular las formas en juicio, es problema referido a la nulidad, la cual aún producida en ciertos supuestos, es convalidable si no afecta al orden público. Pero si las formas son garantía para el individuo, no cabe renunciar a ellas por la voluntad de una de las partes, ya que ello implica el derecho correlativo de exigir su seguimiento por la otra; en cambio, si media consentimiento mutuo, nada se tiene que alegar, de donde aparece que la renuncia a las formas es cuestión convencional. La igualdad de las partes para considerar el asunto y disponer la renuncia a las formas precisas de la ley en esta materia, está,

661 *El principio de la inmaculación en el proceso*, Bs. As. 1959, pp. 130 y ss.

a su vez, vinculada con la defensa en juicio. Cada uno tiene el derecho de ampararse en la forma legal preestablecida, como garantía de la regularidad del proceso y de su interés.

b) Queda la impresión de que al hablar de la forma, sobre todo en el derecho procesal, se tiende a asimilarla con el procedimiento. Y esto casi se confirma cuando al leer a Devís Echandía,<sup>662</sup> se encuentra que las cuestiones de forma son algo similar a las de rito o procedimiento, y distintas a las de fondo. Es verdad que en otro apartado,<sup>663</sup> el mismo autor habla de la oralidad y la escritura, pero para considerarlas como principios procesales y no directamente como formas.

El imprescindible Carnelutti<sup>664</sup> comienza por reconocer que la palabra forma es una de las que presentan mayor variedad de significación; y por ello abandonó la terminología acostumbrada, empleando la palabra actuación para denotar el elemento físico del acto.

Sin embargo, al bajar de la teoría general al proceso civil, consideró que debería prevalecer la tradición sobre la exigencia de precisión, para estimar que la forma del acto hace referencia al acaecimiento físico, el cual cambió lo que era antes o situación inicial, en lo que es después o situación final del acto mismo, y así da cuerpo a la voluntad y actúa la causa que lo mueve; puesto que el acaecimiento físico es el hecho, puede decirse que la forma del acto es el hecho en que el acto se resuelve.

Como un acto es jurídico por sus efectos, dice en seguida, no se puede atribuir a él un efecto sin determinar su forma, de donde resulta que toda atribución de juricidad a un acto se resuelve en su regulación. Por tanto, el mínimo de regulación jurídica de un acto es su regulación formal; un acto puede no estar regulado en cuanto a cualquier otro de sus caracteres, pero en cuanto a la forma si ha de ser acto jurídico, equivale a decir regulado. A su vez, la regulación mínima de la forma es la regulación del contenido; sin que el contenido esté regulado no puede ser jurídico.

Puede entonces ocurrir que la forma de los actos esté regulada solamente desde el punto de vista del contenido, de manera que sea libre para el actuante el modo mediante el cual se dé al acto el contenido; se habla aquí de libertad de forma usándola como modo. Por eso el principio de libertad de forma se resuelve en el de congruencia del modo del acto al objeto al que se aplica.

Toman el nombre de actos formales los que además del contenido, se encuentran regulados en su modo, y como el modo puede ser regulado con respecto a la persona que obra o prescindiendo de ella, el requisito mo-

662 *Nociones generales de derecho procesal civil*, p. 318.

663 *Op. cit.*, pp. 61 y ss.

664 *Instituciones del proceso civil*, T. I, pp. 471 y ss.

dal se puede distinguir en modo subjetivo u objetivo. Se refieren al modo subjetivo las prescripciones que hacen depender la validez del acto de que se haya cumplido por o frente a una determinada persona, ya sea directamente o bien indirectamente. Objetivamente, el modo se puede regular mediante determinación del uso que el actuante debe hacer del propio cuerpo o de cosas que le sirven para el cumplimiento y, en virtud de las dos hipótesis, se puede hablar de modo objetivo personal o real.

Puesto que la regulación formal resulta del nombre que denota su contenido, y de las reglas de experiencia que enseñan los modos para obtenerlo, se entiende que puede ser de género o de especie, según que se refiera a categorías de actos o a actos singulares.

c) Con la conocida amplitud de invariaciones que utiliza Carnelutti, su estudio continúa revisando programáticamente la regulación formal de la declaración, poniendo el acento en el modo y distinguiéndolas en nudas y motivadas o, como explica, declaraciones sobre el objeto o sobre los motivos, lo que hace el declarante a través de una construcción con signos, que de ordinario son palabras. La regulación formal de la declaración debe incidir sobre las cuatro fases en que se descompone, que son el objeto, los motivos, la creación y la emisión.

Después contempla el autor la forma de los acuerdos entre las partes, que exige identidad de contenido entre las declaraciones singulares y que intervengan todas las partes declarando la misma cosa. Sigue en turno la forma de las providencias del juez que el código italiano divide en sentencias, decretos y ordenanzas.

En un apartado posterior, Carnelutti se avoca al estudio de las formas de las operaciones, por más que no todas son objeto de regulación formal genérica o específica, como sucede con la custodia. Pero hay dos tipos que tienen grandísimo valor, y son la documentación y la notificación. Actualmente se admite tanto la formación de documentos indirectos como directos, los primeros son aquellos que consisten en una reproducción inmediata de la realidad como la fotografía en lugar de la escritura. La documentación indirecta, diferente a la escritura, como la reproducción con diseños, sigue el principio de libertad de forma. Pero en torno a la forma de los escritos hay disposiciones legales.

Tanto en lo que respecta a estas llamadas operaciones, como en lo que atañe a las comunicaciones, que Carnelutti describe como la entrega que el secretario hace a una persona que debe ser avisada de un acto o hecho, o la entrega de escritos o memorias que las partes se hacen directamente entre sí o por medio de secretario; es pertinente dejar su análisis para el momento oportuno. Pero no debe olvidarse que, a continuación, Carnelutti analiza las notificaciones y sigue con la forma de la administración que con frecuencia es obligada pero especial para cada

caso, aunque tratándose de la custodia de los documentos y al registro de los actos del proceso, el autor hace una indicación general.

Este es el panorama que, en términos resumidos presenta la doctrina, particularmente la más interesante que es la de Carnelutti. Se puede confirmar lo dicho por éste, en el sentido de que reina bastante confusión en torno al concepto de forma, y que si de muchos de los ejemplos que se mencionan, no hay duda de su calidad, lo cierto es que en la mayoría se toman situaciones que son materia de regulación diversa. Además, al confundir los fenómenos, como sucede tratándose del rito y del procedimiento, con la forma, probablemente por esa denominación tradicional que ha hecho expresar que el derecho procesal es un derecho formal, en realidad se está perdiendo de vista que no puede hablarse de una sola manifestación jurídica material, carente de forma. Ni cuando la conducta se significa conceptualmente, ni cuando las cosas o los acontecimientos se invarían con aquélla para dar lugar a su alteración o arreglo, se puede omitir la forma. Lo que probablemente acontezca, es que en el derecho, y en particular en el procesal, se advierte que la normatividad busca un momento de la realización, uno de los que aísla ya Carnelutti, para poner en él un acento particular de formalidad.

d) El empleo de la palabra modo en Carnelutti, trae al plano de la forma una significación más, que lejos de esclarecer, complica la inteligencia de la última. No es exclusivo de este autor el uso que se comenta; en la doctrina civilista se dice que modo tiene dos acepciones técnicas, una amplia y otra restringida. En sentido amplio se designan los medios o formas de originarse y de extinguirse las relaciones e instituciones jurídicas, por ejemplo, los modos de adquirir la propiedad, de extinguirse las obligaciones, de deferirse la tutela, etc. En sentido estricto expresa el elemento accidental que los interesados pueden añadir voluntariamente a los negocios jurídicos y por el que se designa el fin especial con el que el acto se persigue.<sup>665</sup>

Aunque se diga que el vocablo tiene dos sentidos, y equivocadamente se le califique a uno de amplio y a otro de estricto, la verdad es que en ambos aparece una diferencia frente a la forma. Si se trata del modo, es sinónimo de una determinación coactiva, lo que le separa de la condición además del hecho de que la última hace depender la eficiencia o la eficacia de la relación principal, y no así el modo; si, pues, se trata del modo, ante todo, la relación principal debe ser ya eficiente o eficaz y, luego, el modo viene a ser una carga más del obligado.

En cuanto a' llamado modo en sentido amplio, propiamente se le está confundiendo con la también denominada fuente.<sup>666</sup> Así se dice que el

<sup>665</sup> *Diccionario de derecho privado*, de Casso y Romero y Cervera y Jiménez Alfaro, T. II, pp. 2679.

<sup>666</sup> *Supra* N° 63.

modo de adquirir el dominio es el hecho jurídico al que la ley reconoce la virtud de hacerlo surgir. Por ello en el derecho romano se hablaba de naturales y civiles, originarios y derivados, *simpliciter* y *secundum quid*, según que la cosa sin dueño fuera adquirida por sí misma como en la ocupación, o en consideración a otra que ya pertenecía al adquirente como en la accesión. En resumen, la doctrina medieval vino a diferenciar entre el título y el modo, llamando al primero la causa remota y al segundo la causa próxima. Una concreción que permite ejemplificar mejor el problema, se encuentra en la hipótesis de la transmisión de la propiedad, de manera que se expresa que el título puede ser el contrato mientras la tradición, transmisión o entrega de la cosa es el modo.

Si se contrasta el modo, carga o determinación coercible, con la forma, se encuentran grandes diferencias. El modo mismo puede adquirir una forma o varias; y en la doctrina administrativa,<sup>667</sup> el modo se considera yuxtapuesto independientemente al contenido principal del acto, cuyo destino jurídico no depende pura y simplemente del modo, y viene a constituir una orden soberana coactiva.

La forma toma también senderos jurídicos en lo administrativo, y se dice que los actos pueden realizarse eficazmente no sólo por medio de signos, por un hacer o un omitir concluyentes, sino verbalmente. Es factible, se ejemplifica, que una afectación de una superficie de terreno, para considerarla vía pública, necesite del asentimiento concordante del obligado a su construcción, del propietario y de la policía. Si, por error, la policía no ha cooperado en este acto, pero exige del municipio que le ponga alumbrado, reconoce que se trata de una vía pública y manifiesta que asiente a este destino.<sup>668</sup>

e) El capítulo terminológico es a veces decepcionante si no es que llega a irritar. Es verdad que no se puede llamar exclusivo del derecho y ni siquiera de las ciencias sociales, porque también en la físicas y naturales tiene grandes dificultades. Pero lo que asombra es que teórica y legislativamente se puedan ejemplificar los significados de los vocablos, en tanto que doctrinariamente resulte un problema definirlos.

El caso de Carnelutti es mostrativo del talento puesto al servicio de sí mismo. En realidad, el autor ha puesto atención en el mismo fenómeno que considerara Jossierand,<sup>669</sup> esto es, que la conducta se integra con diversos factores que generalmente se designan como los móviles, la voluntad, la intención, el fin, la causa y el motivo.

667 Ernst Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, Trad. Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Madrid 1958, p. 299.

668 Op. cit., p. 302.

669 *Los móviles de los actos jurídicos de derecho privado*, Trad. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr., Puebla 146, pp. 13 y ss.

Esta premisa es la necesaria para identificar la forma, porque el derecho opera con normas, relaciones en las que los conceptos tienen un destino humano. Para cumplir con sus significaciones es indispensable la conducta, y por lo mismo si ésta se analiza a la manera de Carnelutti, en cuatro fases que son el objeto, los motivos, la creación y la emisión; o se estudia desde la perspectiva de Josserand, el resultado es el mismo y consiste en que la forma está en uno de esos momentos.

Pero Carnelutti ha sustituido el modo por la forma, y de esta manera ha complicado la explicación, porque el modo es también un término técnico que se ha venido empleando en el derecho con cierta precisión. Por lo demás, no se trata de sostener que la forma es lo que en Carnelutti se llama modo, sino en advertir que son dos categorías jurídicas que tienen un significado independiente.

Al llegar a los casos concretos, cada término tiene una función distinta que los legisladores aprovechan para establecer sus normas. Si se toma la hipótesis de una audiencia en un tribunal, se encontrará que hay modo y forma, que no se puede resumir uno en la otra ni viceversa, porque el cumplimiento de cada uno es necesario para el resultado final; de la misma manera que tampoco se pueden confundir esos conceptos con los atinentes a la circunstancia,<sup>670</sup> al tiempo, al espacio, ni con otros pertenecientes a las condiciones que se han designado como los supuestos, requisitos y presupuestos.<sup>671</sup>

Que el local esté abierto al público o que sea una oficina comercial, esto corresponde a las circunstancias e influye en el comportamiento general. Que la audiencia se celebre en un día y no en otro, ello atañe al tiempo. Que las partes acudan a la sala de audiencias y no al escritorio del secretario, esto se liga con la localización. Que existan alegatos o informes en estrados, esto proviene de la forma. Pero que los magistrados deban estar reunidos, ello viene a significarles una carga coercible y es, por tanto, un modo.

Si la decoración o el escenario son las circunstancias, el modo de presidir las audiencias es una determinación coercible porque puede ser exigida por las partes con posibilidades, inclusive, de sanción hacia las personas o hacia los actos en cuanto pueden anularse.

Por tanto, la forma está en la expresión de la conducta en primer lugar y, en seguida, en la presentación de las cosas, porque es cierto que unas se llevan para ser examinadas y otras pueden presentarse en el lugar de su ubicación o por medios de reproducción.<sup>672</sup>

Para no penetrar en la metafísica, bastará advertir que las cosas se regulan jurídicamente por la forma, cuando pueden alcanzar diversas pre-

670 Supra N° 111.

671 Supra N° 128.

672 Fotografías.

sentaciones. Una materia venenosa podrá ser mostrada en su forma sólida o líquida, la huella de una pisada se podrá ofrecer en un molde de yeso o de barro, un texto doctrinario se podrá enseñar en diversas ediciones y la jurisprudencia podrá constar en una complicación oficial o en otra privada.

Por cuanto a la conducta, si ya Carnelutti y Josserand han visto que comprende varios momentos, sólo hace falta identificar aquél en el que la forma tiene importancia jurídica. No se regulan las formas de los móviles, de la voluntad, ni de la creación. La forma está en eso que un autor llama emisión y el otro lo resume en conducta, porque si el resto puede ser conformado, en realidad, para el derecho apenas interesa la expresión, lo perceptible.

No debe llevar a confusión lo anterior, suponiendo, por ejemplo, que el derecho penal o el administrativo no consideren los móviles; lo que ahora se precisa es que, tocante a la forma, lo único que se toma en cuenta es la emisión.

En vista de lo que antecede, se puede ya decir que respecto a la forma, se ha venido hablando como si el derecho la creara. Ni cuando se hace referencia a los conceptos relacionados en la norma, ni cuando se mira a las expresiones de la conducta o a la presentación de las cosas, se puede pensar en que el derecho tenga caracteres de máquina, que pueda fabricar sus propias y exclusivas formas.

Lo que acontece es que el derecho elige una entre las posibles, ya se trate de la conducta o de las cosas. Si el hombre se puede comunicar por señas y señales, por símbolos y por sonidos, lo que la norma efectúa es una selección. Y cuando ordena que una promoción se presente por escrito, y añade que el papel tendrá ciertas dimensiones, que la letra se imprimirá u escribirá con tinta; en fin de cuentas sólo escoge de entre lo conocido lo más adecuado.

Verdaderamente, la forma viene dada para el derecho, no puede inventarla, ni cuando una disposición fiscal manda que las declaraciones se presenten en determinada forma. La oficialización del formato es propiamente una selección que responde, como ha observado Carnelutti, al contenido previsto. Si la declaración se refiere a los ingresos de los contribuyentes clasificados como **mayores**, o si atañe a personas físicas y no a empresas, es el contenido lo que sirve para el **formato**. Pero lo que puede calificarse de forma está implicado en la consistencia misma del documento.

En conclusión, la forma jurídica no es sino la expresión de la conducta o la presentación de las cosas, elegida por la norma. Con esta caracterización se deja a otras ramas del saber la distinción posible entre forma y contenido, sustancia o esencia. Basta estar cierto de que una con-

ducta puede manifestarse en dos o más formas, para asegurar que el derecho eligirá una entre todas. Y, como explica Carnelutti, si no se hace selección, entonces se podrá hablar de libertad de forma; pero esto no tendrá más trascendencia que la jurídica, porque materialmente la conducta no se emitiría si faltara el dato que le hace perceptible. Salir hacia el exterior es ya tomar forma, es objetivarse, más como esto puede hacerse de manera diferente, la escogida será la jurídica.

f) Si la forma jurídica no es más que la elección entre las posibles expresiones de la conducta o las posibles presentaciones de las cosas, todo el problema restante gira en torno a los dos polos de libertad de forma y formalismo.

La tesis de Ayarragaray es que la forma es una seguridad de la misma libertad. Pero el derecho positivo ofrece innumerables ejemplos de un formalismo que agobia y ahoga el procedimiento. Es, pues, indispensable establecer los límites y saber cuándo se necesita la forma y cuándo el formalismo es censurable.

Antes de acometer este análisis, se debe puntualizar que la forma jurídica, por su índole de elección convertida en norma, viene a ser una condición de la relación principal, sea ésta el acto proyectivo o la serie procesal. Además, interesa dejar establecido que hay una diferencia también entre formalismo y formulismo, y que resulta prudente aludir a este punto.

Se dice que la elección de entre las formas posibles es convertida en norma, por el simple hecho de que ya sea el legislador, el juez o las partes, cuando seleccionan la forma dictan un imperativo. Es esa forma y no otra entre las posibles, la que tendrá eficacia o la que permitirá que tenga eficacia la relación principal.

Así pues, normada la forma, puede acontecer que se establezca indicativamente o inderogablemente. No se pierde la imperatividad en ninguno de los extremos, porque tanto la fórmula indicativa, como la inderogable, tienen efectos jurídicos. La imperatividad de la norma indicativa está en que al realizarse se entiende necesariamente cumplida la actividad, y ello no impide que también se permita otra forma. Viene a suceder, entonces, que preferiblemente hay que actuar con la forma normada, porque ello eliminará cualquier duda sobre la realización del acto; pero como también se vincula otra forma con la misma consecuencia, cabe decir que la primera está indicada en un lugar destacado, como la más segura y acreditadora.

En el caso de la forma inderogable, es factible que el acto o la cosa puedan ser verificados con otras formas, pero que para efectos jurídicos sólo valga la primera. Si el autor de la norma ha implantado la forma inderogable por razones circunstanciales que pueden ser la experiencia, el

capricho, su propia conveniencia o la facilidad que entonces se tenía para acreditar el hecho con ese medio; entonces es casi seguro que la forma caiga en el formalismo indeseable, porque los avances de la ciencia o de la técnica, pueden ofrecer mejores formas inútilmente.

El formalismo es, en tal virtud, el resultado de convertir la forma jurídica en una elección inmodificable. Muchas veces el formalismo es producto de la mención del contenido. Así se elaboran los **formatos** legales, como los empleados en las declaraciones y manifestaciones fiscales. Como el legislador quiere que se den a conocer ciertos datos, los impone inderogablemente; pero además, para facilitar su compulsión y examen, los distribuye en el documento y manda que sólo con ese diseño se presenten los escritos.

Cualquiera que sea el criterio sobre ese fenómeno, lo cierto es que tal formalismo puede ser explicable, y cabe que por principio de economía de trabajo, la **formas** oficiales sean recomendables.

Pero al llegar al proceso, el formalismo puede convertirse en una carga injustificada. Así, para proponer la demanda se deben satisfacer los contenidos enumerados en las leyes, datos que identifican a las partes, al tribunal, lo pretendido y la causa de pedir. Pero aquí las leyes no suelen ser tan exigentes como las fiscales y no mandan que los escritos vengan en formatos especiales. Sin embargo, la práctica de todos los países, va conjuntando frases y oraciones casi sacramentales, que por inercia se copian y difunden.

El formalismo impuesto por los usos forenses no es tan grave ni tan funesto como otros que provienen del arreglo normativo mismo. Así puede suceder que la ley indique que los documentos se presenten al ofrecer la prueba. Con tal motivo, en los escritos se destina un párrafo para indicar el hecho del ofrecimiento, párrafo que si faltare acarrearía trastornos de magnitud, como la emisión de una providencia que tuviera por no exhibida la prueba documental.

Pero todavía más, entre formalismo y rito se puede establecer tan estrecha relación, que conduzca a un recíproco acreditamiento. Así, por más que teóricamente no haya impedimento para ofrecer la prueba documental en distintas circunstancias y por medio de escritos de forma libre, prácticamente acontecerá que la ausencia del escrito específico conduzca a la modificación del rito y se tienda al desechamiento o la desestimación.

El formalismo sube de tono cuando en los tribunales se implantan ritos que representan comodidad en el trabajo de los subalternos. El abogado llega a la audiencia a desahogar una prueba y tropieza con la experiencia de una mecanógrafa, verdaderamente encargada de levantar el acta, la cual tiene un rito y un formalismo para sus escritos. Cotidianamente, el postulante se acerca al escritorio de la empleada y dicta un

preámbulo memorizado hasta el cansancio. Si tiene confianza o es conocido en el juzgado, se limita a indicar el tipo de acta y la mecanógrafa redacta toda la introducción, desde la data hasta la identificación personal, el tipo de juicio, el objeto del acto y, si se trata de un interrogatorio de testigos, procede con soltura a escribir las respuestas procurando que incluyan la pregunta. Su práctica puede ser tal, que el abogado se limite a presentar un pliego de preguntas y a firmar al calce del acta.

Estos formalismos permiten pasar de la mera forma al rito estricto, y así se mira que se contrastan la formalidad o severidad de lenguaje de una corte con la informalidad por la llaneza expresiva del árbitro que actúa en un despacho comercial. El formalismo va de la conducta individual al contacto ritual, cuando los usos forenses imponen que las partes se dirijan al juez y no entre sí. La informalidad de una conversación en la oficina del juez permite que las partes se dirijan preguntas y se hagan recíprocas aclaraciones.

El formalismo llega a plasmarse en el código cuando la confesión se regula como absolución de posiciones, y en tal caso el proponente no puede preguntar sino formular oraciones categóricas. Ello es, naturalmente, trascendental cuando las leyes procesales ligan a tal tipo de forma gramatical un efecto diferente a la mera participación de conocimiento de hechos personales realizada en otros actos.

Desde la forma, pasando por el formalismo, se llega al formulismo. Se trata ahora, no ya de la mera expresividad de la conducta, sino del sentido de los actos. Por fórmula hay que entender la simbología que reduce a relaciones de signos un pensamiento. Las fórmulas tienen su mayor aplicación en la química, por ejemplo, pero se utilizan también en el derecho, como cuando las leyes determinan por el conjunto de signos la naturaleza de un documento: letra de cambio, cheque, etc.

La fórmula del pretor romano no era sino una relación de conceptos presentada documental u objetivamente. En la actualidad, hay fórmulas que, economizando la expresión gramatical, permiten dar a conocer el pensamiento al que el derecho relaciona determinados efectos. Son comunes las oraciones con las que terminan los escritos judiciales de las partes, con el **protesto lo necesario, otro si digo, etc.**

A veces el formulismo se considera un formalismo y se toma la expresión por la consistencia del acto. Así se confirma en las sentencias de tiempos pasados, donde se imponía una expresión como el significado único de un pensamiento dado, vale decir, de los resultandos o los considerandos. Hoy, todavía, hay fórmulas que han perdido su sentido o que nunca lo tuvieron científicamente hablando, como acontece con esos puntos resolutivos en los que el juez expresa: **ha procedido la acción, el demandado no probó sus excepciones, y demás por el estilo.**

## **312 Forma de la actividad**

La fórmula es conveniente y plausible cuando efectivamente llena su cometido de economía de esfuerzo intelectual, pero cae en la exageración y lo censurable, cuando de ella se hace depender la naturaleza de los actos y relaciones. Viejas fórmulas, nacidas en la experiencia, son todavía empleadas en el derecho notarial, en los mandatos civiles y su mejor concreción son las cartas poder.

Los formulismos han originado toda una producción literaria jurídica, que recibe el nombre de formularios. Hay formularios para hacer demandas, contestaciones, ofrecimientos, desahogos, alegatos, autos, notificaciones, embargos, sentencias, remates, adjudicaciones y cuantos actos pueden entrar en la actividad procedimental.

Si se toman en su medida práctica, los libros de formularios llenan un campo del derecho de cierta utilidad. Para el postulante novicio, estos formularios, o la copia de escritos forenses, vienen a ser la puerta que les abre el panorama de la literatura judicial, o notarial, administrativa o contractual. Y bien está que existan tales obras, lo perjudicial sería tomarlas como las únicas expresiones legales. El formulario, como las antologías de cartas, poemas o cuentos, ilustran, dan ejemplos de cómo hacer los documentos; pero no dan la inteligencia, ni la ciencia para hacerlos; porque en la práctica, la parte importante de un escrito depende del problema especial y del criterio que sobre las cuestiones tenga el postulante.

Forma, formalismo y formulismo, son términos que tienen raíz común, pero significado diverso. Tanto puede adolecer de buena técnica una ley que exige cierta forma contra los dictados de la ciencia respectiva, como el código que impone un formalismo innecesario, o la norma que confiere a la fórmula una misión superior a la economía de expresión. La tarea de la doctrina en este campo, tiene su mejor ocupación, en la demostración de los errores en que se cae por la exageración imperativa de formas, formalismos y formulismos que tanto recargan el proceso.

## CAPITULO VI

- 130 La irregularidad procesal. 131 La nulidad. 132 La nulidad en el proceso.  
133 La nulidad en la doctrina procesal. 134 Conexiones de la nulidad con otros  
fenómenos jurídicos. 135 Rescisión y resolución, pacto comisorio y revocación.  
136 Ineficiencia e ineficacia.

### 130 La irregularidad procesal.

Irregularidad es ausencia de elementos o de factores, de esos datos que, en general, entran en la composición de una relación jurídica y, por implicación, en la naturaleza jurídica del acto mencionado o significado en esa relación.

La conducta es expresiva jurídicamente, cuando su emisión satisface las previsiones de la norma aplicable. Como es la conducta la que debe operar sobre las cosas, éstas a su vez, tendrán la presentación exigida cuando cumplan el significado de la correspondiente norma.

La pregunta que surge respecto a la irregularidad, es qué puede constituirla. En cualquier rama del saber se puede distinguir la fórmula, del procedimiento para **realizarla**, para convertir la idea en materialidad. Pero en el derecho, la misma formulación puede adolecer de fallas, y entonces será necesario revisar desde la legislación a la realización, sobre todo en regímenes constitucionales, en que la misma ley eminente puede provenir de un órgano que no debe ser el constituyente. Es verdad que las Constituciones suelen provenir de revoluciones, de cambios violentos en las estructuras sociales, pero no toda revolución es forzosamente el movimiento triunfante y, además, cabe que algunas triunfen temporalmente, de manera que al ser derrotadas con posterioridad, se produzca la derogación de sus leyes fundamentales y, consecuentemente, de las normas derivadas de sus principios y organización.

Pero sin continuar en la línea de la política general, basta tener presente que la Constitución en vigor o las leyes fundamentales cuando el Estado no tiene una Constitución escrita, señalan el camino para legislar, y el apartamiento del mismo lleva a la irregularidad normativa. Varios países conocen del control, del medio jurídico adecuado para impugnar la constitucionalidad de las leyes. En México la vía es el amparo y a través de él, se ataca la irregularidad de las disposiciones ordinarias y reglamentarias, ya sea que provengan del Congreso o del Ejecutivo, federales o estatales.

La impugnación tiene como supuesto, tanto la irregularidad de la fórmula, como el procedimiento para producirla. Y esto se repite en todos los ámbitos y niveles de la juricidad. Si puede alegarse que una reforma constitucional es irregular, se puede también sostener que un convenio lo

es, que es irregular una demanda o una sentencia, que lo son el emplazamiento y la notificación, o el proveimiento y el dictamen, la confesión y el testimonio, o el instrumento y el documento.

La irregularidad se presenta como el quiebre general de la juricidad. Su objetivo es, desde eliminar la relación al acto, hasta restarles eficiencia o eficacia. La razón de ello es que no sólo puede haber fallas en las fórmulas determinativas, reversibles o consecuenciales, sino en sus condiciones.

Todos los sujetos del proceso puede atacar las normas y las conductas irregulares, pero también para la impugnación hay fórmulas y condiciones, de manera que si **a priori** se puede decir que la irregularidad es atacable, o acusable como se dice en algunas legislaciones suramericanas, por consideraciones circunstanciales de cada política legislativa, cierto tipo de irregularidad se puede combatir por todos, otro por algunos y el resto por un solo sujeto.

a) En derecho se habla, desde hace mucho tiempo y a veces desde el sistema romano, de diferentes clases de irregularidades. Los vocablos inexistencia, en boga en el siglo pasado; nulidad, anulabilidad, inoponibilidad, invalidez e ineficacia; se han conjugado de manera diversa, que algunas ocasiones resulta anárquica.

La tarea doctrinaria, más que la legislativa o la jurisprudencial, que en este punto siguen a la primera, ha sido clasificar las irregularidades. En su búsqueda de notas distintivas, se han incluido nuevas denominaciones, como las de actos defectuosos, actividad improcedente, ilicitud, acto indebido, demanda o sentencia oscuras y contradictorias.

Los pequeños o grandes puntos de discrepancia, no impiden que el común denominador sea la irregularidad. En determinadas circunstancias, en nuevas nociones, no por lo reciente de su conocimiento, sino por lo conexo de sus efectos, la irregularidad alcanza la categoría de verdadera figura jurídica, y tal sucede con la simulación; y todavía se puede añadir que por implicación, la irregularidad conduce al delito, no ya como conducta ilícita, sino como actitud que toma apariencia de legalidad ante el perjudicado, por ejemplo en el fraude.

Si para la norma constitucional primaria no opera el criterio de la regularidad, porque para el movimiento triunfante, según muestra la experiencia, lo que importa no es tanto el apego a disposiciones vigentes, tengan o no carácter previo constitucional, sino la dotación de vigencia a sus nuevas disposiciones y el mantenimiento de su vigor; para el resto, incluida la legislación del órgano constituido que se encarga de modificar los preceptos constitucionales, la regularidad significa adecuación a una norma dada.

El órgano modificador de la constitución tiene, al menos, que respetar las reglas de integración y el procedimiento legislativo especial que

le compete. Por ejemplo, en México es menester que las reformas sean aprobadas por el Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas de los Estados.<sup>673</sup> Cabe suponer que el Congreso aprobara una adición sin el voto favorable de las dos terceras partes de los individuos presentes; en tal hipótesis, el acto sería irregular.

Así pues, con la salvedad indicada para el órgano constituyente revolucionario, salvedad que proviene de la experiencia y no de la ley emittente, porque ésta puede indicar, como lo hace la mexicana en su artículo 136, que no pierde su vigor aún cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia; lo general es que la irregularidad suponga una normación previa.

En el ámbito privado, la intervención de la libertad haría pensar en la misma situación indeterminada del caso constitucional revolucionario. Y ciertamente, mirando al reducido sector de la juricidad independiente del orden estatal, no se descubre una previa normación a cuya referencia sería necesario atribuir la regularidad y su contrapartida la irregularidad. Pero queda ya dicho que la constelación de relaciones puramente privadas es de por sí reducida, y a ello debe añadirse que por virtud de la institucionalización del derecho, a menos que la relación privada surja y desaparezca sin dejar huella material, desde su constitución está afectada por reglas tales como las que determinan la capacidad, la habilidad, la legitimación o la representación de los sujetos.

b) En la esfera de lo procesal, el fenómeno institucional es constante. Ya se mire al objeto conflictivo, contenido procesal, o se observe el sector dinámico que da el continente, la consistencia institucional opera haciendo repercutir las relaciones privadas en la normatividad pública y viceversa.

Aquí la regularidad está definitivamente prevista, sin importar que se considere un proceso penal, uno civil o un arbitraje privado. En el último caso, los comprometentes y el árbitro deben ser sujetos jurídicamente hábiles, y esta cualidad les está imputada por la ley, no tiene sentido querer ser mayor de edad, porque es el derecho positivo el que establece la medida temporal. Y sin ser hábil conforme a la ley procesal que puede no coincidir con la civil en este extremo, no se puede accionar.

Desde este punto, pasando por la habilidad para ejercer los títulos sustantivos, la habilidad para contraer obligaciones, la habilidad para transigir o renunciar, en todos ellos la influencia del derecho positivo es innegable. Por tanto, si en el proceso se pueden dar convenios, típicas convenciones privadas, inmediatamente resulta que por su sentido de repercusión, deben siempre considerarse las consecuencias institucionales, es decir, el hecho de que tales convenios irán finalmente a tener influencia

en el orden estatal y pueden ser irregulares frente a sus disposiciones inderogables para los particulares, o los justiciables en general.

Ahora bien, si se pretende sistematizar la irregularidad, tendrá que comenzarse por distinguir entre la fórmula de la relación, las condiciones y los modos. Se ha anticipado que las condiciones son reglas que supeditan la eficacia o la eficiencia de la relación principal, al cumplimiento o satisfacción de las primeras. Se anotó que el modo es una carga coercible, elemento accidental que se añade a las relaciones para designar la finalidad especial que se persigue con los actos. Por ende, sólo queda averiguar, casuísticamente la ubicación de la relación principal en esta constelación conformadora, para descubrir las situaciones de regularidad o irregularidad.

Se tiende casi siempre a revisar la conducta misma, y se procede a calificar su irregularidad conforme a patrones clasificados en términos de una legislación vigente. Pero en realidad, la conducta es la expresión material de un concepto normativo que la significa, de manera que la conexión debe hacerse de concepto a noción. Lo correcto es tipificar esa conducta, para contrastar el tipo con el concepto imperativo.

La conducta se da en un tiempo y un lugar determinados, en cierta forma y con un sentido que es lo jurídico, lo inscribible en la norma. La falta de acoplamiento del tipo de esa conducta a la fórmula de la relación principal, a sus condiciones y modos, cuando los hay, es lo que produce la irregularidad. El caso penal, como ya se advirtió, resulta irregular por implicación. Lo que acontece es que al ser sancionable, la conducta viene a ser el tipo supuesto en la relación consecuencial, al que se le imputa una sanción en el sentido de punición.

Debe aclararse, marginalmente, que los conceptos de tiempo y espacio entran de dos maneras en la regularidad y la consiguiente irregularidad. Cuando son circunstanciales sirven para la identificación, cuando son condicionantes trascienden por fuerza en la regularidad.

c) La actividad procesal alcanza un grado notable de complejidad, por la obvia razón de los elementos y factores que se conjugan en su manifestación. Ello supone una mayor posibilidad de irregularidades respecto a las relaciones sustantivas, y naturalmente la consecuencia sancionatoria produce la impresión de un aparato peligroso y apto, más que para alcanzar justicia, para conducir a la injusticia.

Probablemente la irregularidad de la relación sustantiva no sea advertida sino en la sentencia y, consecuentemente, la sustanciación de diversos procedimientos por todas sus fases e incidencias, convierta en doblemente penosa la derrota. Por el contrario, si la relación sustantiva es regular, pero la irregularidad se presenta en el procedimiento, la pérdida

de una esperanza que puede llegar a ser seguridad en el derecho del accionante, provoca una reacción contra el instrumento legal.

Es forzoso tener presente, en cada proceso, los múltiples aspectos de la actividad, su fórmula principal, sus condiciones y hasta los modos para anticiparse a la posible irregularidad. Aunque también es conveniente expedir una legislación que permita graduar las irregularidades por su trascendencia mayor o menor, y disponer los mecanismos adecuados a su corrección. La tarea del legislador es en este ámbito difícil, porque la irregularidad no está sistematizada doctrinariamente con toda la precisión que permita encontrar los remedios idóneos.

Desde luego, hay una influencia natural de las circunstancias, y su ponderación es indispensable. Pero ello no viene en la ley procesal, porque las circunstancias no están mandadas,<sup>674</sup> aunque en la organización del escenario se pueden estipular las composiciones más pertinentes para cada tipo de causa o conflicto. Una escenificación para un juicio civil debe tender a la mayor informalidad posible;<sup>675</sup> en cambio en lo procesal, la importancia de los valores humanos que se controvierten exige más severidad aunque no más formalismo.<sup>676</sup>

En fin, la irregularidad no viene siempre del incumplimiento de las normas aplicables, también resulta de circunstancias que pueden ser previstas y acondicionadas. El valor que se da a ellas en ciertos regímenes y en determinadas causas, confirma que el ambiente influye, que las posibilidades de cometer irregularidades son menores y que las facilidades para remediarlas se multiplican.

Tal vez en la doctrina no se haya sentido la necesidad de destacar el papel que toca a las circunstancias, pero hora es ya de que se piense en ellas, que se analice hasta donde propicia la irregularidad la dificultad del contacto directo entre el juez y las partes o los terceros auxiliares. Es aconsejable meditar si la formalidad que proviene no ya del orden lógico de las instancias, sino de los usos forenses apoyados en el escenario mismo en que se manifiestan, si esa formalidad tan exagerada en aquellos tribunales en los que menos se necesita, no será causante de tantas irregularidades. Que un escrito deba responder a un formato específico y no pueda explicar llanamente su objetivo, indudablemente será siempre la explicación de alguna irregularidad en el contenido o en la emisión.

Pero la irregularidad ha seguido caminos de clasificación que la doctrina tiene implantados férreamente. No es posible olvidar la separación entre inexistencia y nulidad, anulabilidad e inoponibilidad; por ello, es apenas obligado el estudiar el cuadro clasificatorio.

674 Supra Nº 111.

675 Supra Nº 129.

676 Igual que el anterior.

## 131 La nulidad.

El concepto romano de nulidad no ha sido mantenido históricamente, ni sus condiciones son reproducibles en la actualidad. Por ello Piero Calamandrei<sup>677</sup> incursionó eruditamente en el largo recorrido que pasando por la Edad Media, llega hasta las modernas legislaciones que regulan la casación.

El primitivo derecho romano, formalista y quirritario, hacía surgir el acto jurídico del encadenamiento de palabras, el cumplimiento de ritos y la manifestación de gestos simbólicos, como medios forzosos cuya inteligencia se dejaba a la potestad pontifical. Se infiere que la nulidad sólo podía aparecer más tarde, cuando el acto se concibió materialmente, es decir, cuando apareció la objetivación en la escritura, que exige una comprensión abstracta en que los jurisprudentes imponen su autoridad

Las conquistas romanas y el crecimiento de la población, transformaron la organización política y la vida comercial, y hacia el fin de la República fue necesario establecer un funcionario que asegurara el respeto a las leyes: el Pretor, quien con sus decisiones influyó directa y profundamente en el **jus civile**, tanto como pretor urbano, cuanto como pretor peregrino, aunque éste fuera el más activo. El pretor dispuso de un poder político y administrativo que sumó a la potestad judicial dando lineamientos para el futuro mediante la promulgación de edictos anuales. Este derecho, ligeramente modificado de pretor a pretor, mereció el calificativo de Celso de **jus est ars boni et aequi**; pero debe recordarse que a su lado floreció con gran influencia la obra de los jurisprudentes. Sin definir al acto jurídico, el derecho pretoriano redujo poco a poco los límites del formalismo y fincó en la voluntad las condiciones de fondo de los contratos de buena fe, al amparo de lo que se llamó el **jus gentium**.

La nueva orientación implicó el régimen de equidad, trascendiendo hasta la teoría de las nulidades, por lo que el acto solemne, otorgado en forma regular y de acuerdo con el **jus civile**, resultaba nulo si le faltaba el acuerdo de las partes; en cambio, el acto nulo por su forma, pero con un consentimiento válidamente expresado, no era totalmente ineficiente, porque podía llevar a los efectos de un pacto. Desde esta época, la voluntad vino a representar un elemento esencial en la formación del vínculo obligacional, y la principal fuente de las deficiencias, al grado de que inicialmente, las cosas fuera del comercio correspondieron al campo de las excepciones, en que se hallaba la imposibilidad legal<sup>678</sup> y la imposibilidad física.<sup>679</sup> Más tarde, las reglas atinentes al objeto se reforzaron con la noción de la causa, que incluía las condiciones necesarias para la validez

677 *La Casación Civil, Trad. Sentís Melendo, Bs. As. 145.*

678 Objeto jurdicamente imposible.

679 Objetos cuya naturaleza no podía realizarse.

de las obligaciones, en especial, respecto de las estipulaciones ignominiosas, las fundadas en un fin inmoral, el pacto ilícito, etc. Es a propósito de la causa, que los glosadores trataron la distinción entre causa impulsiva y causa final.

El derecho pretoriano, por tanto, se apoyó en dos conceptos primordiales, el dolo y la violencia <sup>680</sup> Su tarea se realizó comenzando por la creación de la **exceptio**, como un procedimiento concedido al deudor para rechazar el cumplimiento exigido por el acreedor; después se pasó a la **actio**, como medio de repetir contra lo injustamente pagado; <sup>681</sup> por último, se estableció la **restitutio in integrum**, para cuando los demás recursos se hubieren agotado, restitución que después hubo de limitarse a los casos de dolo, error y violencia.

Con su compleja autoridad, el pretor podía escoger entre recurrir a su **imperium** para ordenar administrativamente la restitución, o entregar al interesado la fórmula de una acción para que promoviera un juicio, en la inteligencia de que en los contratos de derecho estricto, la restitución no afectaba al acto, cuya fuerza jurídica se conservaba pero impedida, por la intervención del pretor, mientras que en los contratos de buena fe, la restitución conducía a la consagración práctica de la nulidad.

Pero el **jus civile** romano no fue enriquecido sólo por el **jus pretorium**, junto a ellos se desarrolló el derecho consuetudinario, práctica jurisprudencial aunada a la opinión pública de la que habría de salir la **querella**, que inicialmente y por obra del Tribunal de los Centumviro, se aplicó a las cuestiones de petición de herencia.

Utilizada en el procedimiento formulario y también en el extraordinario, vino a sancionar la nulidad de la institución, a través de la ruptura del testamento. Para intentar la petición, el desheredado demandaba la apertura de la sucesión **ab intestato**, pero esto debía estar precedido por una fase preparatoria, **in** que se notificaba al magistrado o al beneficiario la intención de impugnar el testamento. Presentada la querella como demanda, se exponían las conclusiones sobre las que se fundaba la inoficiosidad del testamento; la fase concluía con una sentencia interlocutoria que resolvía una cuestión incidental, que de ser favorable, abría el camino para la petición de herencia. Sin embargo, y esto fue de la mayor importancia, la querella producía un efecto relativo, porque sólo afectaba a quienes habían litigado; si se había instituido a varios herederos, era necesario citar a todos para que la sentencia les parara perjuicios.

Quedó establecida la procedencia de las nulidades, pero hacía falta determinar si operaban de pleno derecho o por intervención judicial; en este punto la doctrina asegura que si toda pretensión jurídica había de pa-

680 En su doble aspecto de fuerza física y compulsión moral.

681 También en sus dos sentidos: *actio reipersecutoria* y condena penal

sar por el análisis del pretor, la nulidad absoluta podía operar de pleno derecho.

El bajo imperio romano recibió la concepción del emperador Teodosio, en el sentido de que toda ley, sin excepción, recibía el esfuerzo de la sanción, que implicaba la nulidad, cuando se violaba. Al mismo tiempo se crearon grandes grupos de ineficacias: las nulidades absolutas y las relativas que los jueces, después de largas discriminaciones, lograron encuadrar en correlaciones entre la gravedad de la irregularidad y la naturaleza del acto. Las fuentes de las nulidades absolutas siguieron siendo la ley y las buenas costumbres, concibiéndose la sanción como un efecto de pleno derecho; pero cada vez que se hallaba probada la buena fe, la nulidad absoluta cedía el paso a la relativa, y así sucedió cuando el objeto del contrato era una cosa fuera del comercio y el comprador había sido víctima de un error, respetándose el principio cuando la obligación tenía una condición imposible o potestativa.

Desde el punto de vista de los medios procesales, se insistió en hacerla operar de pleno derecho, pero si el acto nulo había sido realizado, se abría la posibilidad de repetición; la teoría del enriquecimiento injusto se opuso a los efectos del acto irregular. A su vez, las nulidades relativas, que antes fueran competencia especial del pretor, tomaron un aspecto homogéneo en cuanto a los medios de protección reservados exclusivamente a la víctima, que eran el dolo, la violencia y la inoficiosidad del testamento. La nulidad relativa se aclaró en la acción o pretensión rescisoria.

En el período bárbaro, comprendido entre 481 y 987, la noción romana subsistió y la nulidad absoluta permaneció vinculada al carácter ilícito o inmoral del acto, en tanto que la relativa siguió protegida por las pretensiones de dolo y violencia, por la **restitutio in integrum** y la **querela inofficiosi testamenti**. La absoluta afectó no sólo a los actos en que el objeto era cosa fuera del comercio, sino a los vinculados a una condición naturalmente imposible; la relativa estuvo ligada a las mismas causas anteriores: dolo, violencia, error y minoridad de edad.

Del siglo X al XV se desarrolló el período feudal, con sus leyes territoriales dividiendo las provincias y auspiciando un derecho nuevo en los usos locales, que frecuentemente se vio obstaculizado por la tendencia unificadora de la iglesia. Todavía se entendía a la nulidad absoluta dividida en tres sectores: lo que se hacía contra la ley, lo que se hacía contra las buenas costumbres y lo que se hacía en fraude a la ley. Estas nulidades entraron en juego a propósito del consentimiento y la intención de las partes. Y en el capítulo de los actos contrarios a las buenas costumbres se comprendieron los actos con causa inmoral, las condiciones imposibles, los pactos de sucesión futura y las donaciones entre esposos. La más antigua costumbre de Bretaña requería que la causa fuera razonable y honesta, y fue así como la causa se convirtió en elemento indispensable para la va-

lidez del contrato y debió estar de acuerdo con las buenas costumbres y ser lícita. Entre las relativas se mencionaron el engaño, la fuerza y la minoridad. Este período feudal pasó por tres épocas en cuanto a las provincias de derecho romano: la recepción del derecho justiniano en Francia, la interpretación de los glosadores y los comentarios de los postglosadores. Es de advertir que las nulidades se expresaron por el vocablo **inútil**, lo que implicó falta de interés en la declaración judicial que no fue requerida, porque en todo caso, la pretensión estaba prohibida. Además, se distinguió por **Accursio**, que hacer algo contra la ley era no respetar su letra, mientras que hacerlo en fraude de ella era tratar de eludir por medios torcidos lo que se había querido prohibir. Un caso fue la venta de bienes del menor, sin el consentimiento del tutor, y otro el de la venta de los bienes del inhábil por interpósita persona.

Antes de la Ordenanza francesa de 1510, la escuela dialéctica distinguía entre la práctica judicial del rescindente y el rescisorio, teoría que se encontró también en la rescisión de la usucapión. Por el **judicium rescindens** se obtenía la rescisión del contrato, cuando el consentimiento había sido obtenido por error, dolo o lesión del menor. Por el **judicium rescisorium**, que nunca podía intentarse en primer lugar, la obligación rescindida tenía por objeto la restitución de las cosas que las partes se habían cambiado. Por tanto, no había lugar al rescisorio si el contrato no se había cumplido.

El siglo XVI logró una importante conquista para el derecho francés, al desterrar la terminología romana. Dumoulin prefirió el término nulidad precisa y perpetua, D'Argentré habló de la nulidad por causa pública, Imbert consagró el vocablo de nulidad de derecho y Coquille se refirió a la nulidad precisa y absoluta. En cuanto a la relativa, se le llamó causativa, porque cesaba cuando su causa desaparecía. También en este siglo se estableció una nueva vía procesal para las nulidades absolutas: procedimiento de declaración de nulidad, que se distinguió del referente a las nulidades causativas, porque en éste se requería la carta de rescisión, especie de fórmula pretoriana que autorizaba la iniciación del juicio. Asimismo, la diferencia entre ambas nulidades se hizo surgir en la imprescriptibilidad de las absolutas y la prescriptibilidad de las relativas; pero de todas maneras, se rechazó el sistema romano de la aplicación automática de las absolutas, tanto porque la ley se concibió como manifestación de la voluntad nacional y no del Estado, cuanto porque lo contrario hubiera sido implantar la anarquía; la ley sirvió para el orden cuando se confiaba al razonamiento del juez. Es por ello que las nulidades precisas y perpetuas tuvieron un procedimiento nuevo: la declaración de nulidad, lo que significó que el juez tuvo la posibilidad de constatar a través de la demanda de parte interesada, si la ley había sido violada, y de declarar nulo el acto sin necesidad de carta de rescisión. Tal es el origen de la

**acción** de nulidad, que con la **acción** rescisoria compartió la aplicación de las nulidades.

Evolución trascendental fue la realizada en este siglo en las que se llamaron nulidades causativas o respectivas.<sup>682</sup> Fue entonces que se resolvió el problema de las clases de procesos en que se requería la llamada carta de rescisión, cuestión difícil porque se solía asimilar la rescisión a la restitución romana, de manera que pudo pensarse, que así como al pretor se le solicitaba una fórmula, debería pedirse a la Cancillería una carta de rescisión; por ello se acuñó la frase de que en Francia no había **acciones** de nulidad, ya que se asistió al fenómeno de la desaparición de la diferencia entre el dolo en la causa del contrato y el dolo incidental para los contratos de buena fe, pues en ambos casos los efectos serían destruidos por la rescisión. Además, al generalizarse las cartas se confundieron restitución y rescisión, planteándose el problema sobre el aspecto de la simple **acción** de anulación. Por último, el rescindente y el rescisorio llegaron a acumularse en un solo proceso. En el siglo XVII se limitó el análisis. Domat restringió la esfera de influencia del orden legal y las necesidades de la vida contractual en torno al término novedoso de orden público, para dar mayor fuerza a la sanción que iba con la nulidad absoluta. En el siglo XVIII, Merlin llegó a sostener que la cláusula de nulidad se encontraba sobreentendida en la formación de toda obligación, en cuanto se reputaba nulo todo lo contrario a una disposición prohibitiva. Como cuestión de interés público, esta nulidad absoluta fue una nulidad popular, el crédito nacido de ella no era más que un puro hecho que no podía ser jurídicamente confirmado ni autorizado; era según Dunod, una nulidad radical.

Con todo, se volvió a la cuestión central, porque, tomadas casi todas las fórmulas del derecho romano, parece que el juez debe declarar la nulidad absoluta, cuyo origen consuetudinario le convierte en nulidad de pleno derecho. Denisart afirma que basta alegar la nulidad para hacerla declarar sin obtener cartas de rescisión, pero no enseña si se hace valer como **acción** o como excepción. Es la jurisprudencia la que se pronuncia en el sentido de que la parte interesada debe recurrir al juez para alegar y justificar la nulidad. Pero el derecho romano sigue ejerciendo influencia, porque las causas de nulidad se refieren a los cuatro grupos clásicos: consentimiento y objeto, causa y capacidad de las personas, y nulidades excepcionales por inobservancia de la forma.

Las relativas se limitan a sancionar las prohibiciones llamadas de favor, porque derivan de una protección legal contra las personas de mala fe. Esta nulidad no puede ser invocada sino por quien señala la ley. El acto anulable puede ser confirmado y el deudor puede optar por la destrucción del vínculo o la vía de ejecución, pero no antes de que transcurran diez años, durante los cuales, puede rechazar la demanda de su

acreedor por la excepción sin límites. El acto anulable subsiste plenamente hasta el momento de la anulación, tanto para las partes como para terceros. Lo interesante es que el procedimiento puede intentarse por dos medios: las nulidades de origen consuetudinario tienen la nulidad propiamente dicha de la pretensión de rescisión sin necesidad de proveerse de las cartas, en tanto que los casos de dolo, violencia, lesión, error y las nulidades romanas, necesitan tales cartas, y por ello se llaman nulidades de derecho. La pretensión de rescisión trata de simplificar la confusión entre rescindente y rescisorio, y por ende, entre rescisión y restitución; la rescisión es ahora la restitución romana, la decisión libera al deudor y a los codeudores o fiadores, en cuanto a la garantía que hubieran otorgado.

Así pues, un resumen general de esta teoría,<sup>683</sup> permite advertir que las nulidades han conservado siempre dos clases de sanciones: unas atinentes a la utilidad pública, y las otras al interés privado. La nulidad ha sido fundada siempre en la idea de sanción destinada al respeto de la ley, como expresión del poder público. A través de la pretensión de rescisión se desarrolló el juego de nulidades en dos sentidos: las pretensiones previa obtención de las cartas de rescisión y las nulidades sin cartas del príncipe. En estas ideas se inspiraron los autores del código de Napoleón sin querer utilizar el lenguaje de los comentaristas, ni el de la práctica, y el código habla según las fórmulas del siglo XVII de nulo y de sin efecto, o nulo de pleno derecho.

a) Si la variada terminología de las nulidades le resta claridad, el código de Napoleón crea una situación equívoca en la que falta sanción para ciertas irregularidades de gravedad, y a propósito de las que la jurisprudencia intenta buscar una solución que salve el prestigio del código.

En es el matrimonio donde se destaca el problema terminológico, ya que con anterioridad es el derecho canónico el detentador exclusivo del régimen institucional, y la ley civil se muestra inexperta para solucionar casos como el vínculo de personas del mismo sexo. Ni el código, ni la tradición, se habían planteado el problema que llega a ser complejo en casos de deformación congénita o de esterilidad. Desde luego, ha de recordarse que no hay nulidad sin texto legal y que el matrimonio sólo puede ser privado de eficiencia cuando la ley lo determina, y aunque se hubiera ido contra la tradición para reimplantar la noción romana de la nulidad absoluta, faltaba el texto y aún la exégesis de su elaboración.

La búsqueda se enderezó hacia una sanción que se impusiera por sí misma, dada la trascendencia del caso y fue en el derecho natural donde

<sup>683</sup> Que puede estudiarse más en detalle y ampliamente en la Obra de Georges Lutzesco, *Teoría y práctica de las nulidades*, México, 1945.

se encontró la fuente de la que partió Zacharie: en relación con el sexo de los futuros esposos, sostuvo, la ley no tiene necesidad de referirse a él, puesto que dicha condición es obvia, está en la naturaleza de las cosas, el legislador supuso tácitamente que el matrimonio es entonces inexistente. No es nulo, porque tal sanción no está prevista en ley alguna, pero la inexistencia se presume. Esta fórmula, clara pero jurídicamente artificial, comenzó entonces a pugnar por el destierro del concepto de nulidad absoluta, con suerte diversa que principió abarcando la falta de consentimiento de los cónyuges, según interpretación de Demolombe y Laurent, y se extendió hacia las formas indispensables del acto, para comprender los casos vinculados al estado de las personas.

La teoría de la inexistencia fue pronto aplicada a los actos de carácter patrimonial, instaurando su valor en cuestiones del consentimiento, el objeto, la causa, la forma y demás. Su predominio hizo que los autores le buscaran antecedentes romanos y en el viejo derecho francés. Así pues, durante el siglo XIX, la nulidad absoluta se refundió en la esfera de las simples anulaciones, aunque todavía Aubry y Rau conservaron la tripartición de inexistencias, nulidades y anulaciones; después, la inexistencia se asimiló a la nulidad absoluta, vinculada al orden público, y no sólo a las causas tradicionales. Pero hacia el final del siglo, hizo crisis y ya no se sustentó sino por escasos autores, como Bonnacase y Jossierand.

La teoría, conocida como de la nada jurídica, se introdujo en el campo patrimonial, estudiando las cuatro condiciones del artículo 1108 del código de Napoleón, que para la validez de los contratos señala cuatro elementos: el consentimiento, la capacidad, el objeto cierto y la causa lícita de las obligaciones. En ellos se hizo una separación para considerar el consentimiento, el objeto y la causa, como relativos a la formación del acto, en tanto que la capacidad se refirió a la validez. Si faltara, pues, uno de los primeros, el acto no se formaría, sería un puro hecho sin consecuencias jurídicas, la nada, una obligación inexistente. En cambio, si una de las partes fuere incapaz, se trataría simplemente de una anulación, de una amenaza legal de la que la víctima haría el uso que mejor le conviniera. También la solemnidad estuvo guardada por la inexistencia, con la más enérgica sanción, pero no cuando surgiera el deseo de las partes de crear un instrumento probatorio, que podía llegar a desaparecer sin que la obligación se perdiera; pudiendo ser reconstruida o completada: fueron los contratos solemnes que por disposición de la ley, irremisiblemente se convertían en nada ante la ausencia de esa forma.

En esta institución resultó innecesaria la intervención del juez, y si a pesar de todo, se había cumplido la obligación, podían intentarse pretensiones para repetir lo pagado indebidamente o reivindicar lo entregado, sin tomar en cuenta el acto. Pero con esto se introdujo en la teoría el germen de su destrucción, pues desde que el juez había de intervenir, aunque

fuera para constatar y ordenar la restitución, lo que interesaba era que tenía que examinar los hechos, y su intervención era inevitable ante la mínima realización del compromiso.

Con todo, la fórmula, netamente francesa, nacida hacia la mitad del siglo pasado por obra de Zacharie, criticada y casi destruida por la misma escuela francesa, ha dado fecundos resultados en el campo procesal y en el derecho administrativo, donde la jurisprudencia ha sido complaciente. Por ejemplo en 1900 se dicta, por el Tribunal Civil de Blois, una aplicación de la teoría para la solución de actos nulos en el procedimiento de remate, y desde entonces, la tesis de la inexistencia penetra abiertamente en el tribunal de Casación según sentencia de 26 de octubre de 1915. El concepto de inexistencia, apoyado en la idea orgánica del acto jurídico, llega ahora a su momento de crisis, por lo inaceptable de su misma base. La función de las nulidades estuvo siempre en relación con el fin perseguido por el legislador, su división en nulidades *ab initio* o *ex causis publicis*, por una parte, y por la otra en nulidades de interés privado, representadas por la *restitutio in integrum*, se conservó hasta el código de Napoleón.

Lo importante en la distinción está en el hecho de que se diferenciaban tres aspectos de la técnica: a) por las personas que podían invocar la nulidad, b) por la posibilidad de renunciarla o confirmar el acto, y c) por lo que atañía al plazo de la prescripción. En cuanto a las personas, la nulidad absoluta se podía invocar por todo interesado, en tanto que la relativa sólo por quien protegía la ley. Respecto a la confirmación, si se atacaba un interés general, no podía tener efectos, mientras que el acto anulable aparecía como irrestricto. La nulidad podía durar intocable o prescribir en un lapso que fijara el legislador, según los casos y países. La nulidad siempre se apoyaba en texto legal, pero al lado de las textuales, la jurisprudencia admitió nulidades virtuales, sobre todo en los extremos de actos jurídicos en contra del orden público y en los contratos de buena fe.

Parece entonces, que los dos grados de la teoría de las nulidades eran suficientes para expresar la idea de sanción y para asegurar la efectividad de la ley, y ya se tratase de nulidad absoluta o relativa, la pretensión procesal podía ser intentada, previamente, para hacer desaparecer en su totalidad los efectos del acto, o después de presentados, para destruir las consecuencias derivadas de su realización. El acto podría tener efectos regulares mientras no se dictara resolución judicial, de manera que el juez se vería obligado, en ocasiones, a inclinarse ante situaciones adquiridas si la parte había obrado de buena fe. Es también por ello que Japiot, al censurar la tesis organicista del acto inexistente, presentó una nueva teoría, elaborada a través de los efectos del acto, para sustentar la noción de nulidad como sanción.

Sin embargo, aún bajo este ropaje de sanción, la tesis es utilizada por la corriente organicista, pues en el fondo, se trata de saber si la voluntad individual es la base del derecho o si la ley como expresión de la voluntad general controla el acto. Es cuestión de decidir si los efectos tienen significación social o si las condiciones de los actos surgen a partir de la voluntad personal. Pero este problema crece en dificultades cuando se piensa con Alejandro E. Chigliani,<sup>684</sup> que la inconstitucionalidad de las normas jurídicas se rige, en cuanto ellas son compatibles, por las mismas reglas que la nulidad de los actos jurídicos en derecho privado.

Al pasar de las nulidades civiles a las administrativas, se advierte que la terminología cambia, sin variar la idea; en lugar de nulidad se habla de ilegalidad o, más ampliamente, de inconstitucionalidad, que puede aparecer por incompetencia<sup>685</sup> del órgano, por la prohibición del objeto a la inobservancia de las formas,<sup>686</sup> que llevan a la norma o al acto al caso de nulidad absoluta que necesita ser declarada a petición de parte interesada o titulada. Es claro que la intervención judicial nada dice respecto al grado de nulidad, pues se sigue el criterio de que la absoluta no requiere previa investigación del hecho y la relativa sí; pero siempre se presumen válidos<sup>687</sup> mientras una sentencia firme no declare la existencia del vicio.

El carácter especial de las leyes y los actos administrativos, conduce a sostener que la inconstitucionalidad significa una nulidad absoluta en cuanto imprescriptible; pero la sentencia que la declare sólo afecta a las partes litigantes, para quienes tiene eficacia de cosa juzgada; no se declara *erga omnes*, sino *inter partes*.

### 132 La nulidad en el proceso.

Observadas las características de la nulidad en el campo sustantivo, es del caso revisar las noticias que ofrece la doctrina sobre la transformación procesal.

Las manifestaciones históricas que recuerda Calamandrei en su **Casación**, corresponden a los clásicos sistemas romano, germánico, italiano y francés, porque en ellos aparece el instituto y se desenvuelve hasta llegar a la Casación, que en el mundo jurídico europeo ha tenido el parangón del amparo mexicano, su función reguladora del derecho legislado, la unificación jurisprudencial y, en fin, el procedimiento patrio no está ayuno de aportaciones y antecedentes casacionistas, pero debe puntualizarse que mientras la casación se sigue por acción procesal el amparo se tramita por queja constitucional.

684 *Del control jurisdiccional de la constitucionalidad*, p. 95.

685 La noción correspondiente a la incapacidad del derecho privado.

686 Datos similares a los civiles.

687 El acto o la norma.

a) Roma. La ausencia de un efectivo criterio de distinción entre el derecho público y el privado, condujo desde luego a la asimilación de conceptos en ambos campos, de tal manera que la nulidad del juicio fue entendida como si se tratara de una nulidad de negocio privado, por ello de este último sector se tomó la idea de la restitución.

Así pues, cuando en la sentencia faltaron los caracteres que la ley estimaba necesario, su existencia se limitó a la de un hecho real, ineficaz para producir cambio alguno en el mundo jurídico. En el fondo el derecho republicano desconoció los medios de impugnación del fallo del juez privado, quien ejercía su oficio como miembro de la *civis* y no como funcionario público. Su sentencia, carente de una segunda instancia, daba lugar a la cosa juzgada formal, pero materialmente podía ser la nada, para la cual no había ni se requería remedio jurídico.

Con todo, debe destacarse que en Roma el concepto de nulidad se relacionaba con la falta de legítima constitución del desarrollo del juicio, no con el pronunciamiento mismo, por ende, se habla de nula o ninguna sentencia, cuando existía de por medio fuerza o violencia contra el juzgador, corrupción, ilegal constitución, ausencia de la parte en el juicio o falsedad del medio de prueba. Pero al avanzar en su historia, el derecho romano alcanza en la época de Justiniano, la invalidez por falta de presupuestos procesales: falta de poderes del juez, incapacidad de las partes, etc. Como en el sistema formulario la sentencia que excedía los términos de la fórmula o los límites de la controversia, se entendía nula por exceso de poder, también se determinó que el pronunciamiento del juez, cuando el tribunal era colegiado o contra anterior fallo que era cosa juzgada, caía en situación parecida. Cuando el proceso no se llevaba regularmente al conocimiento de las partes o no se pronunciaba con las solemnidades del caso, en el supuesto de fallos en días feriados, en lugares diversos a los acostumbrados o no públicos, y cuando no se redactaba por escrito, la nulidad era incuestionable.

Parece afirmarse que los vicios procesales eran: falta de presupuestos subjetivos, interrupción de la relación entre los sujetos, pronunciamiento fuera de los límites o con exceso de poder y sentencia sin las formas legales. Pero estos defectos exigían un medio práctico para declarar la nulidad, ya que no se quitaba vigor a lo que carecía de juricidad. En el sistema de las *legis actiones*, la condena por nula sentencia, cuando el ejecutante se presentaba ante el magistrado, podía contraponer un *vindex* que saliera garante por él y permitiera la iniciación del juicio con suspensión de la ejecución.<sup>688</sup> Parece que aún no se concebía el medio ofensivo de la revocación; pero esto cambió cuando además de la posibilidad de defensa directa,<sup>689</sup> se conoció el *duplum ire* con sentido revocatorio aunque

688 *La manus injectionem iudicati.*

689 *Sin vindex.*

se discute si se permitía impugnar la sentencia cumplida, como sucedía con la *condictio indebiti*. Mientras las impugnaciones por acción tenían carácter constitutivo, la *revocatio in duplum* resultó una mera declaración de certeza.

Hay algunos puntos interesantes que deben anotarse: el juez que declaraba la nulidad no era, como en la apelación, de grado superior, y se restringía a negar la sentencia sin rescindirla. Por razones políticas, la nulidad enlazada a las formalidades legales, se extendía al fallo viciado por graves errores en el juicio. Así, había dos casos en que la sentencia era absolutamente nada: cuando condenaba a cosa imposible y cuando su parte dispositiva no permitía comprender el sentido o naturaleza de la decisión. Originariamente el derecho romano no supuso siquiera que el valor de la sentencia pudiera depender de su justicia; pero la distinción entre las cuestiones de derecho y las de hecho, permitió concebir la función del juez al modo actual: silogísticamente, encomendándole la confrontación de los hechos,<sup>690</sup> y por ende, se estimó más grave el error de derecho que suponía apoyarse en norma contraria al caso, mal aplicada o inexistente.

Se llevó a cabo, por lo mismo, una ampliación del concepto de nulidad que antes se aplicaba sólo a los casos de error en el procedimiento; y como el error en la premisa menor puede ser en el hecho o el derecho de las partes, su invalidez no se tomó en cuenta sino cuando ese derecho se refería a norma objetiva; asimismo, el vicio en la conclusión se entendió, no como error de hecho ni como nulidad, sino como defecto sujeto a corrección.<sup>691</sup>

Nulidad, pues, había sólo por la contravención de la ley, por su negación abstracta y general y no por su interpretación o aplicación al caso específico. En el derecho romano se hablaba de nulas sentencias contra *ius constitutionis* pero no contra un *jus litigatoris*. La jurisdicción se entendía como el poder de aplicar el derecho a un caso, el juez no podía ir más allá de la norma y la premisa mayor de su silogismo, que a ello se opusiere, significaba exceso de poder, el que no se presentaba si el juez, bien o mal, hacía uso de su potestad. Esto se comprende mejor cuando se acepta que en el período de las *legis actiones*, la sentencia era la misma ley, de modo que las partes se limitaban a repetir, palabra por palabra la norma general, y el error en la reproducción conducía al acto contra el derecho claro.<sup>692</sup>

La conclusión *a priori*, de la necesidad de reclamar lo que era nada,<sup>693</sup> cambia en el derecho imperial, donde nace la idea intermedia entre nula sentencia y validez absoluta. Mientras en la república, la sentencia no po-

690 Premisa menor.

691 *Error calculi*.

692 *En thesi*.

693 Nulo.

día ser eliminada<sup>694</sup> por un superior, y en los decretos de los magistrados aparece el obstáculo a su ejecución en virtud de la *intercessio*, con que se paralizaban los actos de un magistrado de igual o inferior categoría: se podía con ella, impedir indirectamente el autor del magistrado que expedía una fórmula para seguir un procedimiento o que permitía una ejecución.<sup>695</sup> Pero la *intercessio* no tenía eficacia contra la sentencia del juez, porque éste era un ciudadano particular y no un funcionario; tampoco producía efectos de reforma contra los decretos de los verdaderos magistrados públicos, sino que se limitaba a la consecuencia negativa de restarle vigor pero sin sustituirlos por otros, lo que no era suficiente para impedir que el magistrado obstaculizado, expidiera nuevo o distinto decreto. Además, la *intercessio* se daba contra violaciones de la ley y no para impartir justicia ante apreciaciones erróneas de los hechos; su función, decía Mommsen era *nomofiláquica*.<sup>696</sup>

La impugnación que actualmente se llama apelación, aparece en esta época imperial, cuando la magistratura republicana se vuelve compleja y jerarquizada, culminando con el emperador que reunía en sí todos los poderes. La *jurisdicción* no es ya un poder reservado a los ciudadanos, sino función de todos los oficiales del imperio. Era natural que los actos de los inferiores se recurrieran ante el superior y que éste no se limitara a suprimir el acto, sino que lo sustituyera por otro. Nace la apelación en el campo del derecho administrativo con la misma idea que ahora se tiene del recurso jerárquico. Se trata de algo distinto al ataque al juez mismo, como sucedía con la *acción* contra el juez que hacía suya la *litis* o con la pena impuesta al que no había cumplido sus obligaciones estatales. Es un remedio,<sup>697</sup> contra la injusticia del fallo, porque la lesión se producía por sentencia de un inferior, pero válida. Tenía el doble efecto<sup>698</sup> de impedir que la sentencia se ejecutara, y<sup>699</sup> de permitir un nuevo pronunciamiento de la controversia. La cosa juzgada dejó de ser una consecuencia indefectible del primer fallo, cuya validez no fue definitiva, siendo irrevocable sólo por el transcurso inútil del plazo para apelar o de la ineficacia del recurso.

Hay que advertir que la simple amenaza de apelación no entrañó<sup>700</sup> la suspensión, sino que ésta se hizo depender de la efectiva interposición del recurso. En el derecho justiniano la apelación fue una nueva decisión sobre la contienda misma, pudiendo las partes presentar nuevas pruebas y modificar el material de la *litis* y aún cabía una sentencia reformada

694 Salvo la *restitutio*.

695 *Potestad que tuvo especial importancia en los tribunales de la plena.*

696 Conservadora de la letra misma de la ley.

697 Ahora sí.

698 Suspensivo.

699 Devolutivo.

700 Como ahora.

en perjuicio del apelante; es decir, se decidía de nuevo constituyendo otra sentencia. Por ello, entre sentencia válida y nula sentencia, se introdujo el concepto de sentencia apelable, incrementándose la tendencia a limitar la nulidad para los casos de defectos procesales y dejando para la apelación los supuestos de grave error en el juicio. Con la apelación, el emperador tuvo la potestad de crear el derecho privado que antes correspondía a los magistrados en la **jurisdictio**.

Cuando el gran número de apelaciones hizo imposible al emperador resolverlas, se enviaron al **praefecto praetorio** como juez por delegación con calidad de inapelable, puesto que representaba al mismo emperador. Pero como en realidad no era este mismo, hubo necesidad de crear el recurso especial en vía de gracia llamado **supplicatio**, para alcanzar la revisión del fallo inapelable. Esta **supplicatio** no condujo a una nueva discusión del caso de fondo, sino a la **retractio** emitida por el mismo prefecto acompañado del cuestor. Fue un recurso puramente revisionista ante el mismo juez<sup>701</sup> y contra sentencias dadas contra **ius litigatoris** y no contra **ius constitutionis**, pues éstas eran nulas sin requerir algún remedio. Entre **supplicatio** y **appellatio** hubo diferencias de modo de ejercerlas: el plazo para interponer cada recurso, la clase de juez contra el que se daban y el que resolvía, etc.

b) Derecho germánico. La composición del juzgador, especialmente en los pueblos francos, consistía en un juzgador como representante del poder soberano y un colegio de ciudadanos representantes del pueblo, que daban el contenido de la sentencia.<sup>702</sup> Al juicio de escabinos asistía la asamblea popular, de manera que su dictamen era una propuesta que sólo adquiría fuerza y se proclamaba como obligatoria por el presidente, si encontraba el asentimiento de la asamblea. La verdad es que las partes no se presentaban ante un juez en el sentido romano, sino ante sus **pares**, sus iguales, para discutir una opinión jurídica sin que importara el interés personal que tuvieran en el litigio. Eran miembros de la asamblea, y como tales, podían impugnar la bondad del fallo que a ella se proponía, utilizando lo que técnicamente se llama la **desaprobación de la sentencia**.

Aparece otra vez la idea de que la demanda era una proposición de sentencia, pero sus efectos eran distintos a los del derecho romano, pues si el dictamen de los escabinos era contrario, como producido por **pares**, el interesado podía alzarse contra la proposición, al igual que otro cualquiera de los presentes en la asamblea, facultado para, a su vez, proponer dictamen opuesto al de los escabinos. Todo ello exigía la decisión mediante nuevo juicio. Pero debe quedar claro que la **desaprobación** no perseguía quitar fuerza a un fallo ya emitido, sino impedir que lo consintiera la

701 Tampoco el emperador se avocó a su resolución.

702 Escabinos orachinburgos.

asamblea, o lo que es igual, oponerse a que la sentencia se pronunciara en el sentido del dictamen. La **desaprobación** iba antes y no después del pronunciamiento, de donde se infiere que el traslado del caso a otro tribunal no conducía a los efectos de la **appelatio** romana, pues no se acudía al superior sino a una más pura fuente del derecho.

En Roma y en la actualidad, se acude al juez para que produzca la conclusión de una norma legal; en el derecho germánico la parte pedía, ante todo, a la asamblea, la formación de la norma que estaba en la conciencia común pero no expresada en un código. Después, la verdadera aplicación de la regla al caso se encomendaba a las partes mismas: lo que acontecía era que se presentaban al juez la premisa mayor y la conclusión para que decidiera si se apegaban a derecho y qué efectos producía si se probaba después en la forma preestablecida por el propio juez.

Como las partes ofrecían probar con medios formales, los jueces no decidían cuestiones de hecho sino de derecho, enlazadas a ellas, tales como la admisibilidad o incumbencia de la prueba y sus consecuencias jurídicas, tocando a las partes alcanzar, después de la sentencia, el efecto jurídico predeterminado en el fallo. Por tanto, surgió el principio de la **validez formal de la sentencia**, lo que significaba que la **desaprobación** era el único medio para impedir la opinión injusta. Sin embargo, ya en la ley **Visigothorum** de 654, se junta la querrela por denegada justicia y el procedimiento contra el juez sospechoso, y se considera un remedio contra la sentencia injusta. Cuando la distinción entre escabinos y jueces desaparece, la **desaprobación** se convierte en verdadera **reclamación** ante el superior para obtener anulación.

c) Derecho longobardo. Los jueces en este sistema no fueron representantes del pueblo sino funcionarios regios que juzgaban por delegación del soberano. Pronto se desarrolló la reclamación ante el superior o el mismo rey, la cual no se asimiló a la **appelatio romana**, donde no contendían juez y perdidoso, sino que se dictaba una nueva decisión sobre la **litis**, en tanto que en la longobarda se hacía un examen sobre el fallo como control del superior.

El principio de **validez formal** conservó su aplicación con un sentido diferente, puesto que el pronunciamiento mantuvo su vigor mientras no fuera atacado por reclamación, donde se hacían valer todos los vicios. Este derecho no conoció la distinción entre error **in iudicando** e **in procedendo**, y a semejanza de la legislación visigoda, desconoció la sentencia nula por defecto de construcción procesal y sólo miró a su injusticia.<sup>703</sup> Pero aquí apareció un primer germen de la **querrela nullitatis**, por la necesidad de reclamar contra cualquier vicio del fallo, sin distinguir entre apelación y nulidad por error contra **ius constitutionis**; sin embargo, faltó la

703 Error de juicio.

distinción entre vicio manifiesto en la construcción y relativo al fondo de la sentencia.

Ya se había conocido en el derecho franco la situación por la que el obispo, como delegado del rey, no reformaba directamente el fallo, sino que indicaba lo necesario para que el juez inferior lo corrigiera, es decir, no se trataba de una verdadera y propia sentencia nula. Cuando en el derecho carolingio se concentró en el soberano el poder **jurisdiccional**, no ligado al procedimiento popular, el rey funcionó como tribunal de equidad, apareciendo la **reclamatio ad regis**, por la que se pretendía que el tribunal real dictara nuevo fallo basado en equidad contra sentencia emitida en derecho estricto.

La **reclamatio** sólo se permitía en las capitulares francas, a quienes habían obtenido del monarca, por medio de **litterae** el derecho de recurrir, era un privilegio concedido para llevar las controversias al tribunal real, que ofrecía una tercera vía para quienes se sentían ofendidos por el fallo, pero no acusaban al juez de haber violado la ley, sino que, reconociendo su juicio, pedían que en nueva fase se resolviese en equidad. Esta **reclamatio** daba lugar a una continuación de la misma litis, entre las partes y frente al soberano, lo que le asemejaba a la **appelatio** romana.

Ante nociones contrarias y que se excluían, de la nulidad y la apelabilidad, en el derecho romano, los germánicos desconocieron la diferencia entre error de juicio y vicio de procedimiento, pero introdujeron el principio de la **validez** formal, que en su desenvolvimiento llevó a la **desaprobación** a ser un medio de ataque de la sentencia ya pronunciada. Ahora bien, en el derecho estatutario se fundieron ambos principios. Romano era el criterio de que los errores procedimentales tuvieran efectos más profundos que otros en la validez de la sentencia; pero se olvidó el efecto de la nula sentencia **ipso iure**. Subsistió el concepto germánico de que también los vicios más graves del fallo traían por consecuencia la nulidad si las partes los reclamaban, pero se perdió la idea de que todos los vicios son de igual gravedad y deben hacerse valer en una única vía impugnativa.

Es así como en el siglo XII nace la **querela nullitatis**, dentro del sistema estatutario, basada en el principio germánico de la **validez formal** de la sentencia y en la distinción romana entre nulidad e injusticia del fallo. Junto a la apelación,<sup>704</sup> la **querela** fue un medio de ataque de las sentencias afectadas por errores de procedimiento que en Roma producía nula sentencia **ipso iure**. La **querela** fue utilizable necesariamente contra sentencia nula, con efectos de apelación contra sentencia injusta. Ambas se proponían ante el superior, tenían un plazo de admisión y su ausencia daba firmeza a la sentencia. Se distinguían tan sólo por la extensión del plazo,<sup>705</sup> y poque caducando el de la apelación, no se podía atacar la

704 Enderezada contra sentencias inmunes al error de juicio o a la querrela de iniquidad.

705 Mayor para la **querela**: de tres meses a un año.

sentencia por injusta, pero sí por nulidad, y concluido también el plazo de la *querela*, los vicios de juicio o procedimiento quedaban sanados. Mientras en Roma *nulla sententia* era ninguna sentencia, en el derecho estatutario *sententia nulla* era la existente pero viciada.

El concepto de nulidad sirve, pues, para eliminar la eficacia de la sentencia viciada, borrando la distinción entre fallo injusto y nulo y apareciendo para éste un grado de mayor impugnabilidad. Los medios de hacer valer la nulidad en Roma, eran simplemente declarativos, en la *querela* valer la nulidad en Roma, eran simplemente declarativos, en la *querela* se intentaba destruir la eficacia producida por la sentencia desde su emisión; se aniquilaba un estado de derecho que, sin la *querela*, habría conservado validez. Sus efectos eran constitutivos porque buscaban la variación jurídica de una situación ya existente.

Con ella apareció un nuevo concepto de impugnación contra pronunciamientos existentes pero viciados por defecto de construcción. La legislación estatutaria consideró a la *querela* como el medio natural de impugnar la sentencia nula y a la apelación como el remedio contra la injusta. Por ello se llevaron ante el juez con efectos devolutivo y suspensivo, con plazo para el gravamen que impedía formar el caso juzgado. Sin embargo, la evolución estatutaria llegó a exigir que la apelación y la *querela* se intentaran juntas, convirtiéndose en medio único de reclamación, de donde derivó que la elección de una hiciera caducar a la otra. Es interesante destacar que entre las diversas combinaciones que se formaron, la nulidad deducida por vía de excepción, en un accidente de ejecución, se asimiló a la nulidad romana. Pero doctrina y legislación solían discrepar, y en tanto que la primera hablaba de nulidad con idea privatística, los efectos procesales de la segunda pasaron desapercibidos, de modo que debiendo ejercerse en breve plazo, como la apelación, se aceptaba su proposición en un lapso de treinta años, cual si fuera nulidad de contrato, como en la usucapción.

Mas la legislación no dejó de influir, y aunque la doctrina intentó reconstruir la *actio* romana de carácter declarativo, tuvo que hablar de una pretensión constitutiva dirigida a quitar vigor a la sentencia existente, acogiendo el concepto de la anulabilidad. La *querela*, al estilo romano, garantizaba contra errores de procedimiento, dejando la apelación para los vicios del juicio. Correspondían a la primera las cuestiones derivadas de la persona del juzgador y de las partes, la regularidad de la constitución del proceso <sup>706</sup> y su desarrollo, <sup>707</sup> así como la solemnidad del fallo. <sup>708</sup>

706 La *legitima citatio*.

707 Cumplimiento de los actos y orden riguroso.

708 El lugar, la hora y la forma.

Respecto de los errores **in iudicando**, se hizo una distinción entre errores en la premisa mayor <sup>709</sup> por estricto derecho o errores apelables. <sup>710</sup> A ello se añadió la violación a una máxima jurisprudencial o al derecho consuetudinario que tampoco fueron de nulidad, excepto si eran notorios.

En el derecho intermedio se encuentra ya el caso de sentencia nula fundada en causa imposible, la que no debe confundirse con el precepto imposible del derecho romano. El error de derecho cometido en la premisa menor fue tratado con criterio romano, rechazando la nulidad de sentencia dada contra **ius in hypothesis**; pero el error de hecho <sup>711</sup> condujo a la nulidad, tales fueron: error sobre hecho notorio y contradicción entre actos y sentencia. Mas no se admitió la nulidad de sentencia por error lógico, <sup>712</sup> a menos que fuera de simple cálculo. Ya en este sistema, la sentencia no iba motivada, no podía hablarse de nulidad por error **in iudicando**, cuando faltaba. Además, el principio de que el error no produce nulidad si no es causal, se aplicaba a los errores de derecho para dejar firme la sentencia si, al menos, había un motivo justo; de modo que cuando la sentencia contenía varios pronunciamientos, sólo se anulaba aquel respecto del que había error **causalis**.

Por lo demás, la cognición del juez superior no se hace sobre el litigio mismo, sino sobre la construcción procesal y la propia sentencia. Cualquier error de juicio podía dar lugar a nulidad si era expreso, por ser reconocible, sin nuevo examen de la causa. La querella tenía función de una verdadera revisión de la primera sentencia. Cuando el superior anulaba el proceso por errores en el fundamento del juicio, no lo renovaba, lo que sí acontecía cuando el vicio no destruía todo el proceso, decidiendo entonces sobre el mérito del negocio. Así, el juicio **rescindens** anulaba la anterior sentencia, mientras el **iudicium rescissorium** la sustituía por otra tomando el mismo material de la instrucción.

La doctrina enseñaba que cuando se interponía la querella, el efecto devolutivo permitía al superior conocer del vicio mismo y no del fondo del litigio; por ende, el **rescissorium** obedeció, más a una nulidad práctica: economía de los juicios, que a la naturaleza del instituto. Mientras la apelación tenía una finalidad positiva, la querella la tenía negativa. Pero también la apelación se modificó y dejó de ser un nuevo juicio sobre el fondo, para quedar en renovación de la etapa decisoria. A ello debe agregarse que el derecho intermedio reguló también la **supplicatio** y la **restitutio in integrum** como recursos extraordinarios por tratarse de sentencias inapelables, pronunciadas por el supremo órgano, contra las que se pretendía la reapertura del instructorio sin el efecto suspensivo de la apelación. La **restitutio in integrum** contra **res iudicata** fue un remedio excep-

709 Según que el derecho fuera escrito: romano, canónico o estatutario.

710 Porque fueran contra leyes extranjeras, había nulidad.

711 Según el derecho canónico.

712 Falsa conclusión.

cional contra sentencias inapelables que se llevaba ante el mismo juez, pero a diferencia de la **supplicatio**, fue utilizable dentro del plazo de cuatro años, y siempre que el recurrente tuviera un motivo de restitución por el que la equidad aconsejara una nueva discusión de la controversia decidida en derecho estricto.

d) A su turno, el derecho común alemán admitió contra las sentencias inapelables por cuantía, una revisión ante el juez **a quo**, con el parecer de asesores jurisperitos; este recurso se extendió en el derecho sajón a las sentencias anulables y como remedio ordinario que obligó al juez a enviar el asunto a otro tribunal.

La característica, pues, de la querella estatutaria, consistió en su naturaleza constitutiva, en antítesis a la declarativa de las nulidades romanas. En la querella existió la posibilidad de hacer invariable el estado jurídico, mediante la caducidad del recurso, esto es, dando lugar a la sanabilidad del vicio; en cambio, la nulidad romana hacía imposible dar eficacia con el tiempo a lo que desde su nacimiento era la nada, de ahí el concepto de insanabilidad. Así, al lado de la querella caducable, se tuvo que implantar la **exceptio nullitatis** incaducable, y oponible en vía ejecutiva. Esta antítesis se acogió en otra forma, cuando se reguló la anulabilidad para casi todos los vicios de la sentencia, con un plazo perentorio en la querella por vía principal y la nulidad absoluta por vicios graves, que admitió en cualquier tiempo el ejercicio de la **exceptio nullitatis**.

En términos generales, los estatutos mencionaban como nulidades sustanciales: la falta de competencia, de citación o mandato; pero también consideraban la injusticia notoria.

e) Derecho francés. La **faussation de jugement** se corresponde a la germánica **desaprobación** y sobre ella predomina la **appelatio** romana y se parangona la **amendement de jugement** destinada a las clases comunes de la sociedad. Apelación y nulidad se acumulan con manifestaciones semejantes a las del derecho estatutario en la querella.

En realidad, la desaparición en Francia de la querella, provino de haber extendido a treinta años el plazo de caducidad, con una naturaleza constitutiva que permitió afirmar que la nulidad no se conocía, porque se aplicaba la anulación. Como en el caso de incompetencia, se hablaba de ineficacia para ejecutar la norma, se sostuvo que no había procedimiento de nulidad sino inexistencia jurídica.

La organización feudal francesa produjo desde luego la centralización de la justicia en manos del rey; así, se crearon los **Establissemens de Saint Louis**, como tribunales que conocían dos formas de recursos, según se tratara de sentencia de tribunal feudal o de funcionarios reales; la primera con calidades caballerescas, recibió el nombre de **faussation**, la segunda, por vía de súplica, se conoció como los **amendement**. Cuando en

el siglo XIV se formó la **Curia regis**, el poder **jurisdiccional** del soberano encontró un instrumento decisivo en las mencionadas **lettres de justice**, órdenes escritas emitidas por la **Charcellerie** o los **maitres de requetes** como delegados del rey. De tales letras se valió el monarca para impedir que los Parlamentos <sup>713</sup> violaran con sus sentencias, inapelables, las ordenanzas reales. Las **letras** siguieron dos formas, unas correspondieron al error <sup>714</sup> y otras al recurso civil. <sup>715</sup>

La **súplica** era examinada previamente por un miembro del Consejo real, para comprobar su procedencia y los fundamentos de la posible revisión. Cuando la **letra** se concedía, y salvo casos de excepción, se ordenaba al Parlamento <sup>716</sup> el reexamen del fallo. Si la primera parte se seguía sin audiencia de la contraparte, la revisión era netamente contradictoria, pero la **letra**, o proposición de error, no producían efectos suspensorios.

En cuanto al recurso civil, <sup>717</sup> tenía por fin obtener una **letra** para que los jueces responsables examinaran el caso otra vez, pero en equidad. Su fundamento estribaba en el fraude de una parte, parangonándose con la **restitutio** en cuanto no criticaban la labor del juez, válida en derecho estricto. Así, mientras la **supplicatio** romana correspondía a la proposición de error, la **restitutio** se asimiló al recurso civil o **requete**.

Al perder importancia la proposición de error, se asimiló a la **requete** y llegó a ser abolida por la famosa Ordenanza de 1667 que comprendió en el recurso los dos motivos: el de la primitiva **restitutio** y los errores **in procedendo**; <sup>718</sup> sin embargo, no se llegaron a tutelar mediante esta vía los errores **in iudicando**.

Cuando los Parlamentos se convirtieron en órganos autónomos y compitieron en facultades legislativas, interpretativas y reglamentarias con el rey, se produjo un conflicto del que nació el bien conocido poder de casación. El hecho de emitir sentencia en un proceso en que se había prohibido al Parlamento fallar, constituía una rebeldía que obligó al rey a intervenir, no como juez supremo, sino como monarca defensor de su autoridad. Su providencia consistió, sin más, en destruir el acto, anulándolo por decreto de su Consejo. Hay tres casos específicos de esta casación: las cartas de **evocación** quitando competencia a un juez para darla a otro y la consiguiente desobediencia del primero al insistir en dictar sentencia; las cartas de **comisión** que otorgaban privilegio de fuero con el mismo problema; y las cartas de **estado** para ausentes, por motivos públi-

713 *Curia regis.*

714 *Proposición.*

715 *Requete.*

716 *Lo que ahora sería la autoridad responsable en el amparo.*

717 *Requete.*

718 *Se mencionaban cuestiones de dolo, pruebas faltas, retenidas y ocultadas, falta de comunicación y de defensa, etc.*

cos, contrariadas por los jueces inferiores. En todos ellos procedía al rey a anular las sentencias.

Paso definitivo se encuentra cuando el soberano interviene para anular fallos de los Parlamentos, violatorios de normas procesales impuestas bajo pena de nulidad, y de normas generales prohibidas por el rey. Se trata de error *in procedendo* contra la ley y no de violaciones de un mandato singular. El remedio general de la casación, defendiendo las ordenanzas, aparece en la de Blois de 1579, definitivamente acogida en 1667. Ya en el siglo XVIII se consideró entre los motivos de casación el error *in iudicando*, consistente en la violación de una ordenanza aplicable al fondo del asunto, y aunque la unificación del derecho no era la finalidad directa, se contribuyó a ella con la casación. Además, la intervención real podía ser provocada por los litigantes como en el *requete* civil, pero también podía ser oficiosa cuando el rey quitaba soberanía a un Parlamento en interés propio. Por ello, la casación que en un principio significó anulación, se convirtió en especial anulación real por razones políticas.

f) Esta casación, difundida por Europa, después de la revolución francesa, sufrió modificaciones importantes en España, que ya conocía entre otros, el recurso de fuerza en conocer para dirimir competencias entre la iglesia y el Estado, que trascendieron a sus colonias, aunque en México, debido a la circunstancia de que la Constitución de Cádiz prácticamente no tuvo aplicación, el desenvolvimiento incidió en la evolución política que culminó con la creación del juicio de amparo en la Constitución de 1857.

Es en España que Guasp,<sup>719</sup> ha llegado a sostener que, atendiendo a la esencia del acto nulo, más que a su consecuencia, se trata de aquél que no puede producir los efectos a que normalmente está destinado, de donde se infiere la falta de idoneidad del acto para provocar sus normales consecuencias. No puede dudarse que el autor tuvo en cuenta la evolución española, pero cabe preguntar si su concepto se aplica a toda ella o a cierta experiencia, pues si con el Fuero Juzgo de 654<sup>720</sup> se unificó el derecho hispano, romano y germánico, con las Siete Partidas se inició la unificación política que con la Novísima Recopilación es el fundamento del régimen procesal español al iniciarse el siglo XIX.

El casuismo de las Siete partidas,<sup>721</sup> se ofrece palmario en materia de nulidad de sentencia. Era nula la sentencia pronunciada por el juez que tiene prohibición de serlo o que carece de potestad de juzgar, aún cuando antes la hubiera tenido, si expiró tal facultad o le fue revocada por el rey o por el delegante, aunque ignore la revocación;<sup>722</sup> la dictada con-

719 *Comentarios*, I, p. 692.

720 *Lex Visigothorum*.

721 Dice Morón Palomino en *La nulidad en el proceso civil español*, pp. 34 y ss.

722 *Leyes* 12 y 15, tít. 22, Part. 3.

tra quien no fue emplazado o no estuvo legítimamente autorizado para comparecer en juicio<sup>723</sup> o sin guardar los trámites y solemnidades sustanciales de derecho,<sup>724</sup> o cuando en ella se padeció error de cuenta por parte del juez; como si dijese: condeno al demandado a que pague al demandante ciento que le debe por tal razón y cincuenta que le debe por otra, que juntos hacen doscientos. En tal caso la sentencia solamente valdría en los ciento cincuenta y no en lo demás que se aumentó por error de cuenta; pero si éste viniera por parte de los litigantes valdrá la sentencia en el todo;<sup>725</sup> o si se dio en días feriados en que no podía darse;<sup>726</sup> o si fuese dada contra ley expresa, contra el derecho natural y buenas costumbres o contra otra sentencia con autoridad de caso juzgado,<sup>727</sup> o si no contenía las palabras condeno, absuelto u otras equivalentes;<sup>728</sup> etcétera.

En cuanto al plazo para impugnar la sentencia por causa de nulidad, si ésta constaba evidentemente de los autos, podía intentarse como perpetua en cualquier tiempo;<sup>729</sup> en los demás casos había que proponerla dentro de los sesenta días siguientes al de la notificación de la sentencia.<sup>730</sup>

Covarrubias entendió que, en todo caso, debía intentarse la nulidad dentro de los sesenta días expresados, y se fundaba en que la ley recopilada, posterior a la de Partida, mandaba que después de pasados los sesenta días no se oíría más al litigante.

Cabía intentar la nulidad, si no se apelaba de la sentencia, ante el mismo juez de la causa; y si se apelaba ante el juez superior. La nulidad de la sentencia, según el Conde de la Cañada, debía intentarse como pretensión directa sola o acompañada de la apelación; y también como incidente en la apelación.

La nulidad se debía ventilar en juicio contradictorio y con audiencia del colitigante; y mientras se decidía, no corrían los plazos para apelar, si se intentaba antes que éstos expirasen. Una vez interpuesta la nulidad dentro de los sesenta días no pasaba la sentencia en autoridad del caso juzgado. En la Constitución de 1812 se estableció un Supremo Tribunal de Justicia para conocer de los recursos de nulidad que se interpusieran contra sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo.

Derogado el régimen constitucional se restableció el recurso en 1835, en el Reglamento Provisional para la administración de justicia, dándose ahora, en sus dos formas: en caso de fallos contra alguna ley clara y ter-

723 Leyes 12 y 22, tít. 22, Part. 3.

724 Igual que el anterior.

725 Ley 19, tít. 22, Part. 3.

726 Ley 12, tít. 22, Part. 3.

727 Leyes 12 y 13, tít. 22, Part. 3.

728 Leyes 32, tít. 2 y 9, 10, 15 y 22, tít. 22, Part. 3.

729 Leyes 3, 4, 5, tít. 27, Part. 3.

730 Ley 1, tít. 18, Lib. LI, Nov. Recop.

minante por violación en algún trámite esencial de las leyes que arreglan el procedimiento.

Tras el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 se llegó a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en la que, junto a un motivo general de recurso en cuanto al fondo —ser la sentencia contra ley o doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales—, se reguló el recurso por quebrantamiento de forma que podía fundarse en nueve causas que venían a coincidir con los ocho números del artículo 1693 de la ley dicha, cuyo contenido, en relación con el tema de las nulidades procesales, fue objeto de estudio especial.

En la propia ley de 1855 se encontraron, dispersas, otras disposiciones sobre nulidad procesal, que pasaron a la vigente de 1881; sobre nulidad de actuaciones judiciales no practicadas en horas y días hábiles,<sup>731</sup> sobre nulidad de notificaciones, citaciones y emplazamientos no practicados con arreglo a derecho;<sup>732</sup> sobre excepciones dilatorias, siendo admisibles las de incompetencia, falta de personalidad en el demandante o su procurador, litispendencia y defecto legal en el modo de proponer la demanda,<sup>733</sup> etc.

En lo tocante a la legislación mexicana, ha dicho la doctrina,<sup>734</sup> que el código de procedimientos civiles distrital, comprende a todos los actos procesales defectuosos bajo la calificación común de actos nulos.

No es posible, sin embargo, aceptar la misma calificación para todos los actos procesales afectados de validez, han dicho estos autores, pues ésta no es siempre del mismo grado, ni la ley les atribuye a todos idénticos efectos, aunque el legislador no se haya cuidado de señalar claramente la distinción precisa, deseable desde el punto de vista de la técnica procesal, lo que no constituye verdaderamente una omisión de poco bulto, aunque tenga la disculpa de ser casi general en la reglamentación del proceso en los demás países, pudiendo el código italiano servir de ejemplo excepcional en cierto modo.<sup>735</sup>

### 133 La nulidad en la doctrina procesal.

Según Manuel Morón,<sup>736</sup> los procesalistas más destacados en Alemania, Italia e Iberoamérica, se apoyan en textos legales de mejor factura que la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Esta afirmación lleva la doble finalidad de sostener que esas doctrinas miran a la exégesis de sus leyes, y que como punto de partida, en ésta como en cualquiera otra

731 Artículo 8º

732 Artículo 24.

733 Artículo 237.

734 Castillo Larrañaga y de Pina, *Instituciones*, p. 206.

735 En nota, p. cit., añaden que el código italiano establece una distinción entre nulidad y acto irregular.

736 Op. cit., pp. 51 y ss.

investigación científica, debe acudirse al precepto positivo, inalterable hasta su derogación, en vez de buscarse *a priori* la doctrina, cambiante por esencia, que situaría a la construcción pretendida sobre una base tan movediza como el propio criterio de los hombres.<sup>737</sup>

Para Kisch,<sup>738</sup> cuando el acto procesal no llene los requisitos legales, aparecerá un defecto o falta de procedimiento formal, al lado de los cuales existen otros de fondo que son como inexactitudes o errores de juicio. Las faltas de procedimiento pueden referirse a las partes, al tribunal, al objeto del litigio, a la forma del acto o al tiempo o a cualquier otro requisito de validez. Por la mayor o menor trascendencia de la falta, puede afectar a un solo acto o producir efectos a una serie de ellos.<sup>739</sup> La invalidez no es siempre absoluta, ya que el acto puede ser sanado, distinguiéndose entre faltas renunciables e irrenunciables susceptibles de hacerse valer en cualquier estado de la causa y aún de oficio.

Rosenberg,<sup>740</sup> considera defectuoso el acto del órgano judicial cuando se realiza violando preceptos de procedimiento, distinguiendo si se trata de resoluciones y faltas de corrección. Los defectos corresponden a la realización, la incorrección al contenido de la resolución, allá se aplica un precepto procesal, acá una norma material. Los procedimientos idóneos en derecho alemán, para hacer valer la nulidad son: recursos,<sup>741</sup> y otros auxilios jurídicos.<sup>742</sup> Después de producido el caso juzgado en casos graves, existe la pretensión de nulidad o queja de nulidad.

Chioventa<sup>743</sup> exige para la regularidad: la existencia de determinadas condiciones o presupuestos procesales y la existencia de un acto constitutivo válido, demanda judicial. La falta de ellos produce un defecto en la relación, y según su naturaleza, el juez debe tenerlo en cuenta de oficio o por promoción de parte, de ahí que pueda hablarse procesalmente de nulidad y anulabilidad que no funcionan como en el derecho sustantivo. El defecto no impide la existencia de la relación si existen: un órgano **jurisdiccional** y una demanda, aunque sea nula, pues el vicio puede ser subsanado, y en todo caso, el órgano tiene la obligación de declarar que no puede fallar, pudiendo darse la condena en costas, fundada no en el vencimiento pero sí en la culpa.

Nulidad y anulabilidad desaparecen al hacerse definitivo el resultado del proceso; pero ante una demanda nula el juez no sólo no entrará a considerar la cuestión de fondo, sino que tampoco podrá examinar si existen o no los presupuestos procesales. En cuanto a la distinción entre

737 Idem, p. 82.

738 *Derecho procesal civil*, cit., p. 156 y ss.

739 De dos maneras: porque la falta se repita como en la inhabilidad, o porque la afecte a toda la serie en su conexión interna.

740 *Tratado*, T. I, p. 138 y ss.

741 Apelación, revisión y queja.

742 Oposición a los mandamientos de pago y embargo.

743 *Instituciones*, cit., T. III, p. 31 y ss.

la inexistencia y la nulidad, si en el derecho sustantivo es discutible, es necesaria teórica y prácticamente en el proceso, pues si no existe demanda judicial no habrá relación procesal, si no ha sido notificada no existe para el demandado y sólo entre juez y actor. En resumen, cuando el defecto de la relación deba tomarse de oficio, se tratará de nulidad, y si se requiere presentación de parte será anulabilidad. En cuanto a los medios de impugnación, dictada una sentencia la nulidad puede hacerse valer por los recursos admitidos contra la sentencia, confundiéndose aquí nulidad con anulabilidad, pero la distinción surgirá ante el juez del procedimiento impugnativo.

Entiende Carnelutti,<sup>744</sup> que en los actos jurídicos hay requisitos necesarios y útiles, la falta de los primeros produce nulidad, la de los segundos irregularidad. Para Chiovenda la teoría se construye sobre los presupuestos y la relación, para Carnelutti sobre los requisitos. La ley determina la nulidad genéricamente o específicamente, en el primer caso por falta de los requisitos necesarios, en el segundo señalando los que se exigen bajo pena de nulidad. La invalidación y la impugnación guardan las siguientes conexiones: son especies del mismo remedio jurídico que actúa en la invalidación sobre la legalidad y en la impugnación sobre su justicia. La primera elimina el acto nulo, la segunda lo sustituye por otro, pero la evolución se ha efectuado por la lenta absorción de la nulidad por la impugnación. Si un proveído nulo no es impugnado pudiendo serlo, se convalida, y si una sentencia no está sujeta a impugnación debe ser declarada nula cuando se presente el caso de vicios bastantes.

Para Alsina,<sup>745</sup> las formas aseguran el respeto, y la nulidad, el decaimiento del derecho y a veces la sanción pecuniaria tienden a ello. La teoría de la nulidad no es privativa de ninguna rama jurídica, aunque cada una impone modalidades particulares. Por nulidad absoluta entiende la violación de una disposición de orden público y por relativa la que sólo afecta al interés privado, pero el legislador no debe ocasionar perjuicios innecesarios por nulidades que las partes consideren secundarias o no tengan interés en declarar.

Couture<sup>746</sup> estima que la nulidad consiste en el apartamiento del conjunto de formas necesarias establecidas por la ley; no es una cosa atinente al contenido del derecho sino a sus formas, no un error en los fines de justicia queridos por la ley, sino de los medios dados para obtenerlos. El ajuste entre forma y contenido aparece en todos los terrenos jurídicos, pero en el proceso resalta por tratarse de una disciplina en que las formas constituyen preocupación constante. Como categoría fundamental, señala a la inexistencia como ineficacia máxima, nulidad absoluta com-

744 *Sistema*, T. III, pp. 558 y ss.

745 *Tratado*, cit., T. I, pp. 716 y ss.

746 *Fundamentos*, pp. 270 y ss.

patible con la producción de ciertos efectos en condiciones especiales, y la relativa con mayores posibilidades de producirlos. Concluye: en cuanto al acto inexistente, no puede ser convalidado ni necesita ser invalidado; en cuanto a la nulidad absoluta, no puede ser convalidada pero necesita ser invalidada; y en cuanto a la relativa, admite ser invalidada y puede ser convalidada.

De la Plaza,<sup>747</sup> señala que en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, no hay ordenación orgánica de los actos procesales, y por tanto de su estructura y sus vicios. Estos son una desviación de la norma rectora con una graduación de gravedad y posibilidad o imposibilidad de subsanación. En el campo procesal, como en el sustantivo, caben la inexistencia por ausencia de requisitos o cualidades, sin los cuales no puede nacer el acto, nulidad cuando el vicio es subsanable o no según la norma infringida, e irregularidad que se refiere al quebranto de normas no esenciales sino útiles, y rescisión que presupone la existencia del acto y permite dejarlo sin efecto cuando fueron erróneos o faltaron los supuestos en que su realización se basó.

Para Guasp,<sup>748</sup> vicio del acto es la ausencia de alguno de los requisitos exigidos para su realización. Rechaza el sistema que sostiene que cualquier infracción provoca la nulidad y el que afirma que sólo en casos especialmente declarados cabe, distinguiendo tres hipótesis: el acto es nulo por falta de requisitos que impiden los efectos normales y puede ocurrir que falte el que se de tal importancia que el acto no pueda concebirse sin él, acto aparente que en realidad no existe como la sentencia dictada por quien no es juez o el proceso didáctico. Si el requisito tiene carácter esencial, el acto es nulo como el juicio ordinario tramitado verbalmente por juez de primera instancia, este acto no produce efectos y tal puede estimarse de oficio, pero cabe la convalidación por acto posterior. La falta de uno de los requisitos puede producir la anulación, cuando la ineficacia necesita ser puesta de manifiesto por algún interesado; en este caso, el acto no tanto puede ser objeto de convalidación, sino que necesita ser invalidado para resultar ineficaz. Por la nulidad el acto es nulo pero puede dejar de serlo por convalidación, por la anulabilidad el acto es eficaz, pero puede dejar de serlo por invalidación. Todo ello es cuestión de interpretación judicial y en la duda debe preferirse la anulabilidad. El acto irregular es el que carece de un requisito sin dejar de producir efectos, dando lugar a otros como la imposición de corrección disciplinaria, calificación que también debe hacerse por interpretación.

Pietro Castro<sup>749</sup> estima en sentido lato que son faltas procesales las que afectan a la existencia de los presupuestos procesales, las que se

747 *Derecho procesal civil*, T. I, pp. 431 y ss.

748 *Comentarios*, T. I, pp. 692 y ss.

749 *Derecho procesal civil*, T. I, pp. 220 y ss.

refieren a la observancia de los principios fundamentales del procedimiento y las que pueden viciar las resoluciones judiciales; y en sentido estricto, falta es la que versa sobre la inobservancia de la forma prescrita. Su calificación depende de la gravedad y naturaleza de la norma.

a) Entre los estudios monográficos dedicados al tema, se encuentra la obra de Morón Palomino, quien comienza, como se ha visto, por apearse al derecho positivo español, negando la posibilidad de conocer a priori los fundamentos de esta, que sin embargo, considera una teoría, citando en apoyo de su posición a Pérez González,<sup>750</sup> y Luis Loreto.<sup>751</sup>

Además, en tácita oposición a Guasp,<sup>752</sup> niega que la regla del artículo 5º del código civil, sea adecuada para la solución de los problemas ofrecidos por una determinada rama del derecho mediante la aplicación de preceptos incardinados en ordenamientos de distinta naturaleza.<sup>753</sup> Este criterio es apoyado en México por Pallares,<sup>754</sup> para quien no es científico aplicar a las nulidades procesales los principios relativos a las civiles sin discriminación, pues entre ambas existen importantes diferencias: el proceso civil es institución de orden público y la casi totalidad de las leyes que lo rigen no pueden ser modificadas en su aplicación por las partes; en cambio, gran parte de los actos civiles pertenecen al interés privado, y rige respecto de las normas correspondientes el criterio del principio dispositivo. El proceso es un conjunto de hechos o actos jurídicos sucesivos, cuyos elementos dependen los unos de los otros por estar vinculados entre sí, de tal manera, que la nulidad de los anteriores engendra la de los posteriores; sin que suceda así con los actos civiles, que sólo excepcionalmente son de tracto sucesivo. En el proceso rige el principio de la preclusión que no existe en materia civil, y que tiene influencia notoria sobre la validez y la nulidad de los actos procesales. Y otro tanto puede decirse del principio de la cosa juzgada, por cuya virtud un acto nulo puede convertirse en válido irrevocablemente o al contrario.

Luego de citar a algunos autores que van, desde la opinión intermedia como Gelsi Bidart, para quien las nulidades civiles de carácter relativo tienen aplicación excepcional en el proceso civil, hasta la de Dumoulin y Enrique Amaya, quienes no tienen inconveniente en sostener que las nulidades civiles pueden aplicarse a las procesales, se decide Morón Palomino por la revisión del articulado de la ley de enjuiciamiento, para afirmar que son actos procesales nulos aquellos cuya nulidad venga expresamente declarada en la ley.<sup>755</sup> Como ejemplos señala: los no auto-

750 *El método jurídico*, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, p. 18.

751 *La sentencia constitutiva*, en *Estudios de Derecho Procesal*.

752 *Comentarios*, T. II, p. 692.

753 *Op. cit.*, p. 83.

754 *Diccionario*, p. 361.

755 Pp. 84-7.

rizados por el funcionario a quien corresponda dar fe,<sup>756</sup> los practicados en días y horas inhábiles,<sup>757</sup> las notificaciones, citaciones y emplazamientos no practicados con arreglo a lo dispuesto en la sección tercera del título VI del libro 1º,<sup>758</sup> los practicados bajo la intimidación o la fuerza,<sup>759</sup> los verificados ante órgano **jurisdiccional** incompetente por razón de la materia,<sup>760</sup> etc.

Pero como, según Alsina,<sup>761</sup> en materia de nulidades procesales no puede el legislador prever todas las situaciones posibles, llega a la conclusión de que al lado de las expresamente declaradas existen otras implícitas o virtuales.<sup>762</sup>

Pero las formas, añade, y en general los preceptos que regulan el proceso son numerosos, luego numerosas tendrán que ser las ocasiones en que el legislador, si quiere ser exhaustivo, habrá de establecer la nulidad. Y como difícilmente cabe contemplar cuantas transgresiones procesales sean imaginables, para seguidamente discriminar las capaces de producir lesión, perjuicio o indefensión, es natural que se decrete expresamente la nulidad sólo en los casos más salientes; por lo que, en general, puede decirse que, salvo prohibición expresa, a más de las nulidades declaradas existen las nulidades virtuales a que se refiere Alsina.<sup>763</sup>

Para justificar su tesis, Morón Palomino recuerda que según el artículo 462 de la ley de enjuiciamiento, no debe admitirse demanda si no se acompaña certificado del acto de conciliación o de haberse intentado sin efecto en los casos correspondientes; pero si el juez contraviene el precepto, entonces, en primer lugar se declaran válidas las actuaciones, se hace responsable al funcionario y se ordena practicar el acto en cualquier estado del pleito. De ahí obtiene la consecuencia de que si el legislador hubiera querido que sólo en los casos de expresa declaración, fuera posible pensar en la nulidad procesal, no tendría que haber consignado la salvedad con que se inicia el segundo párrafo del precepto.<sup>764</sup>

Actos procesales nulos son, sostiene, los que no producen sus normales efectos en el proceso en que dichos actos se verifican, en todos aquellos casos en que la ley consigne dicha privación se estará en pre-

756 Artículo 249.

757 Artículo 256.

758 Artículo 279.

759 Artículo 442.

760 Artículo 74.

761 *Tratado*, T. I, p. 722.

762 Página 89.

763 Página 89, y en la nota 11 agrega que piensan como éste, Carré y Garsonnet, *Procedure*, T. II, p. 600, quien comentando la regla del artículo 1030 de la ley procesal francesa, dice que los escritores y tribunales la aplican a las formalidades accidentales; y que la inobservancia de éstas es la que produce la nulidad únicamente en los casos en que la ley la prescribe, porque cuando se trata de inobservancia de las formas esenciales o substanciales, ésta provoca siempre la nulidad del acto, aunque la ley no la imponga.

764 Página 90.

sencia de la nulidad procesal.<sup>765</sup> Pero es interesante destacar que también habrá que reputar nulos los actos procesales de iniciación que ocasionen la procedencia de excepciones dilatorias. En este punto, Márquez Caballero admite que para lograr la nulidad la ley autoriza la excepción.<sup>766</sup> A lo que después añade Morón Palomino, que no está de más recordar que existen anomalías o irregularidades procesales que originen, no sólo la excepción dilatoria, sino, además, el recurso de casación por quebrantamiento de forma. En este caso se encuentran las excepciones primera y cuarta del artículo 533, que se corresponden con los defectos procesales previstos en los motivos segundo y sexto del artículo 1693 de la ley.<sup>767</sup>

Más adelante completa la idea, diciendo que también habrán de reputarse nulos los actos procesales que puedan ser impugnados mediante el recurso de nulidad a que se refiere el artículo 495 de la ley. Razón de ello es que el recurso es medio de impugnación, y si el legislador arbitra un recurso al que denomina de nulidad, es porque considera que con su planteamiento cabe impugnar, por nulidad, determinados actos procesales. Al recurso de nulidad consagra la ley dos artículos, el 405 y el 821. Sólo en el primero se contempla un caso de nulidad procesal específica. En el artículo 821 se hace alusión a un supuesto de nulidad no procesal sino de contrato civil, y se descubre, además, una remisión genérica a las nulidades procesales sin concretar ninguna específica.<sup>768</sup>

También resulta interesante apuntar la rectificación implícita de Morón Palomino a su premisa inicial, cuando al sostener que hay otras nulidades, además de las enumeradas por el legislador, explica que una cosa es que con apoyo al texto legal se inicie el trabajo que bajo la base del derecho positivo se enfoque el estudio y la investigación, y otra bien distinta que del precepto legal no se puede elevar y establecer superiores reglas generales para cuya fijación se pone en juego el método analógico y el conjunto de principios fundamentales del procedimiento.

Para efectuar esa supuesta elevación, acude a la idea de los principios procesales, y explica que al reflexionar sobre algunas de las nulidades examinadas, se observa que la anulación impuesta por el ordenamiento tiende a evitar las consecuencias de la infracción de algún principio del procedimiento. Así, por ejemplo, en el artículo 1693, en el que se enumeran los motivos de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, se encuentra, junto a aquellos motivos en los que el quebrantamiento consiste en la falta de ciertos presupuestos procesales, como la defectuosa composición del tribunal, incompetencia y falta de capacidad o de poder de gestión y de representación, que son los núme-

765 Página 91.

766 Página 92.

767 Página 93.

768 Op. cit., p. 95, donde se alude al arbitraje.

ros 7, 6 y 2, aparecen otros en los que el quebrantamiento estriba en la infracción de principios del procedimiento: es contrario al principio de audiencia de las partes la falta de emplazamiento, en primera o segunda instancias, de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio;<sup>769</sup> así como la falta de recibimiento a prueba en alguna de las instancias cuando proceda con arreglo a derecho;<sup>770</sup> y otro tanto sucede con la designación de cualquier acto de prueba admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión;<sup>771</sup> pugna con el principio de publicidad, y también con el de contradicción, la falta de citación para alguna diligencia de prueba o para sentencia definitiva en cualquiera de las instancias.<sup>772</sup>

Sentado lo anterior, formula el postulado por el que estima norma vigente en el derecho positivo español, el que: cuando la irregularidad procesal que en el proceso se ocasione, suponga violación de alguno de los principios procesales previstos en los casos de nulidad expresa o virtualmente contemplados, esa irregularidad supone y ocasiona nulidad procesal.<sup>773</sup>

Morón Palomino utiliza el procedimiento de la analogía, expuesto por Alfredo Rocco<sup>774</sup> y busca un principio general que en seguida aplica. Las normas que regulan no pocos supuestos de la nulidad procesal, afirma,<sup>775</sup> son consecuencia de este pensamiento o idea más elevada del legislador: cuando se infringen los principios del procedimiento en que esas normas se inspiran, se provoca la nulidad procesal. Esta proposición es admisible, agrega, porque se dan las dos condiciones, positiva y negativa, ya examinadas. En efecto, entre el ejemplo propuesto de infracción de la norma por no dar traslado al acto de la demanda reconvenional y los motivos 3º, 4º y 5º del artículo 1693, existe la semejanza consistente en que, tanto en uno como en otro caso, se contempla la infracción del principio del contradictorio;<sup>776</sup> y estos casos del artículo 1693 no son excepción de una norma general distinta, en primer lugar, porque no existe en la ley precepto que ordene la validez, salvo disposición contraria, de los actos que infrinjan los principios del procedimiento, y en segundo lugar, porque en otros pasajes de la ley se encuentra sancionada con nulidad la infracción, bien del mismo principio, bien del dispositivo del que aquél deriva.

A estas alturas, y con motivo de la aplicación que indistintamente llama analógica o extensiva, desconociendo la diferencia que existe entre interpretar en una forma o en otra, Morón Palomino se pregunta si la

769 Número 1º

770 Número 3º

771 Número 5º

772 Número 4º

773 PP. 110 a 112.

774 *La sentencia civil*, Trad. Mariano Ovejero, México s/f, p. 338.

775 Página 113.

776 Condición positiva.

nulidad es norma penal, puesto que en este campo la aplicación está prohibida como extensiva. No son penales, dice, porque como enseña Chiovenda,<sup>777</sup> las nulidades procesales no constituyen penas sino que son, solamente, la consecuencia lógica de la falta de observancia de las formas. Tesis que se refuerza si se tiene en cuenta que esas formas vienen impuestas por principios de procedimientos formulados *a priori* en la mente del legislador.<sup>778</sup>

b) Tocante al punto de la inexistencia, el autor opta por su admisión y diferenciación de la nulidad, no obstante la opinión doctrinal contraria que sostiene que la cosa juzgada sana todos los vicios, pues según el artículo 442 de la ley de enjuiciamiento, serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza.<sup>779</sup> Se afirma, entonces, que un acto totalmente privado de libertad o de voluntad no puede ser reputado acto humano, ni por tanto, jurídico; luego el artículo 442 descubre una categoría de actos que son inexistentes jurídica y procesalmente.<sup>780</sup> Por ello, sienta el autor esta regla: son actos procesales inexistentes aquellos en que el sujeto está privado de voluntad o de libertad en virtud de intimidación violencia moral, fuerza o violencia física, o de cualquiera otra causa.<sup>781</sup>

Para que un acto procesal se considere existente,<sup>782</sup> se precisa que en él concurren las condiciones que constituyen su esencia. Acertadamente, dice con Couture,<sup>783</sup> el concepto de la inexistencia se utiliza para denotar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida del acto mismo.

Para caracterizar a la esencia, acude a la conocida explicación, de que es aquello por lo que la cosa es lo que es y se distingue de las demás; forma tautológica que no amerita comentarios, sino, como el mismo autor hace, ejemplificaciones. Al aplicar estas ideas a la materia procesal, se tiene, como dice Prieto Castro,<sup>784</sup> con referencia al juicio de mayor cuantía, que si demanda es el acto procesal escrito de la parte actora en el cual ejerce la pretensión procesal solicitando del tribunal un acto de tutela jurídica ante el demandado, cuando un acto procesal que se intente hacer valer y aparecer como demanda, pese a ser humano, no sea escrito o no contenga el ejercicio de una pretensión mediante la solicitud de un acto de tutela, habrá que considerarlo inexistente desde el punto procesal.<sup>785</sup>

777 *Instituciones*, T. III, p. 110.

778 *Op. cit.*, p. 114.

779 *Página* 116.

780 Igual que el anterior.

781 *Cit.*, p. 116.

782 Añade en la página 117.

783 *Fundamentos*, p. 274.

784 *Derecho procesal civil*, T. I, p. 253.

785 *Página* 118.

c) En un capítulo distinto, Morón Palomino aborda el tema de los procesos anormales e irregulares, y los actos contra las buenas costumbres. Parte de la idea de Pietro Castro,<sup>786</sup> para quien existen tres clases de procesos, el convencional, el aparente y el simulado, que se distinguen porque el primero persigue un fin lícito mediante formas inadmisibles, el segundo emplea formas procesales para un fin distinto del connatural al proceso e intentándose en fraude de derechos de terceros, y el último es el usado por las partes con fines negociales sin intención fraudulenta. Del primero, Morón Palomino estima que es prácticamente inexistente e impracticable, ya que difícilmente se concibe un pacto que regule, íntegramente, un proceso a espaldas del arbitrado en la ley. Se trataría de un proceso hasta sin órganos **jurisdiccionales**; de un proceso, más que irregular, inexistente.<sup>787</sup>

El llamado contrato o convenio procesal, o mejor, sobre materia procesal, no ofrece singularidad en el tema de las nulidades que en el proceso civil puedan producirse. Si por virtud de un pacto de esa índole el órgano **jurisdiccional** conduce la actividad del proceso por trámites distintos de los previstos y ordenados en la ley, habrá nulidad procesal siempre que se incida en alguna de las causas que se ha visto la producen. No en otro caso.<sup>788</sup>

Del segundo tipo afirma que la denominación de proceso aparente no debe ser aceptada sin reservas, pues mejor sería hablar de procesos con litis aparente, ya que no todo proceso implica controversia entre partes; afirmación que no se puede pasar por alto, ya que es premisa de una posible conclusión en la que, con el rubro de proceso se engloben procedimientos negociales, o de **jurisdicción** voluntaria, y la prueba viene con la ejemplificación de Morón Palomino. En la historia,<sup>789</sup> el llamado proceso aparente tuvo un principal exponente en la institución romana de la **in iure cessio**, mediante la que era posible la transmisión de las cosas, tanto **mancipi**, como **nec mancipi**, así como la de los derechos reales incorporales. Y apoyado en Eugene Petit,<sup>790</sup> confunde como éste, la litis o litigio con el debate procesal y la **jurisdicción** voluntaria con el proceso, pues como el mismo Petit informa: proceso ficticio es aquel en el que las partes están de acuerdo y donde todo termina **in iure** por la adhesión del demandado, es decir, del cedente, a la pretensión del demandante.

La doctrina parece estar conforme en la confusión y el mismo Pacioni<sup>791</sup> le sigue llamando proceso fingido de reivindicación, sin parar

786 *Derecho procesal civil*, T. I, pp. 12 y ss.

787 Página 122.

788 Dice en las páginas 126-7, olvidando aparentemente la posibilidad que existe en el derecho comparado, de que las partes regulen el proceso en el compromiso arbitral.

789 Dice, p. 127.

790 *Tratado, elemental del derecho romano*, Trad. José Fernández González, Madrid s/f, p. 374.

791 *Manuel de derecho romano*, T. I, p. 374.

mientes en que por el hecho mismo de no haber iudicio sino fase *in iure*, es decir, administrativa o negocial para la *edictio actiones*, o para el nombramiento de árbitros, no podía haber proceso. Una fórmula de proceso aparente<sup>792</sup> se utilizó en el antiguo derecho francés para obtener la llamada *vente par décret volontaire*; pero esto verifica lo dicho, porque no hay tal apariencia, pues no hay semejanza posible entre un negocio con intervención judicial y un proceso con debate, en la inteligencia de que la fórmula francesa se presentaba en un procedimiento ejecutivo, de manera que el traspaso de la propiedad ocurriese no por voluntad de las partes sino por declaración judicial. Todavía añade el autor, que un vestigio del proceso aparente en el derecho positivo español es la producción de títulos ejecutivos al amparo del artículo 1430, consideración tan inexacta como sus premisas, pero que le permite concluir que la única cuestión que ofrece este tipo de proceso irregular, en orden al tema de la nulidad, es el que supone la falta del verdadero litigio. En el proceso aparente, de antemano está excluida la contienda. Para resolver si esta ausencia de litis supone nulidad procesal, estima que debe aclararse previamente otra cuestión, la consistente en si puede existir un proceso sin litis, sin controversia. La respuesta afirmativa, en su concepto, conducirá lógicamente a la admisión, como válido y eficaz, de un proceso en que la controversia esté ausente; la negativa, por el contrario, a la estimación de que dicho tipo procesal supone nulidad, o mejor inexistencia. Con apego a la doctrina autorizada, admite que la controversia no es esencial al proceso, aunque sea su materia normal. En este sentido, como afirma Adolfo Schönke, no todo proceso civil presupone un litigio, proceso civil y litigio no son cosas idénticas. Es cierto que por regla general, se ventila en el proceso civil una contienda, pero no es siempre necesario que ésta exista; así, por ejemplo, no hay controversia cuando la pretensión es reconocida inmediatamente: allanamiento.

Justamente porque no todo proceso supone controversia entre partes, estima Morón acertado a Guasp cuando censura la expresión del artículo 481 de la ley de enjuiciamiento que habla de toda contienda judicial entre partes, diciendo que la idea de contienda, por aludir a una efectiva contraposición de sujetos que recíprocamente atacan y se defienden, deja fuera de sí varios supuestos procesales en que tal discusión efectiva no existe. En consecuencia, si es posible el proceso sin litis, sin controversia efectiva, la ausencia de ésta no vicia el proceso. Luego, el proceso llamado aparente, por esa ausencia de contradicción, no puede ser considerado nulo. Es decir, este tipo de proceso irregular o anormal queda sujeto igual que el llamado convencional al régimen general de la nulidad de los actos procesales.<sup>793</sup>

792 Añade Morón, p. 128.

793 Op. cit., p. 129.

En realidad, el problema planteado sobre estas bases deja de serlo o, de otra parte, deja de tener importancia, porque ni es proceso el llamado aparente, ni hay proceso sin debate aunque no exista litigio, ni los procedimientos judiciales negociales tienen siquiera apariencia de proceso. Más interesante es el tercer tipo, el llamado proceso simulado, calificación que merece para el autor alguna reservas, porque entiende que no se trata de la simulación civil, sino de algo a la vez semejante y con profundas diferencias. En el proceso simulado se emplean formas procesales admisibles pero no existe contienda efectiva y real entre partes, extremo éste en el que coinciden proceso simulado y proceso aparente según Morón. Pero así como en el proceso aparente se pretende la consecución de un fin negocial lícito, en el simulado se intenta alcanzar un fin también negocial pero ilícito; bien la realización de un acto prohibido por el derecho objetivo, caso de fraude legal, bien el perjuicio de un tercero, que puede estar o no estar en relación de vinculación con la situación de derecho que se hace materia del proceso.<sup>794</sup>

Como tipo de proceso simulado sin perjuicio de tercero se piensa en la donación entre cónyuges mediante sentencia, utilizando la pretensión reivindicatoria, análoga a la *in iure cessio* romana. El comentario huelga, pero debe destacarse, primero, que la comparación es desafortunada, porque en la figura romana no había proceso y aquí sí. Por lo demás, se está frente a una consecuencia de la construcción jurídica institucional, pues si se tiende a conseguir un fin prohibido por una ley, mediante la aplicación de otra, como institucionalmente no puede valer y no valer algo al mismo tiempo, la contravención da lugar al conocido fraude de la ley, no porque se carezca de litigio, sino porque el debate lleva a una sentencia con la que se burla una disposición prohibitiva. En este sentido es aceptable lo afirmado por Morón Palomino, cuando dice que si el proceso simulado supone la consecución de un fin negocial, proscrito por el derecho objetivo, esta realidad ilícita no se alcanza hasta que el juez dicte su sentencia, ya que, hasta entonces, no se produce el efecto declarativo, constitutivo o de condena en las relaciones jurídicas de derecho substantivo. En el ejemplo puesto antes hasta que no sea firme la sentencia, accediendo a la pretensión de reivindicación no se operará la efectiva transmisión de la cosa del marido a la mujer o a la inversa.<sup>795</sup>

Consecuencias de primer plano en el caso del debate, no del litigio ni del proceso, simulado, son las apuntadas por el autor: en caso de proceso simulado con resultado de fraude legal la anulación es imposible; para quienes no fueron partes, carente de interés; para el órgano judicial, a quien no le es lícito entrar en el terreno de las intenciones; para las partes, que salvo los contados casos de revisión, no pueden contrariar me-

794 Op. cit., pp. 12930.

795 Op. cit., p. 131.

diante una impugnación legal el efecto de caso juzgado que la sentencia firme provoca. Se producirán en la práctica, ciertamente, abusos y fraudes de este tipo, y según Prieto Castro,<sup>796</sup> que entiende posee el juzgador facultades anulatorias para tales extremos, en contra del criterio defendido por Morón, no puede menos de reconocer, en definitiva, que la posibilidad de simulación es inevitable.<sup>797</sup>

Pero insatisfecho con estas afirmaciones, el propio Morón Palomino intenta una justificación inconvincente. Cuando se produce la sentencia<sup>798</sup> firme en este tipo procesal, no es que la resolución judicial haya derogado, para un caso particular, la disposición legal prohibitiva, por ejemplo, la que impide donaciones entre los cónyuges, es que en la esfera del derecho material se ha operado una transformación: considerar que el bien reclamado perteneció al patrimonio del cónyuge demandante. Tal es el efecto de derecho material de la sentencia firme recaída en un proceso simulado, sin perjuicio de tercero. Es claro que con este razonamiento, nada se regulariza, y lo que procede es buscar al sujeto interesado en pretender la anulación, o bien recordar la facultad del juzgador para valorar las pruebas, que en definitiva, son los elementos de eficiencia que pueden conducir a la validez de la reivindicación.

En cuanto a los procesos simulados con perjuicio de tercero, Morón acude a la caracterización que hace Prieto Castro,<sup>799</sup> de los que llama derechos subordinados, aquéllos cuya titularidad está determinada por una relación básica: copropiedad o comunidad, subarrendamiento respecto al arrendamiento, etc. En estos casos, los derechos subordinados pueden ser afectados en un proceso en que el titular no sea parte pero en que se ponga en juego el derecho principal. En ninguno de estos casos<sup>800</sup> puede hablarse de fraude legal, porque la resolución del asunto jurídico básico también pudo conseguirse por acuerdo extrajudicial, es decir, por los medios autorizados por el derecho privado,<sup>801</sup> sin que tampoco quepa hablar de fraude a tercero, porque el derecho de éste, *ab initio*, estaba vinculado subordinadamente a la existencia de la relación jurídica básica. Consecuentemente, tampoco en este tipo de proceso anormal se encuentra especialidad relativa al tema de la nulidad de los actos procesales. El proceso simulado con perjuicio de tercero, cuya situación jurídica está en dependencia con la que se hace objeto del proceso, en sí no es nulo.

El planteamiento lleva a una conclusión congruente, pero, como no siempre es aplicable con exclusividad la regla contractual o de derecho privado, el caso entra en el grupo institucional cuando una norma hete-

796 Op. cit., T. I, p. 282.

797 Op. cit., p. 133.

798 Dice en la página 134.

799 Op. cit. T. I, p. 506.

800 Piensa el autor, p. 135.

801 Así, el arriendo puede extinguirse por acuerdo entre arrendador y arrendatario.

rónoma impida ese perjuicio de tercero; basta pensar en el supuesto en que se trate de un subarrendamiento incluido en el Decreto que prorrogó por ministerio de ley ciertos contratos celebrados con anterioridad a 1949 en la ciudad de México. Si bien arrendador y arrendatario pueden lograr su finalidad, al chocar con el interés protegido del subarrendatario, el fraude es inoperante. Y otro tanto cabe decir respecto a la comunidad, especialmente cuando lleva a la asociación o sociedad de personas, como en la de nombre colectivo, donde es factible la rescisión del contrato de sociedad por sustitución de un socio, aunque ello provenga de resolución judicial, de manera que, si bien no se alcanza el objetivo de la anulación, sí se da lugar a consecuencias rescisorias.

Pero, dice Morón Palomino, el problema se agudiza cuando se trata de un proceso simulado en perjuicio de tercero no vinculado con el derecho materia de aquél. Este tipo de proceso anormal ofrece verdadero interés. El ejemplo típico es el de proceso celebrado en fraude de acreedores. Para burlar al acreedor, el deudor, puesto de acuerdo con quien ningún crédito ostenta en su contra, se deja embargar por éste en un juicio que no tiene más que la finalidad de substraer los bienes a la pretensión del verdadero acreedor. Idénticas consideraciones que respecto al apartado anterior, hace el autor para iniciar este estudio. Hasta que no hay sentencia, la única anormalidad consiste en la ausencia de litis; litis que, según dijo, no es esencial a la existencia y validez del proceso.<sup>802</sup> Es en la sentencia, o sea, en la condena que luego ha de ser cumplida en detrimento del patrimonio del verdadero acreedor, donde se alcanza el fraude de los intereses de éste.<sup>803</sup>

Las soluciones legislativas van, desde la intervención del tercero que el artículo 474 del código francés define como la que interpone contra la resolución del juicio la persona que ni por sí, ni por quien la representa ha sido llamada a ese juicio. Se trata de un remedio represivo o reparatorio y se ha considerado como la transposición procesal de la pretensión pauliana del derecho privado.<sup>804</sup>

En cuanto al derecho español, aunque la doctrina jurisprudencial ha entendido que pueden atacarse estos casos por la revocatoria del artículo 1111 del código civil, Morón se opone, argumentando que por regla general no es correcto resolver problemas de derecho procesal acudiendo a preceptos e instituciones de derecho privado. Por lo que se refiere a la pretensión pauliana, se daba en el derecho romano, al decir de Petit;<sup>805</sup> para que los acreedores pudieran rescindir los actos que hubiera realizado fraudulentamente el deudor en su perjuicio y encontraba aplicación cuando los bienes del deudor eran vendidos sin haber sido previamente paga-

802 Lo que es cierto, si no se olvida la diferencia entre litigio y debate.

803 Pp. 135-6.

804 Op. cit., p. 136.

805 Op. cit., p. 668.

dos los acreedores. La pretensión pauliana, pues, se arbitró para impugnar actos o contratos, esto es, para actualizarse en una materia de derecho privado. Tan fue así, que el plazo del año en que debía ser ejercida la pretensión, comenzaba a contarse en la época clásica, desde la *missio in bona*, y en el derecho justiniano, cuando se fusionan la pauliana y la *interdictum fraudatorium*, desde la *venditio*.<sup>806</sup>

Se desarrolló la pauliana en el derecho intermedio al amparo de una corriente que fundamentó la revocatoria en un delito, en el *fraus*, en el *dolus*, es decir, en una injusticia subjetiva; doctrina que influyó en el Código de Napoleón, y de la que se había apartado el derecho estatutario italiano, que más acorde con las necesidades del tráfico, sustituyó el fundamento de la pauliana, centrado inicialmente en una injusticia subjetiva, en el concepto objetivo del fraude.

El código civil español no se substraiga al influjo de esta institución romana y la consagró en el artículo 1111. La pauliana, en el derecho vigente, no está sino someramente regulada, de ahí el esfuerzo del Tribunal Supremo por elaborar una doctrina que perfila el instituto. Es supuesto necesario de la impugnación al amparo de la pauliana, la existencia de un acto de disposición que beneficie a tercero. A este respecto, dice de Castro que la situación jurídica que presupone la revocatoria, no se encuentra completa si no se indica la necesidad de que exista, previamente, una relación jurídica entre el deudor y el tercero; relación jurídica cuyos efectos serán el objeto de la impugnación. Ahora bien, el proceso no es considerado como una relación jurídica por Morón, sino que sirve a la relación pero no es efecto de la misma. Por lo que se refiere al efecto del ejercicio de la pauliana, el buen éxito de su interposición hace ineficaz el acto jurídico impugnado, pero sólo relativamente, esto es, frente a los acreedores perjudicados. El Tribunal Supremo ha señalado esta nota, pues si bien atribuye a la rescisión, en general, conforme al artículo 1295 del código civil, el efecto de reestablecer el estado de derecho antes existente, entre las partes que lo otorgaron, reintegrándose cada cual lo que le pertenecía, cuando se trata de la rescisión por el ejercicio de la revocatoria, ha proclamado que no existe confusión en el orden jurídico entre rescisión y nulidad, pues para el demandante, ajeno a la compraventa rescindida, la rescisión equivale, por sus consecuencias, a la nulidad o negación de la existencia del contrato. Y esto hace decir a de Castro, que la fórmula del derecho romano *atque si nihil alienatum esse*, podría ser sustituida hoy por la de *no enajenado en lo que perjudique al acreedor*, pensamiento que indudablemente inspira el artículo 880 del código de comercio español,

806 Cfr. Pietro Bonfante, *Historia del derecho romano*, Trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid 1944, T. p. 529.

al decir que serán ineficaces, respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste.<sup>807</sup>

Morón se pregunta si es posible aplicar este carácter de relatividad a la anulación de un proceso, o de una sentencia, por el ejercicio de la pauliana. Si cabe pensar en una sentencia válida con respecto a unos y nula en relación con otros. Prieto Castro<sup>808</sup> no es contrario a la aplicación procesal de la pauliana en el derecho español, mas tiene que reconocer que las reglas relativas a los plazos de ejercicio y efectos de la rescisión no pueden aplicarse a la impugnación de las sentencias.

En el entender de Morón, aplicar la pauliana desfigurada, sólo en alguno de sus aspectos, equivale a no aplicarla. Existen otras razones que confirman su opinión. El proceso fraudulento con perjuicio de tercero no vinculado con la relación objeto del juicio, supone simulación. Actor y demandado, o ejecutante y ejecutado, se han puesto de acuerdo para, fingiendo la existencia de un crédito que en realidad no existe, acudir al proceso y simular un incumplimiento. De ahí que a este tipo de proceso irregular se le suela denominar no sólo proceso fraudulento, sino quizás más frecuentemente en la práctica proceso simulado.

Ahora bien, la pauliana supone la existencia de un negocio jurídico real y existente, a más de válido. De Castro dice a este respecto que este negocio jurídico, o si se prefiere acto jurídico, tiene que ser válido. Si es nulo o anulable, el derecho único que corresponde al acreedor perjudicado es el de pedir su nulidad. Y Castán Tobeñas<sup>809</sup> en el mismo sentido, expone que la naturaleza de la pauliana en el derecho español, es la de una pretensión rescisoria, y por lo tanto de carácter personal. Es a veces confundida en la práctica con la pretensión de declaración de simulación; pero esta última, en realidad, es muy distinta, pues es una pretensión de nulidad o de inexistencia. Así pues, la pauliana no es idónea para combatir la sentencia dictada en el tipo de proceso irregular dicho.<sup>810</sup>

Al abandonar el campo civil, Morón Palomino se refugia en el artículo 1796 de la ley de enjuiciamiento civil, en cuyo número 4º encuentra como motivo del recurso de revisión, la maquinación fraudulenta. Halla evidente ésta en el caso a estudio, y puesto que el precepto funda la anulación de la sentencia firme, pero como la revisión no se da en interés del tercero por no ser parte, acude a la interpretación analógica, para efectuar una aplicación extensiva del precepto a una pretensión de nulidad en un proceso ordinario, la que finalmente rechaza, porque su opinión es que el proceso irregular tratado como tal proceso es inexpugnable. Procesalmente, no hay plazos hábiles para una petición de nulidad que ni viene autorizada por el derecho positivo, ni por la aplicación de institu-

807 La inoponibilidad.

808 *Op. cit.*, T. II, p. 428.

809 *Derecho civil común y foral*, T. II, p. 543.

810 Morón, p. 135-40.

ciones procedentes del campo del derecho privado, ni tampoco por una extensión analógica técnicamente imposible.<sup>811</sup> Sin embargo, como solución, propone la querrela penal, por el delito de alzamiento de bienes que configura el artículo 519 del código penal, que dejando incólume la validez y eficacia del proceso civil, consigue, junto con el efecto repressivo de la sentencia penal, la indemnización económica.

d) Respecto a la teoría de Alcalá Zamora sobre la nulidad de los actos procesales que pugnen contra las buenas costumbres,<sup>812</sup> no tiene apoyo en el derecho español, porque dice Morón, el artículo 11 del código civil no es susceptible de ser interpretado más allá de sus propios límites: materia de derecho internacional privado. En definitiva, el acto procesal contra las buenas costumbres, si se produce, lo que no es fácil, habrá de ser examinado bajo el prisma de los criterios ordinarios de indagación que han sido expuestos.

Como acto procesal contra las buenas costumbres, podría considerarse la actuación temeraria de un litigante; conducta que en nada repercute en la validez o nulidad del proceso y sí sólo en la posibilidad de una condena en costas.<sup>813</sup>

#### 134 Conexiones de la nulidad con otros fenómenos jurídicos.

Antes de penetrar, como lo hace Morón Palomino, en el estudio de los medios implantados por la ley para perseguir la nulidad y en el análisis de sus efectos, por las implicaciones que se han apuntado de esta figura en otras construcciones técnicas, es pertinente ahondar el tema de sus conexiones.

Según Eduardo Jorje Laje<sup>814</sup> todo acto jurídico se otorga para que produzca los efectos que son propios de su naturaleza y carácter. Tales efectos vienen a ser así una causa inmediata del acto, en el sentido de que éste tiende precisamente a provocarlos. Pero, además de esa causa inmediata, existe otra que actúa como verdadero motivo o razón determinante del otorgamiento y está constituida por la aspiración, variable según los individuos y circunstancias, que en la mente de los autores se habría alcanzado una vez que los efectos del acto se produzcan.

El derecho positivo regula la validez de los actos jurídicos imponiéndoles requisitos en cuanto al sujeto, objeto y forma, con vistas a garantizar el orden público y para evitar que se alteren, mediante tales actos, las normas de convivencia. Respetadas estas condiciones, la sociedad presta su apoyo para que el acto se cumpla, por entender que habiendo sido elegido libremente por los otorgantes, representa el medio adecuado para

811 Pp. 141-2.

812 *Estudios*, pp. 497 y ss.

813 Morón, pp. 147-8.

814 *La noción de causa en el derecho civil*, Bs. As. 1954, p. 209.

que ellos alcancen sus fines, los cuales a su vez, se reputan lícitos mientras no se pruebe lo contrario.

Pero si no obstante reunirse todos los requisitos, el fin o motivo determinante no se cumple por cualquier razón, o dicho fin resulta contrario a las normas de convivencia, el acto no puede valer ni puede contar con el apoyo del derecho. Las condiciones de que se cumplan los motivos impulsores y de que ellos no sean ilícitos constituye así un requisito de validez que se añade a los que impone el derecho positivo con relación a cada acto en particular. Así resulta del principio fundamental de que los actos jurídicos son medios puestos al servicio de fines humanos y de que no pueden ser empleados para alcanzar resultados antisociales. En los actos plurilaterales tendría que ser lo mismo, si tal ocurriera con respecto a cualesquiera de los motivos en juego. Pero como puede haber otros en situación contraria, decretar la invalidez del acto por aquella razón, significaría sacrificar unos motivos a los demás. Por ello, en homenaje a los lícitos y que se cumplen, el acto debe mantenerse, supuesta su corrección externa, si estos últimos motivos son independientes de los restantes. Tal independencia existirá cuando la parte cuyo fin fue logrado y era lícito, no conocía en el momento de otorgarse el acto, la ilicitud o la imposibilidad de alcanzar alguno de los otros motivos.<sup>815</sup>

Ya L. Jossierand<sup>816</sup> expresaba que las tres nociones de **voluntad**, de **móvil** y de **fin**, representan verdaderamente el **substratum** del derecho y ofrecen un carácter de indivisibilidad, en el sentido de que la primera asegura el enlace entre las otras dos: el móvil tiende hacia el fin mediante la pretensión de la voluntad que se emplea para este efecto; no hay móviles sin fin; no hay fin que no sea postulado por un móvil y cuya realización no implique un esfuerzo de voluntad.

Parece entonces, que además del análisis propiamente jurídico, o netamente técnico de los actos, para determinar su validez o subsistencia, es menester precisar los móviles y los fines, como condicionantes de la voluntad eficaz. Es sobre estas consideraciones que puede hablarse en primer término, de la simulación, y cabe decir, con Arturo Acuña Anzorena<sup>817</sup> que en el lenguaje corriente se dice que hay simulación cuando se aparenta una cosa que en realidad es otra, o para servirse de expresiones empleadas por los diccionarios de la lengua, cuando se representa una cosa fingiendo o imitando lo que no es, vale decir, cuando se da existencia ideal a lo que realmente no la tiene. En el léxico jurídico, el término se conserva, poco más o menos con igual significado, y resumiendo conceptos, se puede decir que hay simulación toda vez que exista una disconformidad intencional entre la voluntad y su declaración, acordada entre partes con el fin de engañar a terceros.

815 Laje, op. cit., pp. 209 y ss.

816 *Los móviles de los actos jurídicos en derecho privado*, op. cit., pp. 9 y ss.

817 *Simulación de los actos jurídicos*, Bs. As. 1963, pp. 13 y ss.

La disconformidad intencional, según el autor, distingue la simulación del error, en cuanto en la primera hay divergencia entre la voluntad y la declaración deliberadamente. El acuerdo entre partes implica la necesidad de otra declaración de voluntad igualmente ficticia, de manera que así queda diferenciada de la reserva mental que puede aparecer en actos unilaterales como el testamento. La simulación no se explica por simple capricho, sin un fin preconcebido, por lo que es presumible que busque crear la apariencia distinta de la realidad, como maniobra para inducir a engaño a los que en ella confíen; esto la distingue de las declaraciones de voluntad carentes de contenido real que se emiten con fines teatrales, didácticos o de propaganda. Sin embargo, la intención de engaño no se confunde con el propósito ilícito y aún cabe que el móvil sea generoso, lo que permite sostener la posibilidad de una simulación lícita en la que el fraude no entre como elemento de formación, es decir, en la que no aparezca la oposición del negocio a terceros. El engaño, por ende, no es elemento necesario en la simulación y su ausencia no influye en la existencia de ésta.

En el acto simulado hay unidad de declaración, dice Acuña Anzorena contra la doctrina sustentada por Planiol y por Esmein, porque al sostenerse en la doctrina francesa la necesidad de una doble declaración de voluntad, la simulada y la que le contrarresta, se olvida que el acto simulado, nace de un procedimiento deliberativo, vale decir, destinado desde su formación a no producir entre las partes contratantes efecto alguno, si la simulación es absoluta, o distintos a los ordinarios en actos de la naturaleza del aparente, si es relativa. Decir con Planiol y Esmein que en la simulación hay una convención cuyos efectos se destruyen o modifican por otra convención contemporánea, es concebir entre los autores del acto simulado un propósito, aunque momentáneo, de realizar un acto serio, pues, de otro modo no se explicará que con una segunda convención se quieran destruir los efectos de una declaración de voluntad emitida con fines reales o sinceros.

Los simuladores buscan un único fin: el de que la declaración aparente de voluntad, no produzca efectos desde el momento mismo en que la emiten, y los contratantes no afirman por un momento la realidad del negocio para desdecirse o revocarlo en seguida, sino que originalmente no quieren el negocio y tratan de producir su apariencia.<sup>818</sup>

La simulación ha sido confundida doctrinaria y jurisprudencialmente con el fraude y la pretensión pauliana, por ello Acuña Anzorena distingue estos últimos. En el acto simulado hay una divergencia intencional entre la voluntad y su declaración. Las partes, al celebrarlo, no entienden dar vida a la relación jurídica determinada, sino crear una simple apariencia detrás de la cual podrá ocultarse otro acto serio, si la si-

mulación es relativa, o bien no existir ninguno, si es absoluta. En el acto fraudulento no hay, como en el caso anterior, pura ilusión; existe un acto real y celebrado con la entera plenitud con que las partes pretendieron hacerlo, y tan es así que el tercero lesionado por el mismo, debe solicitar su revocación, la que sólo podrá ser pronunciada hasta cubrir el importe del crédito de quien la solicita, restando válida la operación fraudulenta en lo que excediere de su crédito. El acto simulado es inexistente, sólo querido en su apariencia; el acto fraudulento es un acto real, serio, querido por las partes en su forma y contenido. La finalidad perseguida con la realización del acto simulado o con la del acto fraudulento, es elemento también de diferenciación. El acto fraudulento es siempre ilícito, como que su objetivo no es otro que el de perjudicar a terceros. La simulación puede estar inspirada por móviles lícitos y hasta generosos. Es cierto que casos hay en los que se la emplea para realizar u ocultar un fraude; pero en tales supuestos lo que da ilicitud al acto es más el fraude que la simulación.<sup>819</sup>

En lo tocante al fraude a la ley, sostiene con los autores que llama objetivistas, que la intención no puede ser considerada elemento específico del fraude a la ley, ni suficiente por sí sola, para distinguirlo de la violación de la misma. Si de la realización de un acto resulta una situación jurídica contraria al espíritu de la ley, se estará en presencia de un fraude, sin que sea necesario a su existencia el propósito de las partes en eludir la prohibición contenida en el texto legal, cuya aplicación se elude; mas en vano se pretendería encontrar fraude si de aquella misma relación jurídica no resulta ataque alguno al contenido de la ley, por más que la intención de las partes haya sido eludir su aplicación. Como expresa Rondón, el negocio o constituye una violación de los preceptos de una ley, y entonces la sanción de ésta debe aplicarse, cualquiera haya sido la intención del agente; o no existe una efectiva correspondencia entre el contenido de la ley y los elementos de la relación, y entonces la ley no puede aplicarse cualquiera sea la voluntad del agente. Pero, pese a estas ardientes disputas doctrinarias y sea cual fuere la posición que los autores adopten sobre el particular, hay en la teoría del fraude un punto, reconocido unánimemente, por la doctrina, como elemento necesario, que constituye sin duda la característica propia de la noción que el autor bosqueja, y es que el fraude implica una violación de la ley, realizada, no directa ni abiertamente, sino mediante el empleo de procedimientos indirectos, oblicuos, que respetando el texto literal, la eluden en su espíritu.<sup>820</sup>

Caracterizadas estas figuras, las contrasta con la simulación, para afirmar que son distintas por su propia contextura. El acto simulado es un acto inexistente, una mera apariencia, un cuerpo *sine anima*, si la si-

819 Op. cit., p. 25.

820 Op. cit., p. 29.

mulación es absoluta; un velo, un disfraz, si la simulación es relativa. Descorrido ese velo, descubierto el engaño, quedará la nada, en el primer caso; o un acto distinto en el segundo. El acto aparente, es un acto no querido destinado a desaparecer para dar paso, en más o menos tiempo, al acto real, o a la verdadera posición jurídica de los contratantes.

El acto fraudulento, por el contrario, es la manifestación seria y sincera de lo que las partes se propusieron obtener con su realización. Para juzgar de uno y otro, el juez debe emplear procedimientos distintos. Si se trata de un acto simulado, deberá comenzar por aislar el acto aparente del acto encubierto, y hecho esto, juzgar su validez.

Si el acto es fraudulento, basta interpretar el texto legal en su espíritu, y si resulta que el fin obtenido con el acto que se impugna es contrario al propósito legislativo de la disposición, el juez tiene ya elemento suficiente para declarar su nulidad.

En cuanto a si la simulación constituye un medio de defraudar la ley, lejos está la doctrina de ofrecer igual uniformidad. Mientras hay autores que como Ferrara, Desbois y Ligeropopoulo, sostienen que la simulación no puede constituir un medio de defraudar la ley, otros como Bleza dos Santos, Boiselot y Rotondi, afirman que el acto simulado no es mera forma de disimular el fraude, sino procedimiento o forma de realizarlo. Esta conclusión contradictoria entre los autores, parece originarse como lógica consecuencia de la distinta posición que adoptan en lo que respecta al carácter que debe reconocerse al fraude, dentro del concepto amplio de violación de la ley.

Si se tiene en cuenta que el acto simulado no es otra cosa que una falsa declaración, nada más que un velo echado para ocultar o encubrir una situación de hecho o de derecho, forzoso es convenir que su efecto es en absoluto indiferente con relación al acto sincero. Declarada la inexistencia del acto simulado, descubierta la real intención de las partes, se está en presencia de un acto que viola la ley, no en forma indirecta, sino franca y abiertamente.

A este respecto le parece irrefutable Ferrara, cuando dice que la ocultación ni pone ni quita nada al negocio realizado; apartando el velo engañoso, queda el negocio en su verdadera esencia, en su realidad desnuda y escueta; y si este negocio resulta en contradicción con una ley prohibitiva, se tendrá un **contra legem agere**, no un **in fraudem legis agere**.

**Contra legem:** escondido, oculto; circunstancia que no altera su naturaleza. Si se extiende un velo sobre un hecho realizado, si se cubre con un disfraz una transgresión real, no por eso la transgresión deja de serlo; estará cubierta, escondida, enmascarada; pero será siempre una transgresión, un choque contra el contenido verbal de la norma. La simulación no es un medio de eludir la ley, sino de ocultar su violación.<sup>821</sup>

a) Semejantes son las apreciaciones de Héctor Cámara,<sup>822</sup> quien comienza por sostener que la simulación es un desacuerdo entre la intención real y su declaración, desacuerdo querido, porque hay casos como el del error, en que es involuntario.

Sobre el error, Raymond Célice<sup>823</sup> ha dicho que el error sobre la sustancia se descompone en dos elementos que se confunden con los que constituyen la noción de causa, por lo que asimila el error sobre la sustancia con el error sobre la causa, y llevando más lejos su análisis, ha podido establecer que los efectos del error sobre la sustancia no tenían otro fundamento que la ausencia de causa.

Cuando ha sido preciso explicar cómo el error sobre la persona podía unas veces ocasionar la nulidad y otras ser ineficaz, no se ha podido hacer otra cosa que enlazar esa diferencia con la influencia mayor o menor del error sobre la causa determinante de la obligación.

Finalmente, ha visto que el error sobre los motivos nunca producía efecto alguno; pero no ha encontrado que, al mismo tiempo, lo característico de este error era no atacar en forma alguna a la causa de la obligación. No ha encontrado más errores que ocasionen la nulidad, que los que llevan consigo la falsedad y la inexistencia de la causa.

La causa es, en efecto,<sup>824</sup> para todo el mundo, hasta para los partidarios de la doctrina clásica, el motivo que el derecho tiene en cuenta, el motivo jurídicamente suficiente. Pero es claro que el error no puede producir efecto jurídico más que cuando recae sobre un motivo que el derecho tiene en cuenta.

Si un error sobre un motivo puede hacer anular el contrato, es que dicho motivo se confunde con la causa, porque si ese motivo, cuya falsedad o inexistencia puede acarrear la anulación del acto, no era el motivo jurídicamente suficiente, es que el derecho tendría en cuenta otros motivos diferentes de la causa, es que el motivo jurídicamente suficiente no bastaría. No puede salir de ahí y hay que escogerlo bien hay que cesar de llamar a la causa motivo jurídicamente suficiente, o bien habrá que reconocer que el error capaz de ocasionar la anulación de un contrato no puede ser más que el que recae sobre la causa. El desacuerdo querido, por lo demás, lleva también a la reserva mental, las declaraciones didácticas o teatrales y la propia simulación. En la violencia física<sup>825</sup> hay también disconformidad conciente, pero no libremente consentida.<sup>826</sup>

Después de recordar las definiciones de Spencer Vampré, de Van Wetter, de Planiol y Ripert y de Demogue. Héctor Cámara expresa que

822 *Simulación de los actos jurídicos*, Bs. As. 1958, pp. 27 y ss.

823 *El error en los contratos*, Trad. César Camargo y Marín, s/f., p. 179.

824 Dice luego en la página 239 y ss.

825 *Vis absoluta*.

826 Héctor Cámara, op. cit., p. 26.

en un sentido generalísimo, simular significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es; disimular, ocultar lo que es, teniendo en ambos casos el individuo idéntico objetivo, es decir, el engaño. Estos dos conceptos similares aparecen como aspectos diversos de un mismo fenómeno: la simulación.

Dichos términos, al pasar del lenguaje corriente al campo jurídico, no cambian de sentido. Por ello dice que conforme con la mayoría de los tratadistas modernos, el acto simulado consiste en el acuerdo de las partes, de dar una declaración de voluntad a designio diverso o divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente, o en perjuicio de la ley o de terceros; llamándose simulación al vicio que afecta este acto.

Entonces, cuando los contratantes llevan a cabo el acto simulado, realizan un negocio jurídico sólo aparente, con interés de efectuar otro distinto, lo que es simulación relativa, o no realizar ninguno, lo que es simulación absoluta. De ahí la diferencia entre simulación absoluta y relativa. nombres que usa, ya que han sido adoptados por los juristas y las legislaciones en general, pero no adecuados porque ocasionan equívocos lamentables. Dada la definición del acto simulado, examina después sus presupuestos esenciales, para conocer mejor la estructura jurídica. Los jurisconsultos modernos, más o menos uniformemente, reconocen como elementos constitutivos e indispensables del negocio jurídico aparente, los que siguen: i) el acuerdo entre partes; ii) el propósito de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de terceros o de la ley; iii) la disconformidad conciente entre voluntad y declaración.<sup>827</sup>

Al penetrar en las distinciones, Cámara llega hasta contraponer el dolo a la simulación unilateral, porque aquél implica mala fe, astucia, mientras que la simulación no lleva como requisito indispensable el propósito maligno sino un fin de crear la apariencia; el dolo sólo cabe en los actos bilaterales, cuando una parte sorprende la buena fe de otra, mientras que el campo de la simulación es más amplio.

La contribución de los participantes delimita el negocio simulado con las adquisiciones de bienes bajo nombre de otro,<sup>828</sup> porque en éstas no hay simulación, pues el trasmitente no se encuentra en entendimiento con el comprador, que puede ignorar la operación: falta la confabulación y sólo hay simple mentira del adquirente, debiendo el juez, al comprobar la verdad, declarar que el negocio surte efectos con relación a la persona que realmente adquiere y no para el aparente dueño.

No es necesario el **animus nocendi**, pero sí el **animus decipiendi**, porque los autores actúan con el propósito de engañar al público en general,

827 Op. cit., p. 29.

828 Cuando alguno declara obrar en nombre y por cuenta de otro, siendo en verdad su voluntad el adquirir para sí y con dinero propio.

pero no debe confundirse con la intención de dañar, porque el fraude no es de su esencia.

La figura es incolora en sí, calificándose según los fines de quienes la usan y aún puede resultar lícita como en la donación encubierta por precio vil, con finalidad generosa.<sup>829</sup>

Por tanto, son elementos esenciales de la simulación el acuerdo de partes, el propósito de engaño y la divergencia intencional; en cuanto a la consumación del engaño no integra la figura, sino que es un simple efecto. Como síntesis, el autor expresa que el acto simulado nace de un procedimiento deliberativo único desde su origen, no afirmando los contratantes ni siquiera por un momento la seriedad del negocio ostensible, para modificarlo con posterioridad.<sup>830</sup>

Después de insistir en el contraste entre simulación y reserva mental, la pauliana y el fraude a la ley, parangona la primera con los actos aparentes, nacidos del esquematismo y escasez de medios de que disponen las partes para formalizar sus negocios. Entre los romanos se encontraron diversos contratos aparentes o simbólicos, todos obra de la jurisprudencia que sabía suplir el derecho sin abolirlo; los cuales agrupa en dos categorías: i) los negocios **per aes et libram**;<sup>831</sup> ii) los negocios ventilados delante del tribunal, en parte bajo la forma de proceso: **in jure cessio**. También recuerda en esta clase de actos la **sponsio praejudicialis** derivada de la **stipulatio**, pero que casi no merece consideración especial.<sup>832</sup>

Las dos figuras presentan puntos de contacto visibles, tanto que Abeille expresa que el acto aparente constituiría el género, donde el negocio simulado no sería más que la especie; pero otros juristas se han esforzado en buscar distinciones. A juicio del autor, si bien sostiene contra la tesis de Ihering y Milhaud, que el acto aparente es en el fondo serio, real, al cual las partes recurren por ignorar todo otro procedimiento para realizar su intención, cree que en ellos hay generalmente simulación relativa, desde el punto de vista material por lo menos, aunque no puede decir que haya simulación jurídica, verdaderas ficciones o simulaciones legales.

Estructuralmente ambos negocios son casi idénticos, siendo su única diferencia de carácter técnico y psicológico al mismo tiempo. Los actos simulados crean una ilusión para engatusar a los terceros, mientras que en los negocios aparentes, la discrepancia entre el querer y su expresión, se debe a motivos o circunstancias extraños a los particulares. Son conocidos por todos, no confunden a nadie sobre su significación: ningún individuo puede ser engañado.<sup>833</sup>

829 Op. cit., pp. 32 a 34.

830 Cit., pp. 37 a 39.

831 *Mancipatio* y sus varias aplicaciones: *nexum, solutio per aes et libram*.

832 Cit., p. 53.

833 Cit., pp. 54 y 55.

Más todavía, los actos simulados se distinguen de los negocios fiduciarios, que son aquellos en los cuales una parte llamada fiduciante, transmite a otra que es el fiduciario, la propiedad de algún bien o derecho, obligándose ésta a transferir el objeto a un tercero, con la modalidad y en los términos establecidos. La característica de esta clase de actos es la falta de armonía entre la relación externa y la relación espiritual, produciendo mayor efecto que el deseado.

Hay exceso de atribución patrimonial respecto a la intención económica perseguida por los contratantes; se usa una forma jurídica más fuerte para obtener un resultado más débil. En dichos contratos es diferente la relación, tanto hacia afuera como hacia adentro. Se da al fiduciario la titularidad de las cosas hacia afuera o de acreedor de un derecho que pertenece al fiduciante, atribuyéndole de esta manera la plena facultad para ejercerlo. Empero, hacia adentro, el fiduciario no pasa de ser un encargado, un mero apoderado, ya que la cosa o el crédito le son ajenos, frente al poderdante.

Por consiguiente, cuando el fiduciario abusa de la confianza depositada, de suerte que utiliza lo confiado en su propio beneficio, comete una estafa. El fiduciario sólo constituye un intermediario con obligación de restituir la cosa, no recibiendo por su trabajo recompensa alguna, lo que le distingue del fideicomisario; la obligación se funda en la confianza, en la fe depositada, en su leal comportamiento, y de ahí el nombre de los actos, que como dice Barassi, tiene su base en el honesto y escrupuloso cumplimiento de la obligación de abstención de parte del fiduciario.<sup>834</sup>

Expuesta la noción de los actos fiduciarios, la contrasta con los simulados, primero de simulación relativa y luego los disimulados. El negocio fiduciario se distingue netamente del acto con simulación absoluta; el primero es efectivo, real, del cual se quieren las consecuencias, en tanto el otro es ficticio, inexistente, no deseando nadie su realización. El acto ficticio es nulo y el fiduciario es efectivo. La distinción entre estos actos y los negocios con simulación relativa es más interesante. Conforme a la solución que acepta sobre la estructura de los actos fiduciarios, vendrían a encajar dentro de los negocios disimulados, no siendo nada más que una especie coincidente en sus efectos reales. Al cotejar ambos actos, percibe sus afinidades: el negocio fiduciario y el simulado, o más propiamente hablando el disimulado, son efectivos y queridos, ambos son negocios únicos y no fragmentados, creando una apariencia que difiere de la realidad, donde hay divergencia entre el fin económico y el procedimiento empleado. Por ello los negocios fiduciarios encuadran en la categoría de los relativamente simulados. Además, si se mira la cuestión dentro de las normas escritas, a las que siempre se debe recurrir, indefectiblemente se tiene que admitir a los negocios fiduciarios incluidos en la simulación re-

lativa, de conformidad con el artículo 958 del código civil español. Estos negocios indirectos entran en el campo de la simulación relativa, y nada ha de ganar la ciencia con la creación de figuras superfluas.

Por último, parangona la simulación con la falsedad, que según la ley I, título VII, de la Partida VII, es el mudamiento de la verdad y puede ser material o intelectual. La falsedad material, la alteración física de la verdad, puede ejercerse de dos maneras: facción total del documento, o mutación parcial; se puede crear el documento falso o falsificado, o sólo alterar el escrito por agregación o supresión de palabras, raspaduras, etc.

Estas dos formas de falsedad gráfica, coincidentes con las dos especies de negocios simulados, difieren totalmente del vicio de simulación en los actos jurídicos. En efecto, la ficción afecta al consentimiento en la formación del negocio, existiendo divergencia colectiva entre la intención y la exteriorización de todos sus autores; empero la falsedad vicia la materialidad del texto escrito, el cual es **foggiato**, constituyendo un defecto de la prueba documental. Uno vicia el elemento espiritual, mientras el otro afecta la parte corpórea del acto; por ello resulta imposible la confusión entre ambas figuras.

Pero donde los juristas vacilan es al pretender establecer las afinidades y divergencias con la falsedad ideológica, cometida en un acto verdadero, cuando la declaración es falsa, afectando su contenido y quedando intacta su genuinidad; como cuando se consigna en escritura pública como ocurridos ciertos hechos que en verdad han pasado de otra manera.

Aquí la falsedad no se refiere a la materialidad del escrito, a su parte gráfica, sino que versa sobre los hechos acaecidos, sobre la materialidad del suceso afirmado. El autor cree que hay falsedad inmaterial, siempre que las partes asientan en el instrumento afirmaciones no veraces, de manera que éste prueba dentro de su autenticidad material hechos falsos. Como derivación, hay gran afinidad entre las dos figuras, tanto que Coppola ha podido decir que la falsedad ideológica se confunde con la simulación. Pero la simulación ilícita puede producir la comisión del delito de falsedad ideológica, conforme al precepto del artículo 293 del código penal, cuando al realizarse el acto, las partes han tenido el propósito de causar perjuicios.<sup>835</sup>

Es de suma importancia para el tema la posibilidad de ficción en los actos judiciales. Es conocido que la actividad **jurisdiccional** del Estado se solicita cuando existe incertidumbre acerca de la protección jurídica de los intereses, o cualquier obstáculo a su realización; empero, muchas veces y sobre todo en la vida moderna, no se acude a los tribunales con fines lícitos, pudiendo los litigantes desviarlo de sus objetivos propios, darle un destino anormal, sirviéndose para realizar una simulación.

Las variadas razones que determinan a los contratantes para efectuar un acto jurídico se pueden dar en el proceso, para obtener con la sentencia un estado jurídico que no resulta conveniente lograrlo en forma negocial. Así, un individuo cargado de deudas, deseando sustraer parte de su patrimonio a la exigencia de sus acreedores, se hace demandar por un amigo, quien obtiene sentencia favorable y consigue ejecutarla sobre todos los bienes; éste sería el caso de simulación absoluta.

También se podría presentar el supuesto del padre, que deseando mejorar a alguno de sus hijos, se hace demandar y se deja condenar al pago de cierta suma que tenía intención de donarle: caso de simulación relativa.

El **quid** del asunto está en saber si el proceso puede ser atacado por las partes o terceros, como ficticio. Ferrara sostiene que el juicio simulado no puede existir, que los ejemplos citados deben concebirse como juicios fiduciarios, donde los litigantes dan lugar procesalmente a consecuencias jurídicas, de que quieren usar para una finalidad limitada y diversa, extraña al mismo.

Desde el punto de vista del autor, la cuestión está mal enfocada, el juicio, la relación jurídico procesal, es de derecho público, realizándose entre el juez y ambas partes contendientes, es decir, un vínculo tripartita. Por ello, si las contrapartes están conforme en cumplir un acto aparente, no habrá simulación por faltar un requisito esencial para su existencia, el concierto de todos los autores. El magistrado que ejerce la autoridad pública es extraño a la intención real de los litigantes; por tanto, en lo que mal se denomina juicio simulado no hay más que reserva mental de ambas partes, debiendo aplicarse los principios conocidos de ésta.

No podrá ser opuesta la restricción mental por las partes ni por terceros de mala fe, para quienes la sentencia del tribunal es inatacable; pero los terceros de buena fe podrán demostrar en juicio, mediante todos los medios probatorios, que la situación creada por el fallo es una simple apariencia, sin valor jurídico alguno y con el fin de perjudicarlos, para lo cual podrán valerse de la pretensión revocatoria, que fuera brillantemente estudiada por Couture. Como expresa Sergio Lombroso, no se puede concebir que el acuerdo de parte juegue en el campo procesal el mismo rol que en el privado, no sólo por la referida estabilidad del proceso y las exigencias de certeza jurídica, en parte común al derecho privado, sino también por el especial interés público que se le da al litigio y por la presencia del oficial, verdadero y propio órgano del Estado. Por ello, la simulación no cabe en la relación jurídico procesal, sino únicamente una doble reserva mental, a pesar de la opinión contraria de Cortesia di Serego, para quien aún sin la complicidad del tribunal existiría el vicio.<sup>836</sup>

## 135 Rescisión y resolución, pacto comisorio y revocación.

De manera reiterada se habla en la doctrina de la trascendencia que tiene la nulidad con la rescisión, la resolución, la resciliación, el pacto comisorio y la revocación. En el esclarecimiento de ellas, Juan M. Farina,<sup>837</sup> comienza por decir que la rescisión opera como causa de extinción de los contratos, deshaciendo el vínculo existente y válido. Rescindir, del latín *rescindere*, rasgar, significa en términos comunes, deshacer un contrato.

Las mismas leyes hablan indiferencialmente de rescisión, resolución y nulidad; y doctrina y jurisprudencia no están inmunes a la confusión; pero en principio cabe decir que la rescisión se funda en el mutuo disenso, en el principio de que lo que el contrato produce, el *distracto*, puede dejar sin efecto, por la recíproca conveniencia, y por motivos sobrevenientes.<sup>838</sup>

Es pues el mutuo disenso, o *contrarius consensus*, la restricción bilateral mediante nuevo contrato, de contenido igual y entre las mismas partes con semejante forma al originario; convenio del que, en términos generales son susceptibles todos los contratos, inclusive los reales, si se efectúa la devolución del bien entregado. De modo que se exigen las propias reglas de validez de la formación del contrato: manifestación, *capacidad*, y vicios, pueden motivar la nulidad. La rescisión por mutuo disenso no constituye una renuncia, diferenciándose así de la remisión de la deuda y produciéndose sin necesidad de pronunciamiento judicial, por la sola voluntad de las partes.<sup>839</sup>

El mutuo disenso puede ser expreso o implícito. Se ha llegado a establecer que el último aparece cuando ambos litigantes pretenden la rescisión, aunque la sentencia sea desfavorable a la pretensión y a la reconvencción, fundándose en un contrato judicial con referencia a los acuerdos manifestados delante del juez, como las conclusiones concordantes sobre un punto determinado del debate o sobre la totalidad del mismo.

El contrato judicial<sup>840</sup> se ha considerado como el celebrado en el curso de un pleito, por ante el juez que certifica que puede, por ejemplo, referirse al reconocimiento de determinado hecho, el que quedaría prácticamente separado de la discusión y de la misma sentencia.

Por ello sostiene Farina que la sentencia absolutoria de las pretensiones de rescisión como principal y de culpa como accesoria, no alcanza a destruir los hechos o actos jurídicos que las partes produjeron durante el proceso. El contrato judicial, al fijar la extensión de sus efectos, no existe sino sobre el punto preciso que ha tenido por objeto y esta con-

837 *El pacto comisorio*, Bs. As. 1961, pp. 21 y ss.

838 *Cit.*, p. 22.

839 *Cit.*, p. 23.

840 Dicen Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado práctico de derecho civil*, con el concurso de Pablo Esmein y Eduardo Le Riverend Brusone; Trad. Mario Díaz Cruz, Habana 1946, T. VI, pp. 593 y ss.

vención, comprobada es en adelante definitiva; no le afectaría ni la perención de la instancia, porque a pesar de ello la convención quedaría en pie, cayendo sólo en caso de nulidad del juicio.<sup>841</sup>

La rescisión estudiada se produce por convenio de las partes, pero si una efectúa la declaración unilateral, ello equivale al incumplimiento y la contraria puede reclamar el resarcimiento de los daños, y a su vez, la resolución por culpa. Aún cuando se haya establecido el pacto comisorio en un contrato bilateral, ello no confiere al contratante que se siente víctima del incumplimiento del otro, la facultad discrecional de rescindirlo a su arbitrio; la parte perjudicada debe demandar judicialmente la resolución, pero no rescindir por sí.<sup>842</sup>

Con todo, existen hipótesis de rescisión unilateral, como en la locación de obra, cuando el dueño desiste por su voluntad de la construcción indemnizando los gastos. El contrato de sociedad puede también disolverse en ciertos casos como el de cambio de nacionalidad, muerte del administrador nombrado en el contrato o escritura social, etc. El contrato laboral, constitucionalmente puede ser rescindido por el trabajador sin responsabilidad y por el patrón mediante indemnización. El de depósito sin tiempo determinado puede serlo por cualquiera de las partes.

La legislación extranjera se ocupa de dos casos especiales de rescisión, que constituyen para dichos ordenamientos legales la rescisión por antonomasia: rescisión de contratos concluidos en estado de necesidad, y de contratos en que existe lesión.<sup>843</sup>

a) La rescisión presenta un rasgo común con la anulabilidad, pues en ambos casos se requiere la pretensión del interesado; y de la nulidad, al decir de F. Laurent,<sup>844</sup> porque ésta es exclusivamente la pretensión fundada en la lesión. Pero la rescisión no actúa para subsanar un vicio de la voluntad de una parte,<sup>845</sup> a pesar de que el peligro o la necesidad hayan actuado como motivos determinantes.

La lesión no es un vicio de la voluntad, porque no está vinculada a ella sino a la desproporción entre las prestaciones. Se puede decir que la pretensión de rescisión difiere de la pretensión de nulidad en dos aspectos: en lo que concierne a la prueba a rendir por el actor, y en lo que toca a los derechos del demandado. Todo actor debe probar el fundamento de su demanda. Respecto a la nulidad, el actor la sostiene porque no reúne todas las condiciones necesarias para la validez. Debe entonces probar que una condición, prescrita bajo pena de nulidad, falta. Cuando se ha acreditado este extremo, el juez debe anular el acto.

841 Página 28.

842 Página 29.

843 Página 31.

844 *Principios de derecho civil francés, s/ Trad., México 1897, T. XVIII, p. 535.*

845 Violencia.

En la rescisión por lesión, en cambio, la lesión, el perjuicio es el fundamento de la demanda; por tanto el actor debe probar que ha sido lesionado. Hay una segunda diferencia entre la pretensión de nulidad y la de rescisión por causa de lesión. Cuando el lesionado pide la rescisión por haber sufrido un perjuicio, el adquirente puede detener el curso de la pretensión, ofreciendo al actor el suplemento para llegar al justo precio.

Además, la nulidad actúa *ope legis* y puede oponerse por vía de defensa, en tanto que la rescisión debe ejercerse por vía de pretensión. Las diferencias por causa de lesión, tienen consecuencias prácticas. No se puede convertir en la apelación una demanda de nulidad en una de rescisión ni viceversa, porque sería una demanda nueva. Otra consecuencia es que si se demanda de nulidad de un contrato, fundada en un vicio de consentimiento como el error, la violencia o el dolo, y se pierde el juicio, según Laurent<sup>846</sup> puede intentarse una pretensión por causa de lesión, por cuanto la causa de la segunda no sería la misma y no se podría hablar del caso juzgado.

La resolución actúa al producirse la condición que las partes, expresa o implícitamente convinieron al celebrar el contrato, de modo que la vida del mismo estaba sujeta desde un comienzo al cumplimiento o no del hecho previsto, ajeno a la voluntad de los contratantes.

Con respecto al pacto comisorio, éste constituye un medio otorgado al contratante de buena fe, contra el contratante que no cumple su obligación. En todos los casos la extinción de las obligaciones y el retiro de los derechos reales que el contrato rescindido había hecho nacer, no actúan retroactivamente, sino sólo para el futuro.<sup>847</sup>

Si se trata de un contrato de cumplimiento continuado o periódico, la rescisión no perjudica lo que se ha realizado. Por otra parte, los derechos del tercero subadquirente, adquiridos antes, quedan inalterados. Los efectos del contrato ya realizado entre las partes, y por tanto el derecho de disposición del causante del tercero, no son afectados por la rescisión.<sup>848</sup>

b) En cuanto a la resolución,<sup>849</sup> Farina expresa<sup>850</sup> que es la extinción del convenio por una estipulación expresa o implícita: la condición resolutoria, el pacto comisorio o el pacto de retroventa.

La resolución se diferencia netamente de la nulidad, anulabilidad y rescisión. De las primeras, porque éstas se originan en hechos anteriores o contemporáneos a la formación del contrato y tienen su fundamento en la existencia de vicios que lo hacen inválido *ab initio*. Esta observación es

846 Cit., T. XVIII, p. 536.

847 *Ex nunc*.

848 Farina, *op. cit.*, pp. 33 a 36.

849 Del latín *resolvere*, de *re* y *solvere*, solvar, desatar.

850 Cit., p. 39.

aplicable a la rescisión por lesión que consagra la legislación de varios países.

Se diferencia de la rescisión por mutuo disenso, en cuanto este es el medio por el cual las partes de común acuerdo ponen fin a un contrato existente y válido. Según Francesco Messineo,<sup>851</sup> varias son las razones por las que un contrato puede resolverse, es decir, disolverse. O interviene la voluntad concordante de las partes, o bien se tiene un incumplimiento voluntario o involuntario, por imposibilidad sobreveniente de la prestación; o finalmente existe una dificultad de cumplimiento a causa de una excesiva onerosidad. El mismo autor se refiere a la cláusula *rebus sic stantibus* que no en todos los regímenes es causa de resolución del contrato. Y del mismo modo, para Messineo, el mutuo disenso es un caso de resolución, en tanto que en otros países constituye rescisión.

Para Farina,<sup>852</sup> las cláusulas resolutorias, en principio, producen sus efectos *ex tunc*, es decir, como si la resolución se produjese inmediatamente de otorgado el acto; pero en ciertos casos sus efectos se producen *ex nunc*. Pero en seguida analiza los caracteres de la siguiente manera.

i) La resolución depende del contrato mismo, en el sentido de que constituye una cláusula expresa o implícita de él. La resolución se diferencia en esto de la rescisión por mutuo disenso y de la revocación, en cuanto las últimas tienen su base en un acto de voluntad de las partes, posterior a la formación del contrato la primera, o en una disposición legal que otorga tal facultad, independientemente de toda estipulación contractual en la segunda.

ii) La voluntad individual de cada uno de los contratantes no puede, después de formado el contrato, modificar la cláusula resolutoria establecida en el mismo; pero las partes pueden, de común acuerdo, hacerlo.

iii) La voluntad de las partes funciona libremente para estipular la cláusula resolutoria y establecer sus condiciones, con la salvedad de que ella no puede contener disposición alguna contraria al orden público o a las buenas costumbres.

iv) La resolución produce efecto con relación a las partes y a terceros, como si el contrato no hubiera existido nunca, y se hubiese desvanecido con todas sus consecuencias. Es el efecto de la resolutoria.

v) La resolución siempre supone que las partes han dado al contrato un consentimiento condicional, en vista de una eventualidad determinada. Si esta eventualidad se realiza, el contrato será resuelto.<sup>853</sup>

Es por ello que Farina estima que la condición resolutoria es la cláusula de los actos jurídicos por la que las partes subordinan a un hecho

851 *Doctrina general del contrato*, Trad R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra; Bs. As. 1952, T. II, p. 333.

852 *Op. cit.*, pp. 39-40.

853 Página 40.

incierto la extinción de un derecho adquirido, y que opera *ex tunc*, debiendo restituirse las partes sus prestaciones con los acrecentamientos recibidos *pendente conditione*, pero sin obligación de indemnizar los detrimentos. Esta condición opera de pleno derecho, *ipso facto*, sin depender de la voluntad o conocimiento de los interesados ni de la sentencia judicial. En esto, afirma, se diferencia del pacto comisorio, ya que para que éste opere sus efectos, es necesario recurrir a la vía judicial.<sup>854</sup>

En cuanto al pacto de retroventa, admitido por la legislación argentina, se caracteriza como la cláusula inserta en el contrato de compraventa, por la que el vendedor puede recuperar la cosa restituyendo el precio con exceso o disminución. El pacto de retroventa, explica Farina, funciona como condición resolutoria, consistiendo la condición en la restitución del precio, con el aumento o disminución estipulados.<sup>855</sup>

c) El pacto comisorio tiene como antecedentes los principios del cumplimiento de los convenios, y prevé el caso en que la parte no culpable, en vez de exigir el cumplimiento a la otra, pueda pedir la resolución. El pacto comisorio, sostiene Farina, existía en el derecho romano, admitiéndoselo para el contrato de compraventa; pero debía ser expreso y la cláusula era conocida con el nombre de **Lex comisoria**.

El pacto comisorio implícito no era admitido en el derecho romano, excepto en el contrato de locación, seguramente por cuanto el carácter sucesivo de las prestaciones hacía más sensible la correlación de las obligaciones.

En los contratos innominados, la parte que habiendo cumplido su prestación no obtenía la contraprestación, tenía una pretensión de restitución.<sup>856</sup> Pero no era técnicamente una resolución del contrato, la *conditio* fue establecida para sancionar un enriquecimiento sin causa.

El pacto comisorio implícito fue admitido por el derecho canónico, teniendo por fundamento asegurar el respeto de la fe dada y partiendo de la base de que no se puede obligar a una parte a respetar su promesa cuando la otra desconoce la suya. Del derecho canónico la regla pasó al derecho consuetudinario francés y admitida por las prácticas judiciales, se convirtió en una institución del antiguo derecho francés.

Al sancionarse el código Napoleón, el artículo 1184 consagró la regla general por la cual se establece que la condición resolutoria por incumplimiento se halla sobreentendida en todos los contratos sinalagmáticos.

Por tanto, la doctrina entiende que pacto comisorio es la cláusula por la cual, cualquiera de las partes contratantes; o una de ellas, pueden optar

854 Cit., p. 42.

855 Página 45.

856 *Conditio causa data causa non secuta*.

por la resolución del contrato si el otro contratante no cumple la obligación u obligaciones que contrajo. El pacto comisorio puede ser expreso o implícito. Casi uniformemente se considera que el pacto comisorio implica jurídicamente una condición resolutoria; la no realización del contrato por una de las partes autoriza a la otra, a su vez, a no cumplir su obligación, quedando el contrato sin efecto.

A su turno, la condición resolutoria es la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan a un hecho incierto la extinción de un derecho adquirido. El pacto comisorio implica una condición resolutoria, pero la asimilación no es total o absoluta. En la condición resolutoria, desde que se cumple, la obligación queda para ambas partes como no sucedida. Lo contrario sucede en el pacto comisorio.

A pesar del cumplimiento de la condición prevista, la obligación no se resuelve mientras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condición especial, y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte.

Aunque el efecto esencial del pacto comisorio es el mismo de la condición resolutoria, pues ambas resuelven el contrato, tiene con ésta varias diferencias:

- i) El pacto comisorio sólo puede invocarse por la parte no culpada.
- ii) Necesita una manifestación expresa de voluntad de la parte autorizada para invocarla, pues ésta puede elegir entre resolver el contrato o pedir su cumplimiento.
- iii) Sólo produce su efecto en virtud de la sentencia que declara resuelto el contrato, mientras que la condición resolutoria resuelve el contrato por el solo cumplimiento de la condición.

La condición resolutoria opera de pleno derecho desde el instante en que se halla cumplida, sin que sea necesario hacer pronunciar la resolución en justicia, pues el efecto se produce por el cumplimiento mismo de la condición, sin depender en principio, de la voluntad o del conocimiento de los interesados, ni de sentencia judicial.

La última característica enunciada: la condición resolutoria produce su efecto de pleno derecho, importa una diferencia fundamental con el pacto comisorio, tanto cuando éste emana de la ley, como cuando se origina en la convención, pues la resolución no se opera de pleno derecho, ya que el beneficiario puede optar entre la resolución o el cumplimiento forzado.

La pretensión redhibitoria es igualmente de resolución, pero a diferencia del pacto comisorio tiene por finalidad específica, defender al adquirente de los vicios de la cosa que le privan de una cualidad expresamente pactada o que la hagan inidónea para el uso a que fue destinada

o disminuyan su valor de modo apreciable y no sean fácilmente reconocibles.<sup>857</sup>

d) En lo tocante al pacto comisorio y la nulidad, afirma Farina que ésta actúa en razón de existir un vicio originario que invalida *ab initio*; en tanto que el pacto actúa al presentarse un hecho nuevo: el incumplimiento.

También se distingue de la reivindicación, porque el pacto otorga un título para exigir la restitución de la cosa poseída por la contraparte, pero la reivindicación tiene como presupuesto la posesión o tenencia de cosas sin título. La reivindicación es real, el pacto otorga una pretensión personal.<sup>858</sup>

Es pertinente anotar la conclusión doctrinaria a que llega Farina, respecto al pacto comisorio, al sostener la necesidad de reformar la ley argentina, en cuanto impone recurrir a la vía judicial para obtener la resolución en virtud del pacto.

Entiende que el pacto comisorio implícito al igual que el expreso, debieran, previa intimación al deudor y fijación de un plazo breve y perentorio para cumplir, otorgar al acreedor el derecho a resolver el contrato mediante una simple declaración de voluntad en este sentido.

El proyecto de código civil de la Comisión Reformadora así lo establece en el artículo 834, cuando dice que no realizada la prestación, el acreedor podrá exigir se cumpla el contrato si fuere posible, y los daños y perjuicios; o bien darlo por resuelto con derecho a resarcimiento por el incumplimiento si hubiere lugar, haciéndolo saber al otro interesado. En criterio del autor, ésta es la solución que más ampara la buena fe y la celeridad de los negocios.<sup>859</sup>

### 136 Ineficiencia e ineficacia.

De tomar al pie de la letra las palabras de Planiol y Ripert,<sup>860</sup> la materia de las nulidades sería la más oscura del derecho civil, limitación injustificada, porque lo es de toda la ciencia jurídica. Morón Palomino, siguiendo a Kurt Ball, indica que quienes han intentado crear una parte general del derecho en la que se expongan las doctrinas y principios comunes al público y privado, lo que han hecho ha sido utilizar la llamada parte general del derecho privado, como parte general de todo el derecho, con lo que no se ha creado en manera alguna la parte general y común a todo derecho, sino que se le ha puesto al público una camisa de fuerza.<sup>861</sup> Pero también con este criterio se ha formado una petición

857 Farina, cit., pp. 50-51.

858 Op. cit., p. 52.

859 Cit., pp. 161-162.

860 Tratado, T. I. Núm. 126.

861 Op. cit., p. 83.

de principio, porque lo que interesa es saber si las nulidades están en ese plano de teoría general o apenas corresponde a la teoría del derecho privado.

Debe recordarse que el derecho ha llegado a desenvolverse de una manera **institucional**, debido a la cual, las reglas públicas se combinan con las privadas y repercuten sus efectos recíprocamente. La institucionalidad explica, por ejemplo, que no puede ser y no ser al mismo tiempo y en diversos campos una relación; de modo que acudiendo al caso de la simulación, si para la doctrina ha sido difícil o inasequible el procedimiento adecuado para desvanecer su apariencia cuando se trata de una simulación sin perjuicio de tercero, es debido a que se ha planteado el problema fuera de su ámbito institucional.

Cuando el artículo 1859 del código civil mexicano, establece que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos; no hace sino institucionalizar la regla que permite repercutir los efectos.

Consecuentemente, la invalidez por inhabilidad de las partes, vicios de consentimiento, objeto, motivo o fin ilícitos, o falta de forma,<sup>862</sup> determinan irregularidades en los convenios y en los actos en general. Por ello, en el procedimiento judicial, la falta de habilidad es materia de una excepción,<sup>863</sup> y sólo procede la pretensión cuando el inhábil es suplido por su legitimado.<sup>864</sup> La falta de consentimiento anula los actos de eficiencia, de manera que la nulidad proveniente de error o violencia es susceptible de prueba contra la confesional.<sup>865</sup> Falta el interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de la pretensión, suponiendo favorable la sentencia.<sup>866</sup> Y la tramitación y resolución de los asuntos deben llenar las formas establecidas por el código procesal,<sup>867</sup> en la inteligencia de que la forma es motivo de investigación oficial que puede conducir a la inadmisibilidad de las instancias.<sup>868</sup>

Desde luego, es menester analizar los supuestos de la nulidad y las causas que la provocan en lo procedimental, así como los medios o vías para hacerla valer. Pero en tanto se hable de esta figura, no puede limitarse a un solo campo ni pensar que por diferencias secundarias se justifica la desvinculación para dar lugar a parcialidades.

La nulidad es a la manera de un hilo que atravesara multitud de cuentas. Aparece en todos los campos y es aplicada en todas las figuras. Se

862 Artículo 1795.

863 Artículo 35, fracción IV del código procesal civil distrital.

864 Idem, artículo 45.

865 Idem, artículo 320.

866 Idem, artículo 1º, fracción IV *in fine*.

867 En su capítulo II, del título II.

868 Idem, artículo 257.

trata de un estado de equilibrio inestable de las relaciones jurídicas, es algo que les afecta, algo que sufren, a diferencia de los fines que resultan propósitos a alcanzar, o de las vinculaciones que son medios para tutelar los intereses.

Se ha visto que en la mecánica psíquico jurídica, los motivos se enlazan con los fines a través de la voluntad y que su falta de congruencia conduce a la nulidad de los actos. Pero quizás resulte más efectiva la explicación de José J. Pinto Ruiz,<sup>869</sup> cuando entiende que la resolución obedece a la falta de un elemento esencial: la causa. Es absurdo, dice Pinto, sostener que un contratante se obliga a entregar la cosa por una razón distinta que la recepción del precio. La verdadera causa es precisamente la recepción del precio, no la obligación de darlo.

a) No importa donde se pose la mirada, ya se trate de la causa, del motivo, de la voluntad o del fin; del objeto o de la forma, del convenio como ley entre las partes o de la ley como norma heterónoma; ya sea que se mire al nacimiento para localizar un vicio, en la subsistencia para distinguir las posibilidades de remediar irregularidades o eventualidades no previstas, en el incumplimiento o en el perjuicio debido a terceros, a sus efectos o a sus consecuencias, en todas partes se encontrará la nulidad.

Es, pues, un dato ya advertido por el derecho romano, un vacío, una nada o un faltante. Sin embargo, era necesario que se acudiera a la construcción institucional para reconocer la prioridad de la ley sobre la voluntad particular, la de las buenas costumbres o de la utilidad pública sobre las convenciones privadas. Cuando la nulidad afecta al nacimiento, al crecimiento, a la vida y reproducción de las relaciones, entonces, al lado de los vicios de origen, se elaboraron principios atinentes a los defectos en la subsistencia, que más tarde llegaron hasta los vicios trascendentales.

En realidad, sólo se requiere metodizar o cuantificar el concepto. La nulidad es y será una nada, un vacío; pero en tanto que ciertos vicios de nulidad son de tal manera notorios o fundamentales que se habla de inexistencia o nulidad absoluta de la relación, en otros casos esa nulidad es relativa. Hay hipótesis en que la nulidad es de tal manera relevante que cualquier remedio es ineficaz, pero a su lado aparecen otros supuestos en los que la nulidad atañe a factores de menor importancia que pueden, sin mengua de la conveniencia institucional, regularizarse, completarse o suplirse; se habla entonces de invalidación y convalidación, según el punto de vista del interés tutelado.

Así pues, en vías de alcanzar la técnica de las nulidades, desde las relativas a las absolutas incluyendo la inexistencia, y a fin de comprender

<sup>869</sup> En el apéndice a *La condición resolutoria tácita* de Luigi Mosco, intitulado *La resolución de los contratos por incumplimiento*, pp. 350 y ss.

los resultados de invalidación y convalidación; es menester volver sobre la premisa de la estructura relacional.

Toda relación, cualquiera relación jurídica tiene vocación hacia la validez. Este resultado se produce contando con la eficiencia, lugar donde se ubica la problemática entera.

Ante todo, conviene recordar que no se está hablando de los actos, de los acontecimientos materiales, sino de las relaciones, de la conectiva racional de los conceptos jurídicos.

Entonces, al pensar en la inexistencia, la explicación doctrinaria choca con la teoría, por transgredir los límites de su campo racional. Cualquier acto o acontecimiento calificado de inexistente, como podría ser un divorcio pactado entre los cónyuges sin la intervención de la autoridad, resultará fenoménicamente existente, y esto motivará confusiones necesariamente. Lo correcto es mantener un respeto constante al método, de modo que si se analiza la relación, no se pueden invocar notas características de la materialidad. Llamar inexistente a la relación no es igual que calificar de inexistente la conducta. Los cónyuges podrían comportarse, a partir de su convenio, como si estuvieran divorciados; pero este conducirse personal no es el afectado de inexistencia.

Debe aclararse que en ningún momento se olvida la circunstancia de que la ley puede partir de la existencia de una conducta, para considerarla como el supuesto al que aplica, por lo menos una sanción. Ciertamente, bastará que uno de los cónyuges separados exija el cumplimiento de una obligación marital, para que el otro pueda ser constreñido y hasta castigado por su separación.

Pero en todo ello juegan diversas relaciones, y así, el cónyuge condenado al pago de alimentos, lo será, no por castigo al divorcio inexistente, sino como consecuencia del incumplimiento de un deber conyugal.

La inexistencia, debe repetirse, atañe a la relación y no a las conductas. Si se demanda amparo contra una expropiación dictada por un particular, se podrá decir que la expropiación es inexistente, pero no porque falte la conducta, sino por inexistencia del carácter de autoridad, que es una situación jurídica de legitimación como órgano.

En tal virtud, se puede iniciar el tratamiento científico de la nulidad, precisando que la eficiencia, que es el resultado de la vocación de las relaciones hacia su validez, necesita en primer lugar de la existencia misma de la relación.

Se puede pensar que el proceso se constituye con el ejercicio de una primera acción. Si en el proceso civil el actor no firma la demanda, o en el penal no suscribe el ministerio público la acusación, la relación jurídica es inexistente. Habrá un documento y el legislador podrá establecer que la firma se ponga en un momento posterior; pero entonces la técnica variará para incluir dos relaciones, ahí donde debería haber sólo una. La

primera relación dirá que un documento sin firma pero con el contenido de demanda o acusación, originará un auto del juez, exigiendo que la persona cuyo nombre figure como accionante, acuda a suscribirlo, que será la segunda relación. Después de todo, esta es la técnica que aplica la ley de amparo cuando se autoriza la presentación de la demanda por telégrafo, lo que produce un documento sin la firma del quejoso, o por lo menos sin la firma del telegrama entregado.

La comprobación de la existencia jurídica es un problema de segundo orden. Se puede exigir el acreditamiento documental, la asistencia de testigos o la confesión de las partes de la relación. El derecho no está de espaldas a la materialidad de las cosas o de las conductas; pero para su validez necesita que esa materialidad se adecúe al significado normativo. La mera intención psicológica es inoperante si falta la significación conceptual; en cambio, existiendo ésta, aquella intención puede tener distinta relevancia y llegar a ser determinante.

Dado el primer paso: confirmación del tipo normativo, se puede hablar ya de existencia jurídica. Pero la eficiencia comprende algo más que la existencia, porque no todas las relaciones están previstas como el nudo pacto romano, antes bien, suelen aparecer circundadas de condiciones y, obviamente, están adecuadas a uno o más efectos.

Si hipotéticamente se considera un acto perteneciente al proceso, lo primero será su consistencia normativa, y se tratará de una acción, una petición, una denuncia, una querrela, una queja o un reacertamiento cuando provengan del justiciable. Su existencia coincidirá con su tipicidad. En seguida, será menester identificar sus efectos para relacionar futuras conductas, y después sus condiciones.

b) La existencia de una conducta o de un acontecimiento, tendrán validez necesita que esa materialidad se adecúe al significado normativo. Las leyes fiscales o sanitarias definen desde el alcohol hasta las bebidas alcohólicas. Si una materia líquida no llena los datos significados en la norma determinativa, no podrá valer jurídicamente como alcohol ni como bebida alcohólica. Las leyes estatutarias definen la nacionalidad, la mayoría de edad, la ciudadanía, la profesión, etc. Si un individuo no tiene las calidades que mencionan esos preceptos, no podrá ser considerado su titular.

Cuando se habla de nulidad se suele tener presente la conducta o el acontecimiento, cuando en realidad ha de considerarse el tipo. Si se tiene la precaución de recordar que por sínecdoque se dice que es nulo el acto cuando lo nulo es el tipo, ya no habrá dificultades posteriores.

Ahora bien, la nulidad es una contrapartida, porque no es algo que exista de por sí. En realidad es un concepto relativo, de manera que sólo hay nulidad de algo, es decir, que no hay ese algo jurídico que es el tipo normativo. Puede haber conducta y, sin embargo, nulidad. No se está ne-

gando lo fenoménico, sino su correspondencia como lo significado por la norma: la conducta o el acontecimiento no satisfacen la características conceptuales de la relación jurídica, por más que tengan consistencia física, biológica, psicológica o social.

Lo que puede producir la nulidad es la inadecuación. Algunas veces ella aparece flagrante, clara y obvia; pero en otras ocasiones, la correspondencia es limitada o fraccionaria, y es menester indagar más a fondo para descubrirla. Si a esto se añade que no toda inadecuación llega a resultados drásticos, se tendrá explicada la gama decreciente de nulidades, desde la llamada absoluta o inexistencia, hasta la implícitamente convalidable.

Bueno será advertir que en la historia de la nulidad, las tesis que se han elaborado, han respondido más a criterios políticos y económicos que a principios lógicos. Si una conducta ha de llenar las notas del tipo para ser válida, y por cualquier circunstancia falta un dato, lo cierto es que lógicamente hay nulidad. Pero siempre se ha creído exagerado borrar un acto por un defecto insignificante, sobre todo cuando los demás son indicios suficientes para reconocer al tipo. Esto es lo que, por ejemplo, ha sucedido en el código procesal distrital en lo civil, que para las notificaciones o publicaciones en el Boletín Judicial, no exige absoluta exactitud en las menciones. Y éste ha sido el criterio seguido jurisprudencialmente para los casos en que una resolución carece de la firma del secretario.

También influye en la convalidación, legal, jurisprudencial y doctrinaria, el hecho de que en la práctica no siempre se respetan las normas, de manera que las deformaciones van dando tipos usuales. El juzgador se ve precisado a dar valor a la presentación de los documentos en el domicilio del secretario de acuerdos, por el hecho de que el uso forense ha impuesto esta manera de actuar. Es decir, no sólo las deformaciones, sino lo que podría considerarse como lagunas llenadas por los usos y costumbres, vienen a determinar nuevos tipos que, enfrentados a la regulación legal, parecen nulos. En muchos aspectos la ley calla y los postulantes actúan casi por inercia, por el precedente o por los ejemplos que pueden llamarse ejemplares.

c) Ahora bien, si se acude a la construcción volumétrica, ya aplicada respecto de la pretensión procesal,<sup>870</sup> se puede asegurar que si se coloca en el centro de una constelación de relaciones jurídicas, a un cierto tipo de conducta o de acontecimiento, se le verá circundado por esas condiciones que son los supuestos, requisitos y presupuestos.

La presencia de una conducta o de un acontecimiento, que no sean significativos del tipo nuclear, dará origen a la inexistencia jurídica. Sencillamente, aquí no podrá hablarse de contrato o de demanda, de resolu-

ción administrativa o de sentencia. Los ejemplos son tan sencillos, que bastará indicar que un testamento no puede tomarse por contrato, ni un ofrecimiento de pruebas por demanda; no es resolución administrativa el levantamiento de un acta de infracción, ni es sentencia el proveimiento que admite o da por expresados los alegatos.

La nulidad de la inexistencia es tan absoluta jurídicamente, que ya resulta superfluo distinguir entre nulidad absoluta e inexistencia. Pero las dificultades aparecen verdaderamente cuando el núcleo existe, cuando la conducta o el acontecimiento son materialmente evidentes. Si no hubiera condiciones, el tipo nuclear tendría toda la validez que jurídicamente se le atribuya: la conducta del menor sería una compraventa sin problema alguno. Pero esa conducta necesita satisfacer otros tipos, los correspondientes a las condiciones, y es aquí donde la nulidad toma graduaciones y matices.

En el derecho administrativo, o por mejor decirlo, en el contencioso administrativo, ha surgido una brillante elaboración jurisprudencial que ha creado las figuras del exceso, desvío y abuso de poder. Se trata, en el fondo, de la misma cuestión ya mencionada: la inadecuación del acto a sus condiciones: supuestos, requisitos o presupuestos.

Hasta aquí, la posibilidad de integrar el sistema de las nulidades encuentra bases suficientes. Se podría sostener que a partir de la existencia como inadecuación de la realidad nuclear al tipo jurídico, sigue la existencia del acto o acontecimiento, vale decir, del tipo central, conectada, sucesivamente con: inexistencia de supuestos, inexistencia de requisitos e inexistencia de presupuestos.

Según la rama jurídica, la carencia de supuestos lleva a hablar de una falta de la causa, especialmente en lo civil, de una falta de motivación en lo administrativo, o de simple falta del supuesto en lo procesal; pero en todos los casos es siempre ausencia del tipo condicionante como antecedente.

De los requisitos no hay necesidad de pensar en diferentes denominaciones, porque en todas las hipótesis es inteligible su significado. Pero respecto a los presupuestos, vuelve a distinguirse el nombre y, así en lo civil, se habla del fin, en lo administrativo se emplean fin, finalidad y objeto por objetivo. Se trata, nuevamente, de varias locuciones para el mismo conocimiento: el presupuesto. La venta presupone la transmisión de dominio, la expropiación presupone una utilidad pública, la demanda presupone una sentencia, etc.

Lo más comprensible es el grupo de requisitos. Si la conducta nuclear típica está condicionada para su validez, a la realización de actos simultáneos, se tendrá una regulación de los requisitos. La venta puede condicionarse a la entrega material, la expropiación a la publicación de un decreto, y la sentencia a la exposición de justificantes.

Por lo general, los requisitos se estipulan para asegurar la certeza de la realización del tipo nuclear. Según las ramas jurídicas correspondientes, puede acontecer que sea reconocible el tipo nuclear con otros requisitos, y en tal virtud, el legislador o el juez, opten por dar preferencia a la expresión misma del tipo nuclear, permitiendo que se subsanen los requisitos o que operen sustitutivamente. Es entonces que se habla de actos nulos convalidables.

En cuanto a los supuestos, por conectarse con el tipo nuclear como antecedentes necesarios, su ausencia es difícilmente convalidable. Tal sería el caso de la venta de cosa ajena, la expropiación sin los estudios económicos y sociales que exige la ley, o la sentencia incongruente con lo pretendido. Pero nuevamente interviene aquí la política legislativa, para considerar la diferencia de situaciones, de manera que en la venta de cosa ajena, cabe la revalidación si el verdadero propietario manifiesta su anuencia; situación que no guarda paralelo con el caso de la expropiación, y que se aparta tajantemente de la sentencia incongruente. Sin embargo, en las dos últimas hipótesis, la convalidación puede sobrevenir si se estipula la nueva condición de la impugnación por parte del interesado, el no ejercicio de ésta operará como consentimiento implícito.

Los presupuestos, llamados fines o finalidades, tienen menor trascendencia, según las ramas aplicables. Así, en lo civil, la finalidad de transmitir el dominio por la venta, puede estar contradicha por el pacto de retroventa, admitido en alguna legislación. La finalidad de destinar el inmueble a una escuela puede ser variada posteriormente y, si no se provoca la reversión, el tipo nuclear queda válido. El fin de la demanda es obtener sentencia, pero si recae un sobreseimiento, no por ello la demanda perdió su calidad.

Es en el derecho procesal donde más se observa el equívoco en la finalidad. Frecuentemente se promueve una impugnación con fin diverso al de su tipo nuclear. Sin embargo, los tribunales también con frecuencia, y por razón de justicia o equidad, respetan la validez de la promoción. Sobre todo, por cuanto el proceso es una serie de actos proyectivos, la nulidad en las condiciones está relativizada en un gran sector, y de ahí que los códigos regulen un llamado incidente que, al no ser promovido, convalida lo nulo.

Cabe concluir que, procesalmente, fuera de la inexistencia, que corresponde a la inadecuación con el tipo nuclear, la más fuerte sanción atañe a los requisitos. Esto se debe a que el mínimo de energía se ubica en la eficacia del instar. Si éste es rechazado, se presenta la ineficacia, lo que tiene resultados similares a la inexistencia.

Un ejemplo manifiesto se encuentra en la demanda. La ausencia de requisitos del instar está conectada con la ineficacia y lleva al obstáculo procesal de grado más elevado, porque la acción perece en su segunda

estancia: en la jurisdicción. Esta viene a calibrar la promoción por sus requisitos. Acontece, entonces, que la falta de copias para el traslado, se encuentra sancionada con el desechamiento de la demanda, lo cual podría calificarse de injusto, pero ciertamente es ejemplo del más elevado grado de nulidad procesal: la ineficacia, sin que importe que el tipo nuclear esté cumplido.

d) Establecer **a priori** cuándo proceden la inexistencia o nulidad absoluta, la anulabilidad y la inoponibilidad, que es el caso en que el acto válido para ciertos sujetos es inoperante para otros; es casi imposible, porque todo depende de la política legislativa.

Si se recuerdan las llamadas causas de nulidad, se advertirá que tienen más de casuismo que de teoría. Los cuatro grupos clásicos de consentimiento y objeto, causa y capacidad de las personas, más las nulidades excepcionales por falta de forma y las relativas que sólo pueden ser invocadas por las personas señaladas en la ley; permiten advertir que el agrupamiento y la clasificación respondieron a la intención de sancionar por motivos de utilidad pública o de interés privado. En el derecho francés se impuso el criterio de dividir las especies considerando las personas que podían invocar la nulidad, la posibilidad de renunciarla o confirmar el acto y el plazo de prescripción.

Lo más que ha podido explicar la doctrina es que aún los actos nulos tienen efectos regulares mientras no se dicte resolución judicial, lo que condujo a respetar situaciones adquiridas de buena fe. En cuanto a lo procesal, no se ha pasado de mencionar la clasificación y decir, con Chiovenda,<sup>871</sup> que si el defecto de la relación debe tomarse de oficio se tratará de nulidad, y si se requiere presentación de parte será anulabilidad, a más de que la inexistencia es necesaria en lo procesal, porque si no existe demanda no habrá relación.

La nulidad ha tenido importantes aplicaciones en el derecho procesal, no sólo en conexión con las excepciones y los incidentes, sino con los procesos irregulares que Prieto Castro<sup>872</sup> clasificara en tres sectores: el convencional, el aparente y el simulado; clases que Morón Polomino estudió ampliamente con los resultados ya vistos.<sup>873</sup>

Error, dolo, mala fe, simulación y fraude, han sido otras tantas aplicaciones del fenómeno de la nulidad,<sup>874</sup> Fiducia y falsedad han entrado en conexión, lo mismo que la rescisión, la resciliación, la resolución, el pacto comisorio y la revocación.<sup>875</sup> Pero todo ello ha carecido del apoyo de una teoría de la nulidad, porque no se puede llamar teoría a la recopilación de datos históricos o jurisprudenciales.

871 *Instituciones*, T. III, p. 21.

872 *Derecho procesal civil*, T. I., pp. 12 y ss.

873 *Supra* N° 133.

874 *Supra* N° 134.

875 *Supra* N° 135.

Sin llamarles condiciones, la doctrina y la legislación han tratado los supuestos a través de un extremo, la llamada causa; han considerado los requisitos apenas respecto a la forma; y han tenido en cuenta los presupuestos en orden a los principios, principalmente en lo procesal. Todo ello ha sido estudiado con un sentido metafísico y material, se ha aplicado al derecho, en este campo, tanto la idea de la causalidad, como la finalista o teleológica. Los actos han sido nulos cuando carecieron o violaron su causa, y también lo han sido cuando persiguieron fines no atribuidos a su clasificación.

En el fondo el derecho adoleció del mismo mal que las ciencias naturales: el causalismo, superado ya en la lógica moderna. Causa, en su noción primitiva, dice L. Susan Stebbing,<sup>876</sup> es lo que hace que las cosas sucedan.

Se trata, no sólo de una tendencia antropomórfica, sino de una concepción activista, que explica el cambio por el hacer percibido en la experiencia. Por ello, Stebbing afirma que puede asegurarse sin temor que la noción de causa como ejercicio de compulsión, como un agente que obliga a algo a obrar en determinada manera, no merece ya consideración seria, aunque se trate de una concepción muy arraigada. La concepción activista pone el énfasis en los **términos** y no en la **relación**, subrayando indebidamente, tanto la prioridad temporal de la causa respecto al efecto, como la distinción entre causa y condición.

Si ya no se puede conservar el concepto de causa que da el sentido común, menos puede seguir hablándose de ella en el derecho, lugar en el que tuvo siempre su mejor aplicación la regulación de relaciones. Seguir insistiendo en que la obligación tiene una causa, son pena de convertirse en liberalidad, es dar la espalda al comercio diario, a los títulos sin causa, a la demanda temeraria, y a todos los fenómenos que han consistido en salir del cauce legal por inadecuado y anacrónico.

La interdependencia funcional que aparece en la relación jurídica, es suficiente para explicar que el supuesto no tiene ese carácter activista de la causa según la concepción primitiva de los fenómenos naturales.

Ahora bien, la estipulación del supuesto es generalmente una idea política legislativa. Cuando la realidad muestra que el supuesto no **causó** al tipo nuclear, legislador y juez se ven en la necesidad de elegir, entre anular este tipo o dejar al interés privado el demandar en el sentido conveniente. Los graves perjuicios que se seguirían de aplicar una solución rigurosa, han llevado a reducir la sanción, y por ello se ha pasado de la nulidad a la anulabilidad y a la inoponibilidad.

La doctrina ha podido distinguir entre solemnidad y formalidad, mirando a los resultados sancionatorios del acto nulo. Pero esto sigue estan-

<sup>876</sup> *Introducción moderna a la lógica*, Trad. Robert S. Hartman y José Luis González, México 1965, pp. 304 y ss.

do lejos de la verdadera teoría, es lo mismo que tomar una posición dogmática y enseñar que así es porque lo quiso el legislador.

La base de un tratamiento científico, en éste como en todos los extremos del derecho, es mantener el concepto de la **relación**. La verdad está en el hecho de que los actos no causan otros actos, sino que todos entran en la **relación** con una función interdependiente. Si el legislador puede castigar con más severidad la falta de copias de la demanda que la pretensión temeraria, es porque las condiciones no operan como causas.

Lo que sigue, de todo cuanto se ha comentado, es que entendida la nulidad como la inadecuación del acontecimiento al tipo normativo, la sanción que jugará con ella un papel de concepto relacionado pero no un elemento de la conexión causa a efecto, tendrá que ser aplicada con criterios valorativos cambiantes y políticos. Que nadie pueda convalidar cierto acontecimiento, que sólo algunos lo puedan invalidar, o que valga para unos y no para otros, será motivo de reflexión legislativa y, cuando mucho, jurisprudencial. Teóricamente sólo se puede afirmar que toda inadecuación del acontecimiento al tipo significa nulidad, es decir, no existencia de lo normado; pero que haya o no plazo para demandar la nulidad, es algo que debe dejarse al legislador. Sostener invariable la regla **sic rebus stantibus** y negar la rescisión por lesión, es algo que no puede hacer la doctrina, pero sí el legislador.

## CAPITULO VII

- 137 El fenómeno de la comunicación. 138 La comunicación procesal.  
139 La clasificación doctrinal. 140 Comunicación e información.  
141 Notificaciones y exhortos.

### 137 El fenómeno de la comunicación.

Para advertir la importancia de la comunicación, hay que partir del hecho de la individualidad. La gente se encuentra materialmente aislada, cada hombre es independiente de los demás y esto le da unidad. Cada soma es una unidad compleja, pero conceptualmente indivisible.

El problema que se sigue de ello es que los individuos coexisten y conviven. Su presencia simultánea no se limita al contacto, sino que asciende a la comunicación. Se dice que la comunicación es un hecho social, por lo mismo que sólo encuentra explicación en la convivencia. Consigo mismo, el individuo reflexiona o siente, quiere o hace; pero para con los demás utiliza la comunicación.

Esta es, por ende, un tránsito, un pasaje de un estadio a otro, de un soma a otro. Los medios son variados, aunque todos podrían incluirse en la palabra lenguaje. Para Stebbing,<sup>877</sup> el lenguaje se utiliza porque la gente desea comunicar a los demás sus pensamientos, sus sentimientos y sus deseos. Sea cualquiera el origen histórico del lenguaje hablado, es indudable que su razón de ser radica en el deseo del hombre de afectar a aquellos con quienes está en contacto.

Pero los hombres hablan para ser escuchados, desean serlo a fin de poder expresarse e influir en ellos. Por tanto, los hombres usan el lenguaje a fin de ser comprendidos. Comprender algo es aprehenderlo en sus conexiones o como signo de otra cosa. Por lo demás, las cosas pueden ser signos de otras, lo interesante es que no hay signo sin intérprete, pues significar requiere lo significado, el signo significador y el intérprete del signo como significador.

Desde los ademanes hasta la composición de los objetos, desde la palabra hasta la escritura, desde el dibujo hasta la escultura o la musicalidad, el hombre lleva a cabo una tarea de significación. Sin embargo, es menester advertir que la capacidad de conectar y, por tanto, de interpretar los acontecimientos, depende de la capacidad de reconocerlos como significativos de otros.

Lenguaje se emplea, siempre que deliberadamente se utilice una cosa como signo de otra. El signo conscientemente concebido, dice Stebbing,

para representar algo se llama símbolo. Las letras simbolizan aquello que tales signos evocan en la mente. Pero no es posible trazar una línea que limite tajantemente entre signo y símbolo, por más que en el lenguaje desarrollado de lo escrito, la diferencia es del todo inequívoca.

Los signos pueden ser naturales o artificiales que equivale a decir convencionales. La clase más simple del lenguaje es el de los gestos donde los signos son demostrativos o imitativos y por ello se llaman naturales. Este 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 entrafñar 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.

a) El pensamiento necesita del conjunto de 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 el conocimiento. Comprender un signo, dice Stebbing,<sup>878</sup> equivale a saber qué significa. El comprender un símbolo verbal es saber el referente que representa. Por consecuencia, un sistema de signos arbitrarios es un lenguaje desarrollado.

El lenguaje utilizado con el propósito de la comunicación requiere de dos personas, el oyente y quien habla. Si en la comunicación hay algo que el oyente no conoce, en cambio siempre habrá algo que los dos sepan. La base de experiencia común forma el contexto dentro del que ocurre la comunicación.

El lenguaje de símbolos ha llegado a tener tal importancia lógica, que actualmente se tiende a concebir a la ciencia como un sistema de símbolos, completo, congruente y verificable. Este criterio formal realmente efectúa una transposición, dejando en un plano secundario a los conceptos y poniendo el acento en las palabras.

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 ineludiblemente, en las frases descriptivas es la falta de correspondencia, la mala interpretación que los interlocutores den a los símbolos. La mala interpretación de los símbolos será mayor, dice Stebbing,<sup>879</sup> mientras menos sean las experiencias comunes del oyente y el hablante.

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 referencia. Al lado del uso científico del lenguaje, está el uso emotivo, donde se busca la reacción del oyente, sin pretender decir una verdad o una mentira; este lenguaje es también calificado de poético.

El fin de la comunicación científica puede ser desvirtuado, si el expositor, conciente o inconcientemente emplea ambos tipos de lenguaje. El fracaso del hablante puede depender del uso incorrecto de los símbolos, o del hecho de que éstos no refieran al oyente el mismo referendo. 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.<sup>880</sup> Las palabras precisas son altamente sensibles a los pequeños cambios de referendo. 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 trascendencia.

b) El poder expresar hacia el exterior las meditaciones es la base de la comunicación. Cada expresión, sobre todo el lenguaje en tanto sistema de signos, principalmente vocales y visuales, sirve para la simple comunicación, para llevar a otras experiencias congnotivas, ligadas al signo dado; pero además además sirve para la organización de la vida, para apoyar las reglas de conducta y las decisiones.<sup>881</sup>

La organización de la vida de cada uno es inseparable de la organización que se hace con la ayuda de los signos del lenguaje, con los preceptos generales que influyen en todos los individuos. El uso poderoso del lenguaje, dice Grzegorzcyk,<sup>882</sup> como instrumento de conocimiento y de dirección para la vida de los individuos y de las sociedades, es un rasgo importante de la civilización, y constituye la fuente de sus éxitos científicos y técnicos.

879 Op. cit., p. 33.

880 Stebbing, cit., p. 37.

881 Andrzej Grzegorzcyk, *Hacia una síntesis metodológica del conocimiento*, Trad. Pedro Rojas, México 1967, p. 17.

882 Cit., p. 18.

La formación progresiva de la expresión de la propia convicción, es la formación de la convicción misma. El trabajo científico se forma con la expresión verbal, con la capacidad de crear las fórmulas que corresponden a ciertas exigencias dadas. El ideal del empirismo es un conexión entre la palabra y la experiencia, pero el ideal de la lógica es establecer una estructura interna de una 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.<sup>883</sup>

Con las actitudes generales, el lenguaje organiza también las aspiraciones particulares y los actos de voluntad. El hombre no sabe verdaderamente lo que quiere sino cuando es capaz de expresarlo. Los individuos no se conocen más que por la expresión accesible a los demás.<sup>884</sup>

Si el derecho es una ciencia, si puede hablarse o pretenderse su conversión en teoría, 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.

Pero el derecho es susceptible de ser tratado científicamente, siempre que su lenguaje alcance la precisión adecuada a la verificación. La comunidad de experiencia que piden los lógicos, sólo será posible en la enseñanza universitaria. No se puede comprender con la sola práctica, de ahí que el derecho deba aprehenderse primeramente en su teoría, en el alcance y significado de sus símbolos y de sus relaciones funcionales. El derecho utiliza un lenguaje primario de imperativos, pero éstos forman en seguida una constelación que puede sistematizarse, el nuevo nivel de lenguaje se ha llamado jurisprudencia, o simplemente teoría del derecho, es la ciencia, el sistema de símbolos congruente y verdadero.

### 138 La comunicación procesal.

La comunicación viene a destacar la diferencia insalvable entre la materialidad del procedimiento y la idealidad del proceso. Mientras que en éste la vinculación de los actos se hace intelectivamente, porque a menos de tener una previa idea del sentido proyectivo, es imposible descubrir en la instancia su carácter de acción procesal; en el procedimiento,

883 Op. cit., p. 19.

884 Op. cit., p. 21.

la secuencia puede intuirse directamente, no sólo en la sucesividad de las comunicaciones, sino en la mecanicidad de los actos.

En la comunicación, los hiatos procedimentales tienden a desaparecer, la secuencia fluye pasando por las conexiones. Para Couture, preocupado por la trascendencia de los principios constitucionales en el proceso, la comunicación viene a significar una garantía, la de hacer valer el derecho. En términos muy generales, dice,<sup>885</sup> se ha sostenido que esta garantía consiste en que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita; que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el de declarar por sí mismo, presentar testigos, presentar documentos relevantes y otras pruebas; que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados, esté constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; y que sea un tribunal competente.

Nada obsta para ver en el proceso una garantía constitucional, lo peligroso sería tomar la cualidad por nota especial, pues es bien sabido que el proceso pudo surgir históricamente con anticipación a cualquiera forma constitucional, escrita o consuetudinaria, y subsistir después que las normas de esta clase desaparecieron o se encontraron en un plano subordinado, como sucede en el ámbito internacional.

Pero la observación de Couture es de la mayor importancia cuando expresa que la tutela constitucional requiere la correcta citación. Esta es la aplicación elemental del precepto **audiatur altera pars**, varias veces mencionado en los códigos y en la doctrina. La falta de citación en un caso concreto, apartándose de lo preceptuado por la ley, apareja nulidad, según el criterio dominante en el derecho procesal comparado. Pero la inconstitucionalidad de la ley procesal se presenta cuando autoriza un emplazamiento que no configura una razonable oportunidad de que el demandado llegue a tener conocimiento del juicio.

El caso se presenta reiteradamente, por ejemplo en algunas legislaciones de iberoamérica, que permiten seguir el juicio en contumacia a personas notoriamente domiciliadas fuera de la ciudad donde tiene su sede el tribunal. Un simple emplazamiento colocado en la oficina judicial, mediante un anuncio al demandado, suple la notificación efectiva. Los países hispanoamericanos exigen generalmente más solemnidad para la citación que los anglosajones, donde al amparo del precepto de que los abogados son funcionarios del tribunal, se admite la citación hecha por el abogado al adversario. Una solución semejante no prevalecería en muchas legislaciones hispánicas, donde la citación debe realizarse necesariamente por funcionarios públicos.

Como proposición válida para los dos sistemas jurídicos, Couture establece la de que la demanda deba ser efectivamente comunicada al de-

mandado, según las formas que la ley procesal determine. Pero puede hacerse comunicación indirecta como lo previenen muchas legislaciones.

a) Se advierte que la comunicación, tratada procesalmente toma otra función, lo que no le resta ninguna de las lógicamente consideradas, pero lleva a acentuar su cometido de aseguramiento. La comunicación viene a responder al principio de audiencia, y en este sentido, lo que la comunicación sea queda remitido a la gramática, a la psicología, a la sociología o a la lógica.

Pero no puede olvidarse ninguna de las enseñanzas de la última, porque en el proceso se comenzará por elegir los símbolos. Si se exceptúan los sistemas históricos, en la actualidad los signos naturales han sido suplidos por medios de información, tales como las fotografías, los planos, las copias mimeográficas o electrónicas, los dibujos o las huellas dactiloscópicas.

Cualquiera haya sido el significado de la **festuca**, de la rama de la vid, del trozo de piedra en el derecho romano, hoy no podría demandarse la reivindicación de un inmueble mostrando una parte de su construcción. En cambio, el uso de planos y fotografías es conveniente, de la misma manera que en el proceso penal la huella dactiloscópica permite identificar al indiciado.

Entonces, del campo de los signos naturales se ha pasado al terreno de las objetivaciones, lo que ha producido un cambio de función, de manera que en lugar de aludir al lenguaje se debe hacer referencia a la información. Así pues, buena parte de las significaciones naturales pasó de la simple comunicación al capítulo de la prueba.

De otra parte, este mismo hecho ha producido una delimitación más precisa respecto al concepto procesal de comunicación. Ya no queda incluido todo el lenguaje demostrativo más el descriptivo. Procesalmente, la mayor importancia radica en el primero, de manera que las reglas estrictamente reguladoras de la comunicación, atañen al modo de hacerla, se refieren en primer lugar, y muchas veces de manera única, al aspecto demostrativo, al lenguaje en cuanto medio para señalar algo.

Naturalmente, en una comunicación procesal se puede apreciar un conjunto de proposiciones descriptivas, de frases que adscriben características, como acontece en la notificación de un proveimiento judicial. Con todo, por comunicación jurídica se ha de entender prevalentemente el lenguaje demostrativo, el que emplea el notificador y no el que utiliza el ordenador. Separar ambos niveles de lenguaje, es permitir la correcta regulación de cada función. Al juzgador tocará ordenar y emitir sus mandatos en símbolos que formen frases descriptivas; pero el actuario tendrá a su cargo el lenguaje demostrativo que integra el objeto de la comunicación.

Ahora bien, si la función científica del lenguaje es comunicar información, al pasar la vista sobre la extensa nómina de medios de información, se advierte que por lenguaje se tendrá que entender, no sólo el símbolo hablado o escrito, sino las variadas representaciones de objetos: las fórmulas, los diagramas, los signos taquigráficos, los organigramas y hasta los simples colores que sirven a los logotipos.

Se puede afirmar que en este sentido, la información y la comunicación se separan, y jurídicamente cada una cumple diversa función. La primera puede ser impersonal y directa, mientras la segunda tendrá que ser personal e inmediata. Se informa quien lee un aviso, se comunica el hablante con el oyente.

b) Por las razones expuestas, la legislación procesal dispone sendas regulaciones para la comunicación y para la información. Es cierto que la doctrina entiende,<sup>886</sup> que todo cuanto se haga y consigne en un procedimiento, competentemente autorizado, ya se trate de un expediente, de un pleito o de un proceso o causa, recibe en general el nombre de actuación, denominándose por tanto, actuaciones judiciales a los actos que integran un procedimiento, comprendiéndose los medios de expresión y los de comunicación, las declaraciones y las demás notas y diligencias extendidas por los auxiliares y subalternos; pero de esta caracterización procedimentalista no se sigue que puedan quedar confundidas comunicación e información.

Desde luego, la comunicación es el medio común para todos los sujetos que intervienen en los procedimientos, sin circunscribirse a los judiciales. Lo que interesa al derecho es la manera de hacerla y, en determinadas circunstancias, la identidad de los sujetos hablante y oyente. Tal vez en un cierto momento, la comunicación entre actor y demandado esté prohibida, o bien entre parte y abogado; en cambio, en otras, 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 sujetos, y toca al derecho precisar cuándo cabe y en qué circunstancias está excluida; esto se mira en esas reglas que aluden a la publicidad y al secreto del proceso.

Pero la comunicación depende de que se lleven a cabo actuaciones, o sea, de que el juzgador, sus auxiliares y demás autoridades y agentes, realicen para el proceso una conducta jurídicamente calificada, a la vez que las partes y sus auxiliares o terceros, vengan al procedimiento para instar en cualquiera de las maneras conocidas: denunciando, peticionando, querellando, quejándose, accionando o impugnando. Por ello Aguilera de Paz y Rives inician el análisis del común denominador de las actuaciones. Sin embargo, debe precisarse que entre éstas y la comunicación, existe la

886 Aguilera de Paz y Rives, *El derecho judicial español*, T. II, pp. 397 y ss.

misma diferencia que podría suponerse entre el puente que une las dos orillas del río y las riberas. La comunicación es una actuación, pero no toda actuación es una comunicación; esto es, la comunicación tiene la misma materialidad de los restantes actos, mas entre ella y éstos, surge la distinción manifiesta de su función, de su sentido. La comunicación no es por sí una entidad jurídica suficiente, sirve a y tiene un sentido en vista de un contenido. Se comunica algo por sí y en sí. La comunicación de un emplazamiento o de un traslado, de una vista o de una petición, pueden sustraerse sin que se pierda lo comunicado. En el procedimiento oral es posible dejar huella escrita sólo de lo principal y eliminar comunicaciones secundarias o que carecieron de trascendencia.

Por tener lugar en la materialidad tempoespacial, la comunicación se ubica en el procedimiento, en tanto que el sentido proyectivo de la acción es un resultado, el que corresponde a la inteligencia de lo comunicado. Las comunicaciones, además, tienen las condiciones jurídicas pertenecientes al procedimiento en que se emplean; desde luego, suele destacarse el requisito de la forma y en él se apoya la ley misma para clasificar sus expresiones.

### 139 La clasificación doctrinal.

No siempre se ha pensado en distinguir entre comunicación e información. Por lo general, los procesalistas forman con la primera un género y muchas de las informaciones las incluyen como especies.

Para Aguilera de Paz Rives,<sup>887</sup> empezando como aconseja el método por los primeros medios o modos de comunicación, que son las notificaciones, las citaciones, los emplazamientos y los requerimientos, debe advertirse que, aunque cada uno de estos nombres tiene en el foro su significación propia y su especial finalidad, coinciden en caracteres comunes de forma y aún de esencia, teniendo todos por objeto hacer saber las resoluciones judiciales y, en este concepto, se comprenden bajo la voz genérica de notificación, pues no otra cosa significa esta palabra derivada etimológicamente de la latina *notum facere*.

Las leyes procesales se ocupan, en primer lugar, de las notificaciones, porque su aplicación es de uso más frecuente en todo procedimiento judicial, en razón a que para la eficacia de las resoluciones judiciales, entre las que figuran más en abundancia las providencias, precisa dar conocimiento de ellas a quienes afecten, a fin de que si les perjudica puedan utilizar contra las mismas los recursos que sean procedentes y conduzcan a la efectividad del derecho de defensa.

La palabra notificación, en su más alta aceptación, dicen los autores citados, significa el acto por el cual se hace saber en forma legal a algu-

no un mandato judicial, en lo cual coincide mucho con la citación y el emplazamiento; mas como las resoluciones de los tribunales no son todas iguales, sino de varias clases y producen también distintos efectos, se impone, para su diferenciación y determinación de sus respectivas consecuencias, el empleo de un tecnicismo apropiado que limite y especifique así el concepto legal de la notificación como el de la citación, y el emplazamiento o el requerimiento.

En este sentido estricto, Aguilera de Paz y Rives reducen la notificación a la actuación encaminada a hacer saber a los interesados cualquiera resolución judicial con objeto de que surta todos sus efectos en cuanto a la persona a quien hubiera sido notificada.

Citación llaman 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; será, por tanto, un llamamiento al citado para que asista a un acto determinado.

El emplazamiento es el llamamiento que se hace a quien va dirigido, no para la asistencia a un acto concreto y determinado, sino para que dentro del plazo señalado comparezca en juicio ante el tribunal, para el cual se le emplaza, a usar de su derecho, so pena de sufrir el perjuicio a que hubiere lugar.

Y el requerimiento es el acto de amonestar o intimar en virtud de resolución judicial o mandato a una persona, sea o no litigante, para que haga o se abstenga de hacer alguna cosa.

Según los autores, los cuatro actos tienen de común el arrancar de un acuerdo o resolución judicial, y el hacer saber ésta íntegramente, o sea en su contenido literal, en la notificación y en el requerimiento, y sólo en relación de lo preciso en la citación y el emplazamiento.

Pero así como la notificación se limita a hacer conocer lisa y llanamente la resolución, el requerimiento además conmina en la forma que se acaba de indicar, y la citación como el emplazamiento llaman a una persona, o litigante según los casos, y para los concretos fines que respectivamente se han mencionado.

a) Al tratar de la citación, el emplazamiento y la notificación, Caravantes<sup>888</sup> expresa que, aunque estas tres palabras suelen confundirse, lamente consideradas, según su significación, aparecen diferencias notables, como lo indican sus efectos y aún su misma etimología.

Por citación entiende el llamamiento que se hace, de orden judicial a una persona para que se presente en el juzgado o tribunal en el día y hora que se le designa, bien a oír una providencia, o a presenciar un acto o diligencia judicial que puede perjudicarle, bien a prestar una declaración. La etimología de la palabra viene del verbo *ciere*, que significa mo-

ver; incitar, llamar a voces: **vo cito**, porque la citación se hacía en un principio por voz del pregonero, según lo demuestra la ley 7, Dig., de **integ. restit.**, y la 3, Dig., de **jud.**<sup>889</sup> Comprueba mayormente la exactitud de esta etimología, y el tino o acierto al valerse de la palabra para significar el objeto de la citación, el significar también el verbo **cieo**, del que se deriva el verbo **cito**, cierta impulsión o apremio, al mismo tiempo que prontitud en la comparecencia o presentación ante el juez.

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 citación que se hace a una persona de orden judicial, poniendo en su conocimiento la promoción de una demanda, apelación u otro recurso, 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 citada, pues esta designación es lo que constituye la esencia del acto, por lo que siempre que mandan las leyes efectuar el emplazamiento, disponen que se haga la citación: con citación y emplazamiento, dicen los artículos 335 y 1035 de la Ley de enjuiciamiento civil española.

Por notificación se entiende el acto de hacer saber jurídicamente 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 notificación, de **notio** palabra formada del verbo **nosco**, que significa conocer.

Cuando la notificación se hace con el especial objeto de que se haga o entregue alguna cosa, se llama requerimiento.

Así pues, la citación y el emplazamiento pertenecen a la clase de notificaciones y puede decirse que comprenden a éstas, porque, dice Caravantes, dan una noticia o ponen un acto en conocimiento de una persona; mas la citación se diferencia de la notificación en que aquélla tiene por objeto, no sólo noticiar un acto, sino que se comparezca a presenciarlo o a efectuarlo; y se distingue del emplazamiento, en que designa un día fijo para presentarse.

También se diferenciaban en el antiguo derecho romano la citación y el emplazamiento. Este era la **in jus vocatio**, o llamamiento a juicio que se hacía por el demandante y por una sola vez al demandado, para que se presentase ante el pretor o magistrado que daba la **acción** para el juicio, y antes de principiar éste; y la citación se realizaba llamando al demandado o testigos para que comparecieran ante el juez que conocía del derecho, y se pronunciaba sentencia sobre la cuestión que se ventilaba, cuantas veces se juzgaba necesario.

889 Cicerón, *pro Flacco*, Tit. Liv., lib. 1, cap. 47 y Agustín en el *Lib. de grammat.*

Más después que al sistema de las acciones de la ley y al formulario, sucedió el de los juicios extraordinarios, se suprimió la distinción entre la declaración del derecho y el juicio del hecho, y citando y emplazando el actor directamente al demandado ante el funcionario competente, el cual era magistrado y juez a un mismo tiempo, desapareció esta distinción, si bien se conservaron las demás enumeradas, como aparece de la ley 30, Digesto de *testibus*, que trata de la citación de los testigos, de la 10, Digesto, de *pub. jud.*, y de otras varias.

b) La tendencia a distinguir estas comunicaciones se muestra con más intensidad en Manzini,<sup>890</sup> que se refiere específicamente al proceso en lo penal.

El acto de citación, que no debe confundirse con la citación, bajo el aspecto del derecho procesal penal, es la orden de la autoridad judicial dirigida a una determinada persona, distinta del juez, del ministerio público y de sus auxiliares, que no sean los peritos y los intérpretes, de comparecer ante el magistrado en el tiempo y lugar prefijados para una finalidad relativa al procedimiento en curso; orden prevista de sanción para el caso de incumplimiento inexcusable.

Precepto y sanción son, por tanto, los dos elementos conceptuales inseparables de la noción de citación. Si falta la sanción, habrá una simple invitación, aunque la ley le llame citación; obligatoria en los casos previstos por la ley, para la autoridad que la emite, pero no para quien la recibe, como la invitación a asistir a la perquisición domiciliaria. La sanción es distinta según los casos y la calidad procesal del citado, pero no puede ser nunca suministrada por el código penal. Para el imputado, cuando la citación está sancionada mediante la conminatoria de coerción personal, asume la forma de mandato o de la orden de comparencia, transformable en mandato de acompañamiento o captura. En los demás casos la sanción la da la aplicación de las reglas del procedimiento en contumacia, o la inadmisibilidad de determinados actos.

La notificación es el medio, acto accesorio, con que se lleva a conocimiento de alguien un acto, que es principal, del juez o de otro sujeto del proceso penal, o se le da notifica de una determinada situación o de un determinado acontecimiento procesal. Para el cumplimiento de los deberes, para el ejercicio de los derechos o para la tutela de los demás intereses procesales, es necesario que todas las personas que intervienen en el proceso penal con obligación o facultad de desplegar en él una determinada actividad, y por tanto, no sólo los sujetos de la relación procesal sino también los testigos, etc., tengan noticia de lo que a ellos se refiere o les interesa en otra forma. A fin de dar a los interesados ese conocimiento, y tener la prueba legal de ello, se recurre precisamente a la notifi-

cación. De ahí, la antigua sentencia: **non esse et non notificari paria sunt**: no existir y no ser notificado es lo mismo.

Las notificaciones pueden referirse, no sólo a actos formales como citaciones y otros decretos, ordenanzas, etcétera, sino también a los simples avisos de una situación o de un acontecimiento procesal, que interesa o puede interesar a la persona a quien se dirige la notificación. Así ocurre en los casos de aviso del depósito en secretaría de las providencias del juez, sujetas a impugnación, el aviso al defensor de las notificaciones al imputado hechas mediante depósito en secretaría del juez o del ministerio público, el aviso del depósito de la pericia, el aviso a la parte para que sustituya el consultor técnico, el aviso del depósito de los actos en secretaría después de cerrada la instrucción formal, el aviso a los defensores del día fijado para el debate, el aviso al ministerio público y a los defensores del día fijado para el examen de testigos o peritos a domicilio, el aviso a los defensores de que han llegado los autos a la secretaría de la Corte de casación, o el aviso del día fijado para la deliberación sobre un incidente de ejecución.

Por otra parte, hay notificaciones de actos formales que se deben hacer, no sólo a las personas directamente interesadas, sino también a otras personas que tienen o pueden tener un interés solamente indirecto. Tal es, por ejemplo, el caso del decreto de citación a juicio de menores de dieciocho años, que se debe notificar, no sólo a esos menores imputados, sino para su conocimiento, también a los que ejercen la patria potestad o la tutela. Lo mismo ocurre con las citaciones del imputado en libertad provisional para que se presente a la autoridad judicial, que se deben noticiar también a sus eventuales fiadores.

c) Hugo Alsina estudia la comunicación en el rubro destinado a los actos de instrucción del proceso y después de analizar los medios de expresión del procedimiento escrito y del oral. Alsina menciona la obligación de utilizar un cierto idioma, el oficial de cada Estado, y aún la forma de la escritura: a mano o mecanografiada, en tinta negra y caracteres legibles, sin dejar blancos, y respecto a la Argentina, extendida en el sellado correspondiente.<sup>891</sup>

Luego de enumerar los requisitos del escrito: encabezamiento y firma, entra en el análisis de los medios de comunicación, comenzando por los traslados, porque en el proceso, afirma, no existe comunicación directa entre las partes, salvo los casos en que fuesen convocadas a juicio verbal, por lo que el juez debe poner en conocimiento de una de ellas, la petición formulada por escrito por la otra mediante la providencia de traslado, haciendo así efectivo el principio de contradicción que prevalece en el proceso.

891 *Tratado*, T<sup>o</sup> Ed. T. I, pp. 679 y ss.

Otro medio de comunicación entre las partes es la vista, institución que el código argentino menciona en muy contadas oportunidades, pero que no estaba reglamentada. Como el traslado, tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados una petición o diligencia, respecto de cuya procedencia o resultado les corresponde pronunciarse.

Anteriormente la vista se diferenciaba del traslado en que no se requería, como en éste, la presentación de copias y en que, aún cuando no existía un texto legal se consideraba que el plazo era de tres días; pero ahora no existe prácticamente diferencia alguna en estos particulares.

Las audiencias son otro medio de comunicación, pero no ya entre las partes, sino entre éstas y el juez, y eventualmente con la intervención de terceros como testigos, peritos, etc. Es el acto en el cual el juez escucha las peticiones que las partes formulan verbalmente o las aclaraciones que ellas hacen a su requerimiento, las declaraciones de los testigos, las explicaciones de los peritos, etc.; de todo lo cual se deja constancia mediante actas que se agregan a los autos. De ellas se ocupa después al referirse a los deberes de los jueces.

d) Según Redenti,<sup>892</sup> en las disposiciones generales, el código dedica un lugar especial a las comunicaciones y notificaciones, que son actividades de los oficios menores, si no siempre actos autónomos. El hecho se justifica porque encuentra lugar en numerosas y variadas ocasiones, y convenía reglamentarlas de una vez para siempre.

Las comunicaciones son actividades encomendadas a la secretaría. Se resuelven en un modo de dar noticia oficial a las partes, de actos de los jueces que les atañen, y de los que deben tomar norma para sus actividades subsiguientes. Por ejemplo, cuando el juez fija una audiencia en que deban o puedan comparecer ante él, será necesario que las partes lo sepan, y no se puede pretender que acudan todos los días a informarse si se ha hecho y cómo se ha hecho la fijación. Así, si se pronuncia fuera de audiencia una ordenanza que concierna al curso ulterior o a la extinción del proceso; así también, si se pronuncia una sentencia pues ésta puede influir sobre el eventual curso ulterior del proceso ante el mismo juez o ante otros jueces, o puede representar, si no es impugnabile, su conclusión final.

La notificación, para Redenti, es un mecanismo procesal que sirve para la comunicación íntegra de un acto escrito, y no solamente para dar simple noticia del hecho de que se haya llevado a cabo el acto.

Mientras que las atribuciones de la secretaría en materia de comunicaciones son meramente auxiliares, éstas del funcionario judicial en materia de notificaciones, son atribuciones autónomas a que debe proveer, de ordinario al menos, con independencia de los otros oficios elementa-

les del órgano de que forma parte, y en cuyo ejercicio no encarna en sí a dicho órgano, sino que actúa como si fuere un oficio distinto e independiente. De ahí proviene que sus atribuciones tengan límites propios, distintos de los de jurisdicción y competencia del órgano, límites que, a falta de una más exacta terminología, se suelen calificar como límites de una competencia propia suya, o atribución.

La notificación, como acto procesal, es ya de por sí compuesto, toda vez que la realiza el oficial judicial, pero a instancia de parte, de la cual ese mismo funcionario debe dar constancia en su relación. A ella concurren, por consiguiente, la parte misma y el oficio. Puede formar parte de más vastas combinaciones, cuando no sea más que un modo solemne de comunicación de otro acto, que sólo así se perfecciona. Cita el autor, el caso en que por notificación se perfecciona la entrega del libelo, y en este sentido, el citar a juicio es acto único, por más que se exijan actividades diversas, del procurador y del oficial judicial. Por lo demás, para ciertos efectos, éstas se deben considerar distintas. Así, por ejemplo, la nulidad de la parte sustancial, el escrito del procurador, tiene consecuencias diferentes de la nulidad en que haya incurrido el oficial al proceder a la notificación. Algo similar se puede decir también del precepto como acto preliminar a la ejecución. Es, por el contrario, acto autónomo la notificación si se la utiliza para una comunicación en forma solemne, de actos judiciales o también extrajudiciales ya perfectos de por sí, a fin de producir, precisamente con el cumplimiento posterior de aquella actividad, otros determinados efectos procesales. Así, la notificación de la sentencia hace que comiencen a correr ciertos plazos para impugnarla; la notificación del título ejecutivo es formalidad preliminar necesaria para poder iniciar los actos de ejecución.

Se resuelve con esas observaciones, cierta aparente contradicción que se nota en el lenguaje corriente, en el que unas veces se oye decir que la notificación es acto de parte, y otras que es acto del oficial judicial. En el fondo, puede ser verdad tanto la una como la otra proposiciones; todo está en saber a qué se refieren. Si se lo considera en su unidad final, el acto compuesto, resultante de la combinación de sus diversos elementos, tanto en la notificación integradora como en la autónoma, se puede decir correctamente que es acto de parte, ya que sirve para el ejercicio de sus funciones procesales.

En el fondo, el oficial judicial no es más que un instrumento, un ministro de actuación o de realización, y no se pone en movimiento, efectivamente, sino a instancia suya y de conformidad con esa su instancia. Sólo ella puede tener interés procesal en la misma y carga con su responsabilidad. Pero si se atiende, por el contrario, a la actividad de la notificación, al llevar y entregar la copia, distintamente considerada, entonces es actividad, ergo acto del funcionario judicial.

Como instrumento legalmente necesario para el cumplimiento de actos de parte, el ministerio del oficial judicial se puede considerar como un servicio público, distinto del órgano jurisdiccional del que forma parte, puesto por el Estado a disposición de quien lo necesita. Y en los diversos procedimientos se ve que la ley provee a no hacer recaer en daño de la parte, los eventuales vicios de funcionamiento de aquel servicio, por ejemplo, disponiendo la renovación de la notificación de la citación.

e) Para Carnelutti,<sup>893</sup> se llama comunicación a la entrega que el secretario hace, o hace hacer, por medio del correo o del oficial judicial, a una persona que debe ser avisada de un acto o hecho del proceso; de un documento que contiene una indicación sumaria del acto o del hecho mismo: la llamada cédula de secretaría.

Se llama también comunicación a la entrega de escritos o memorias, que las partes se hacen directamente entre sí: el denominado intercambio, o bien indirectamente por medio del secretario, en el cual una parte deposita la copia que ha de ser entregada a la otra; en el primer caso la entrega se prueba mediante poner el visto de la parte que ha recibido la copia, en el original; y en el segundo, mediante poner el visto en el original por parte del secretario.

Los escritos o memorias pueden ser notificados, sin embargo, formalmente. La elección entre estos medios de procurar a la otra parte el conocimiento de tales actos es libre, pero puede también ser prescrito.

#### 140 Comunicación e información.

No hay en la doctrina una definición de la comunicación, menos aún la diferencia entre ella y la información. En cambio, aparece una tendencia manifiesta a clasificar los contenidos; pero esto resulta difícil si antes no se tiene un concepto preciso del comunicar en sí.

Puede acontecer, y esto lo ha visto Couture, que la comunicación se regule en la ley y en la misma Constitución, como una necesidad jurídica, nacida de la naturaleza del proceso. Desde luego, no se trata de un invento del constitucionalismo, porque en todos los regímenes históricos se ha contemplado la exigencia, y se la ha impuesto por diversos medios y caminos.

Tampoco podría decirse que la comunicación pertenece exclusiva o principalmente al derecho. La comunicación es la conducta expresiva de sentimientos, deseos y pensamientos. Lo que el derecho hace es elegir el sistema de signos ya creados arbitrariamente por el grupo social. Si en

893 *Instituciones*, T. I, pp. 501-2.

## 402 Comunicación e información

el derecho procesal se da tanta importancia a la comunicación, no es por la circunstancia de que el legislador construya un sistema especial y diverso, sencillamente se le reconoce su calidad de instrumento de expresividad, y siendo ésta la buscada, el instrumento se asegura.

Pero el lenguaje simbólico, se ha visto,<sup>894</sup> puede componerse con proposiciones demostrativas o descriptivas. Ambos tipos son empleados en el campo procesal, de manera que al darle un sentido técnico, la palabra comunicación, procesalmente, viene a indicar el instrumento simbólico de la expresión personal, y puede abarcar, las frases demostrativas y las descriptivas.

Si la comunicación requiriera siempre un contacto directo e inmediato, el derecho se limitaría a exigirla para el desenvolvimiento de la serie proyectiva. Desde el momento en que es posible comunicarse a distancia y utilizando las cosas o las personas como elementos intermedios, la legislación debe distinguir los casos y regular cada uno.

Aquí es que incide la diferencia entre la prístina comunicación y la elaborada información. El legislador que impone la audiencia tiene garantizada la comunicación, por más que en la realidad no se efectúe, bien porque una parte no desee comunicarse, o porque esté física o intelectualmente impedida. Si, por el contrario, se elige el procedimiento escrito, la fórmula procesal tendrá que tomar en cuenta el apartamiento de los sujetos, y para asegurar el conocimiento de las actuaciones, considerará el fenómeno de la información.

Hay en Redenti un concepto de gran interés, cuando piensa en el servicio público que realizan los agentes del oficio judicial. Ya Couture, al elaborar su Proyecto de Código de procedimiento civil para el Uruguay, previó la notificación por correo judicial en el artículo 55, y la distinguió del servicio personal prestado por las partes en casos especiales y según la previsión del artículo 64.

Parece, entonces, conveniente tratar la comunicación como servicio, porque no es el fenómeno social del intercambio de expresiones lo que depende del derecho, sino el modo de hacerlo. Para la rama procesal, es el medio cierto y seguro de la comunicación lo que prepondera. No cualquiera comunicación es eficaz, la certeza legal deriva de las circunstancias elegidas, más propiamente dicho, del servicio empleado.

a) Es impecable el tratamiento de Aguilera de Paz y Rives, cuando estudian la comunicación como parte de las actuaciones judiciales, porque esa correspondencia tiene implicaciones de actividad en los procedimientos, es consustancial a la juricidad de las conexiones.

Manzini ha destacado que en el procedimiento en lo penal, la citación es inconfundible por implicar un precepto y una sanción; pero al distinguirla de la invitación, no deja de percibir en ésta una obligación, aunque señala que es atinente al que la emite y no a quien la recibe. Ello es discutible si se piensa en términos generales de comunicación. Los avisos de depósito, de notificaciones, de fijación de plazo o de término, de llegada de autos y demás que enumera el autor, no son actividades espontáneas o extrajurídicas, sino conductas exigidas por la norma y que producen efectos jurídicos.

La comunicación jurídica es, por tanto, la debida conexión de las conductas en el procedimiento. No hay posibilidad de procedimiento si falta lo elemental de la conexión, ese contacto es una correspondencia entre quien presta y quien recibe la prestación. Pero en el procedimiento, la importancia de las comunicaciones radica en lo que debe conectarse y quiénes deben hacer la conexión. La mera sucesión de acontecimientos voluntarios, de conductas indeterminadas, no constituye el procedimiento, porque éste se estructura a base de sucesividad de actos específicos, no de meros sucesos conectados o inconexos.

En el procedimiento, la instancia de una parte debe ser recibida para formar la conexión; pero el sujeto de la recepción no es cualquiera, sino el identificado o llamado legalmente. Si no se estuviera ante un procedimiento jurídico, los sujetos podrían comunicarse informalmente; pero el procedimiento está normado en la conexión de conductas y su expresividad origina el lenguaje normado. Es por ello que la comunicación debe ser fehaciente, debe ser cierta en términos legales.

La comunicación está condicionada y la insatisfacción de las condiciones resta eficacia jurídica. El juez puede ser un políglota, pero la comunicación procedimental debe hacerse en cierto idioma, no porque la ley parta del supuesto de que el juez está impedido para entender la lengua extranjera, sino porque la forma de expresión está impuesta inexorablemente, con el fin de dar unidad a la comunicación. Si comparece un sordomudo, se ordena la intervención de un intérprete, no porque el juez no pueda entender lo que el deponente exprese, sino por que su manifestación debe ser comunicada en términos del idioma oficial.

De otra parte, la comunicación utiliza las conexiones procedimentalmente establecidas, no porque sea imposible lograrla por otros caminos, sino porque la relación normativa fija imperativamente una secuela especial. Es indudable que el demandado puede conocer directamente la demanda que el actor expone verbalmente ante el juez. Pero si no se está en el régimen de aquellos países que, como los Estados Unidos, Italia, Alemania o Francia, permiten la comunicación de parte a parte, es mani-

fiesto que la presentación hecha por el actor ha de ser comunicada por el juez al demandado.

De todo lo que antecede se sigue que cuando la ley construye un procedimiento, implícitamente está exigiendo la comunicación, porque sin ella no puede haber conexión. Pero a su lado, hay sistema de lenguaje y un posible servicio de comunicación, que son los temas específicos de la regulación procesal.

Cuando se piensa en la doctrina que la comunicación no debe hacerse entre las partes sino a través del juez, o que hay casos en que las partes se pueden comunicar directamente, lo que se está haciendo es una clasificación de normas. Naturalmente, la comunicación como fenómeno social no puede impedirse en el proceso. No tendría efectos positivos una norma que prohibiera a las partes dirigirse la palabra en la audiencia. Todo lo más, se podrá establecer que el intercambio de expresiones es intrascendente para el procedimiento, y puede llegarse al extremo de prohibir que una parte se comunique con su abogado en la absolución de posiciones; pero tal situación deberá ir condicionada por una medida de aislamiento, ya que la comunicación entre personas que se encuentran en el mismo sitio es casi natural, y no sólo por palabras sino por gestos.

b) Una primera manera de comunicarse es la oral, cuando la prestación del acto se hace de viva voz y entre los sujetos seleccionados por la ley. La comunicación verbal exige la comparecencia, la simultánea presencia de los individuos en el lugar y tiempo predeterminados legal o judicialmente.

Pero la comunicación oral no es siempre posible, sea porque los sujetos no puedan concurrir al mismo lugar, o porque no deban hacerlo. En el primer caso, cuando el sujeto se encuentra fuera de la sede y aún de la circunscripción territorial, la comunicación se realiza por medio de los objetos, especialmente de los documentos y al mismo tiempo, se emplea un servicio que puede ser de correo o de telégrafo. Aquí, la comunicación escrita tendrá que llenar las condiciones del idioma, más tal vez que la hablada, porque en la última el justiciable que hable un idioma extranjero podrá hacerlo en presencia de un traductor, no así cuando escribe, pues los documentos han de redactarse en castellano.

Escritura y oralidad son las formas elementales de la comunicación, pero las condiciones cambian sensiblemente porque en las actuaciones escritas, se suele exigir que no se empleen abreviaturas, no se raspen las frases equivocadas y sobre ellas se ponga una línea delgada que permita la lectura, salvándose al final con toda precisión el error cometido.<sup>895</sup>

En cuanto a la oralidad, muy frecuentemente va rodeada de publicidad, palabra que responde a la idea de un conocimiento general. Pública es la audiencia, porque pueden asistir los interesados y cualquiera persona. La publicidad se enlaza a la noción de espectáculo, y por ello se confiere al juzgador el llamado poder de policía de las audiencias, a fin de que al recibir las declaraciones y presidir los actos, mantenga el orden y exija se le respete y considere debidamente, pudiendo corregir disciplinariamente, no sólo a los interesados sino a los espectadores.

La publicidad cambia cuando toma la forma escrita, y por ello se ha previsto un órgano oficial, como el Boletín Judicial, que es un vehículo de información pública. Según la ley distrital mexicana, en esta publicación se expresarán solamente los nombres y apellidos de los interesados, a más de los avisos, que como medios de comunicación edictal, no tienen lugar sino en los casos del artículo 122.

c) La comunicación, lógicamente, es una relación de expresividad. Los personajes del diálogo: hablante y oyente, son imprescindibles por la hipótesis misma en que se define a la comunicación. Pero esta cuantificación del vocablo, prácticamente no tiene límites, y sería erróneo estimar que sólo hay comunicación en el diálogo, éste se toma como un modo ejemplar. Realmente toda forma de expresión que pueda ser conocida por otro sujeto es un modo de comunicación.

Los seculares jeroglíficos nahoas siguen siendo signos de comunicación, y las modernas grabaciones electrónicas serán mensajes por mucho tiempo más. Pero aquí, el destinatario, el receptor de las expresiones no está identificado y ni siquiera individualizado.

Otro es el caso del derecho, la comunicación que surte efectos jurídicos ha de estar clasificada, y por ello se distingue entre oralidad y escritura, documentos, instrumentos y monumentos. Si las simples cartas particulares tienen un mensaje que puede resultar eficiente para una relación determinada, su grado de validez tiene que ser ponderado frente a otras manifestaciones de escritura y de oralidad.

En cuanto al derecho procesal, se debe partir de la distinción entre medios de comunicación eficientes, y medios de comunicación eficaces, porque el fenómeno de las conexiones de conductas, que forma la secuencia procedimental en la que vive el proceso, tiene, ante todo, un primer momento de eficacia y un postrer estadio de eficiencia.

La norma procesal no muestra igual consideración para la eficacia de la comunicación en que expresa el instar, que para la eficiencia de la comunicación en que se manifiesta el pretender, el probar o el alegar. Si se hiciera un parangón con las proposiciones demostrativas y las descriptivas que menciona la lógica, se vería una semejante relatividad entre las

comunicaciones de instancia y las de petición. Así como las proposiciones demostrativas se limitan a señalar algo, las comunicaciones de instancia se limitan a provocar la conexión. Y de la misma manera que las proposiciones descriptivas adscriben características al objeto predicado, también las comunicaciones pretensionales atribuyen eficiencia a la idea expresada.

Se puede recordar que para la demanda, las leyes suelen exigir la expresión de las personas, el **petitum** y la **causa petendi**. En cambio, aunque el principio del proceso lo hacen depender de su presentación, no aluden directamente al instar. Esto obedece a que la comunicación de la instancia está implicada en la conexión, que las leyes reglamentan como el acto mismo de la presentación. Es decir al obligar al actor a presentar la demanda, se está eligiendo uno de los modos posibles de la comunicación, para dar eficacia al instar.

A lo dicho deberá añadirse que el modo implicativo se utiliza también para regular las dos maneras de establecer la conexión: la oralidad y la escritura. Procesalmente las conexiones se establecen a base de comunicación directa mediante la palabra hablada y en audiencia; o bien indirectamente y a través de la palabra escrita.

Con el propósito de pulir el lenguaje procesal, convendrá denominar a la conexión directa comunicación, en tanto que a la indirecta se le puede llamar información. En efecto, la oralidad tiene propiedades de diálogo inmediato que no puede lograrse sino en la simultaneidad. La escritura, en cambio, permite la sucesiva información mediata y documental.

d) Para el derecho procesal la regulación de la eficacia es primordial. La eficiencia más importante corresponde siempre al ámbito sustantivo. Procesalmente, un accionante puede superar a su contrario, realizando todas las promociones con resultado favorable; pero ello no prejuzga sobre el vencimiento de fondo, el cual está vinculado a la justificación de lo pretendido. Por tanto, el triunfador final no es el mejor accionante, sino el mejor pretendiente.

El proceso, como cualquier procedimiento, puede ser calificado de instrumento y será más o menos útil, según la razón aducida, lo fundado y motivado de la pretensión. Sólo así se entiende que el proceso viva en la eficacia de las conexiones, pero sirva a la eficiente consecución de lo comunicado como pretensión.

La pretensión, la prueba o la demostración, van en sendas comunicaciones, y procesalmente alcanzan el grado de eficiencia que les corresponda según la norma aplicable sustantivamente. Pero como el acto de comunicar es uno, aunque lo expresado sea múltiple, al tiempo que busca la eficiencia, necesita alcanzar la indispensable eficacia que radica en la adecuada **conexión**.

Esto es lo que primaria y básicamente atiende el derecho procesal. Sea que la conexión de expresiones se haga por comunicación directa, o por medio de información, a la norma procesal le interesa señalar las circunstancias en que la conexión es eficaz.

Si ya no se exige una comunicación formularia y, por el contrario, se tiende a conceder la mayor libertad de expresión oral en las audiencias, esto no significa que las expresiones sean indeterminadas, sin correspondencia al tema del debate. Como tampoco significa que falten las fases procesales y se comunique una demostración antes de probar y de pretender. El fenómeno tiene trascendencia en el proceso penal, por lo mismo que la técnica de monopolio del ministerio público, y la existencia de una llamada averiguación judicial, seguida de una instrucción, permiten que se confunda el pensamiento doctrinario y se habla de la fase postulatoria como posterior a la probatoria. El problema será estudiado en su oportunidad, pero desde ahora se puede asegurar que, ni lógica ni jurídicamente, es factible concluir antes de pretender.

Con lo dicho, se aclara la función de la comunicación en el proceso. Como relación de hablante a oyente, lo determinante es el medio de conexión, porque los actos que se ligan tienen un valor prefijado. De realizarse la vinculación, la eficacia está satisfecha y la instancia o la jurisdicción han cumplido su cometido procesal. Pero a más del comunicar básico o procesal, se debe considerar lo comunicado como la expresión pretensional o de mandato. En este sentido, el doble juego de eficacia y eficiencia, va sosteniendo la marcha regular de la serie.

En la práctica podría acontecer que un juzgador, como perito que es en derecho, esté en posibilidad de inclinarse favorable o desfavorablemente a una pretensión, tan luego como le es comunicada. Pero su condición de sujeto imparcial, le impide resolver de inmediato y tiene que limitarse a dirigir la eficacia del accionar. No sería inusitado que al correr de la serie, la pretensión menos justificada, vaya alcanzando notas de eficiencia, las necesarias para vencer, y esta mera posibilidad, es bastante para exigir el respeto a la integración total del proceso.

e) Desde otro ángulo contemplado el mismo tema, se advierte que la doctrina se muestra inclinada a tratar problemas concernientes a la comunicación y a la información, al lado de cuestiones diversas, como son los requerimientos, los emplazamientos y las citaciones.

Es cierto que todas ellas son objeto de comunicación; pero también lo son la sentencia, el auto que da entrada a la demanda, esta misma y la contestación, los dictámenes periciales, las declaraciones de testigos y todas las actuaciones en el proceso. Ninguna conducta aparecida en la serie puede carecer del carácter de comunicación, y si se intenta distin-

guir las especies, lo único que cabe hacer es separar los medios que son la palabra hablada y la escrita, los documentos, los instrumentos y los monumentos; pero entonces no tendrá sentido de enfrentar un requerimiento a una citación, porque todo se comunica.

Ahora bien, la razón indiscutible, por la que un requerimiento no puede ser entendido como especie de comunicación, es que la última queda teóricamente intocada cuando se contrasta ese requerimiento con una citación o una sentencia. Lo que se ha querido clasificar han sido las expresiones, lo que podría calificarse de contenido de la comunicación, su parte conceptual, no la material.

Es contrario a la lógica establecer diferencias entre los contenidos, aludiendo a los medios. Si se busca una división, la esencia debe permanecer idéntica, de manera que mirando al contenido, las comunicaciones ofrecerán tantas especies, cuantos tipos de proposiciones contengan. Y si se observan los medios, será su consistencia física lo que sirva de principio de división.

La impresión que se obtiene de la exposición doctrinaria, es que al hablar de la comunicación, se ha partido del criterio de que se trata de algo secundario, algo simplemente material, perteneciente al trámite o sector accesorio de lo procesal. O bien, como sucede con Couture, se ha elevado la comunicación a principio rector, de rango constitucional, dotándole de características propias de un valor supremo. Ambas posiciones son teóricamente inoperantes, una es muestra de un procedimentalismo insuperado aún en la llamada corriente científica; y la otra es el resultado del empleo de un lenguaje poético y metafísico.

Lo que cabe hacer en este renglón es precisar, elegir el patrón o medida que sirva de principio de división. Si se quiere contrastar la mediatez con la inmediatez, la vinculación directa con la indirecta, lo correcto es discriminar entre los medios usados. En cambio, si se busca clasificar los contenidos, es menester aludir al concepto expresado en las proposiciones. Después de todo, la doctrina también se ha empeñado en distinguir esos contenidos, pero desde una perspectiva inadecuada, como ha sido la de mirar los actos que denomina procesales, y así han hablado, Carnelutti y Goldschmidt, principalmente, seguidos casi por la totalidad de los autores, de actos de juez y actos de parte o de terceros.<sup>896</sup>

Si se quiere conservar un nivel de sistematización, susceptible de entrar en el campo de la ciencia, no queda sino separar las expresiones jurídicas en los dos grupos de comunicaciones por antonomasia e informaciones. Pero entonces, los rubros de requerimientos, citaciones, emplazamientos o conminaciones, dejan de ser especies de comunicación, para entrar en el ámbito de las clases de proposiciones procesales.

## 141 Notificaciones y exhortos.

Hay nuevos datos que permiten mantener la separación convencional propuesta entre comunicación e información. Si la primera continúa significando el contacto directo del diálogo, resulta comprensible que se pueda establecer pluripersonalmente. Muchos son los casos procesales en que esta situación se presenta, desde luego, en las audiencias no están solamente dos individuos, ya que, por lo menos, deben encontrarse presentes el juez, su secretario y el accionante. Pero, además, son conocidos los casos de reuniones de varios peticionantes o interesados. Desde esas ocasiones en que intervienen las partes y sus abogados, los peritos y testigos, hasta aquellas en que se juntan acreedores o herederos para tomar acuerdos multilaterales, la gama de audiencias con más de dos sujetos es bien extensa.

Frente a este fenómeno, la información tiene la característica de limitar la vinculación a dos sujetos: el hablante y el lector. No hay duda de que pueden participar otras personas, por ejemplo, los casos en que uno lee y los otros escuchan; pero aquí, la información del lector es transmitida en comunicación directa a los oyentes. Tal es el supuesto que contemplan las disposiciones que mencionan al relator de las audiencias, personaje que tiende a desaparecer a medida que la oralidad se deforma.

Es precisamente por razón del procedimiento escrito que se hacen necesarias las informaciones. Documentos, instrumentos y monumentos son los medios empleados en la información, y naturalmente, no es posible predecir con absoluta certeza, si el escrito llegará a su destinatario. Aquí se finca la importancia de la regulación procesal, porque haciéndose uso frecuente de lo escrito, aún en el procedimiento oral, es menester disponer adecuadamente las conexiones.

Para que una información se logre, es indispensable que el lector reciba el escrito. Ahora bien, lo mismo si se permite que una parte haga entrega a la otra directamente de los documentos, que si se exige la intermediación judicial, el problema de la certeza de las conexiones subsiste. La ley procesal necesita asegurar que realmente ha existido la posibilidad de que el escrito sea leído por el destinatario.

Es obvio que no siempre será verdad que el destinatario lea el escrito, primero porque puede tratarse de un analfabeto, después porque es factible que no entienda el idioma del escrito, y por último, aún pudiendo leerlo y entender las palabras, no será extraño que no comprenda el contexto. Los escritos jurídicos, particularmente, tienen una terminología técnica, y no sólo porque doctrinaria, legal y jurisprudencialmente reciben significaciones distintas, sino porque las mismas palabras, incluidas en distintos contextos alcanzan sentidos diferentes, es conveniente prever

la eficacia de la conexión al igual que la eficiencia de la información. Desde antiguo se predica que la ignorancia del derecho no beneficia al destinatario de la norma, sin embargo, este brocardo no es un verdadero principio jurídico, y menos procesal, de modo que existen circunstancias en que se exige claridad en los términos, precisión en el lenguaje, como tratándose de la demanda, de las posiciones o de la misma sentencia. Ya en las leyes, por ejemplo en la distrital mexicana, se dispone que la **acción** procede en juicio aunque no se le denomine técnicamente si con claridad se expone lo pretendido.

a) La notificación tiene primaria o prístinamente, el sentido de comunicar una noticia. Puntualizada la diferencia entre la información y la comunicación, no tendría sentido suponer que en la notificación hay un momento informativo. Pero en la experiencia el notificar ha caído en situaciones distintas, motivadas probablemente por una economía de esfuerzo que ha venido a desnaturalizar la idea original.

Ante todo, debe quedar bien claro que la notificación sólo se explica cuando la conducta o los hechos no ocurren en presencia del destinatario de la norma. Sería de todo punto absurdo e inconducente, que en una audiencia se procediera a notificar lo comunicado oralmente por los demás sujetos. Quien recibiera la notificación estaría en la posición de una persona que no desea cruzar palabras con otra pero que escucha todo lo que ésta dice, porque está en el mismo círculo de conversación. Esta actitud sería simplemente ridícula y antieconómica para la marcha procesal, y definitivamente no es éste el significado de la proyectividad de las instancias procesales, la cual se limita a propiciar la reacción de las partes que hablan ante y con el juez.

En consecuencia, la notificación responde a la necesidad de establecer la conexión de las conductas. Particularmente, respecto de la primera instancia, es menester que requiriéndose la colaboración de dos partes, la encargada de reaccionar tenga conocimiento de la acción.

Hay en la legislación y en la práctica, poco cuidado para distinguir los contenidos o conceptos expresados en la comunicación, de los medios de conexión procedimental. Así, no es difícil encontrar casos en los que se alega la nulidad de un emplazamiento cuando se trata de la irregularidad de la notificación, y viceversa. Por lo mismo, debe convenirse en que la notificación no es la entrega del original o de la copia de un documento proveniente de persona distinta al notificador, sino la noticia que éste proporciona al notificado, con independencia de los anexos que entregue.

Por ello, cuando Redenti habla de un servicio, la idea es impecable, porque la segunda comunicación, que es el acto de notificar, viene a ser una prestación autónoma pero auxiliar y por ello dependiente de la exis-

tencia de la primera comunicación o de una primera información. Pero debe ponerse atención en que tocante a la información, lo que acontece es que se forma un documento, un instrumento o un monumento, en el que consta la expresión de un pensamiento. La información se la proporciona el propio destinatario y no el autor del objeto, para que esto sea posible, es menester que haya entrega de lo escrito, grabado o dibujado.

Lo anotado lleva a la conclusión de que tampoco es notificar el servicio de entrega. Aquí se ubica el correo judicial, y un cúmulo apreciable de los actos encomendados a los actuarios es, cabalmente, de simple correo. Ya casi no se contempla esa actividad de noticiero que inicialmente se pensara para este oficial judicial, quien se limita a preguntar por el destinatario, a entregarle copias de acuerdos y promociones y a levantar un acta de constancia. El acreditar una entrega está tan lejos de la notificación, como lo está el recabar copias en la secretaría del juzgado. La comunicación que corresponde al actuario tiene que ser oral y limitarse a dar una noticia.

b) Notificar, de **notum facere**, es algo diverso a publicar; pero las leyes mencionan ambos extremos como si fueran modos diversos de la misma conducta. Se ha dicho que la clasificación de la expresividad, sólo tiene sentido cuando se mantiene la identidad del principio de división. Si se contrastan los contenidos de las expresiones, se podrá hablar de proposiciones categóricas, de interrogaciones o requerimientos, de participación de conocimiento, de declaraciones de voluntad y de declaraciones generales frente a las particulares o individuales; pero estas clases no se pueden sumar a los medios empleados para comunicar.

En esta parte del estudio, lo que se atiende son los medios, y aquí la expresividad no puede utilizar sino la comunicación o la información. Cuando al regular las notificaciones, las leyes implican situaciones como la publicación en estrados, la publicación en el Boletín Judicial, las inserciones en el Periódico Oficial o en los diarios de mayor circulación en la localidad, se está haciendo una indebida ampliación del concepto, con resultado censurable.

En efecto, al quedar reducida la notificación a una comunicación especial, consistente en transmitir una noticia, cualquier escrito que se utilice para dar a conocer la conducta expresada, tendrá el carácter de medio informativo. La notificación exige oralidad, y por su misma hipótesis, se limita a la noticia. Esta no es la reproducción de la conducta expresada, no es la copia ni el acta levantada en la comparecencia. Debe repetirse que si el funcionario lee al destinatario un documento, si se trata de una demanda, una denuncia o una querrela, lo que está haciendo es comunicarle una información.

## 412 Notificaciones y exhortos

Por lo general, es menester que el destinatario conozca el contenido de las informaciones, de los escritos, y por ello se acude al trámite de la entrega de una copia. Naturalmente, esto puede ser preferible a la simple notificación; pero entonces conviene hablar del correo judicial, cuya actividad puede acreditarse con el acta respectiva.

Las publicaciones pueden dividirse también en transcripciones y noticias. En el Boletín Judicial, según lo dispone el código procesal distrital en lo civil, sólo se hará mención de los nombres y apellidos de los accionantes. Esto implica una simple noticia, y el lector toma conocimiento de que hubo una actuación que necesita investigar. Sin embargo, no podría decirse que se trata de una relación de hablante a oyente, y no existiendo la conexión personal, directa e inmediata, esta publicación tendrá que ser dotada de efectos de notificación. Pero precisamente porque la norma acude a una solución de asimilación de efectos, es que se confirma la diversidad de medios.

Para conocer la noticia, el destinatario tendrá que informarse por sí mismo, y esta circunstancia explica el hecho de que la ley aluda al surtimiento de efectos. Es verdad que existen disposiciones en las que se estipula que los efectos se surten con la misma publicación, como puede confirmarse con diversas leyes insertadas en el Diario Oficial; y también sucede que, como en el control de amparo, hay casos en que la simple entrega de oficios señala el dicho surtimiento; pero lógicamente no es con la entrega que surge el conocimiento, y esta es la diferencia entre la publicación y la notificación por antonomasia, en la última el conocimiento se tiene simultáneamente, en la publicación, aún de meras noticias, el conocimiento vendrá después de la lectura.

c) Convendría establecer una distinción terminológica para destinar el vocablo aviso a las inserciones que surten efectos de notificación, lo que llevaría a separar los anuncios que sólo tienen sentido de informaciones generales, como cuando se llaman postores.

Avisar es despertar o llamar la atención por medio de la escritura, hay resoluciones que deben informarse a autoridades indeterminadas o al público en general, y que pueden colocarse en una pared, en una puerta, en los estrados del juzgado y en las oficinas públicas. Desde los avisos para el pago de contribuciones que se colocan en las Tesorerías, a los avisos que se fijan en los inmuebles sujetos a garantía hipotecaria, los avisos convocando herederos o acreedores, los que se escriben en las constancias mismas del expediente al cambiar el personal del juzgado, en fin, los que se distribuyen entre ciertas oficinas para dar una noticia especial; todos son medios escritos de información que por ley alcanzan un efecto similar a la notificación.

En tal virtud, las publicaciones con efecto de notificación que se insertan en el Boletín Judicial, tienen manifiestamente el carácter de avisos y, si bien la ley ha destinado esta palabra para otras informaciones, no hay dificultad en considerar a las últimas, meras transcripciones de acuerdos, de convocatorias a asambleas, de remates y subastas, como anuncios, porque este tipo de información va más allá de la noticia, hace algo más que indicar o mostrar y emplea un lenguaje descriptivo.

Queda por analizar, la razón en virtud de la cual, la ley no sólo llama notificaciones a los avisos en el Boletín Judicial o a los colocados en los estrados de los juzgados, sino que les da idénticos efectos. En primer lugar, el legislador ha distinguido entre las primeras actuaciones que, por hipótesis son absolutamente desconocidas por la contraparte. Su importancia proviene de su función constitutiva del proceso. En cambio, las subsecuentes actuaciones han de ser vigiladas, y a la diligencia de las partes corresponde el deber de informarse. Mientras en el órgano judicial federal, en la materia penal o laboral y en el ámbito de los tribunales especiales, como el Fiscal de la Federación y el Federal de Arbitraje, no existe Boletín Judicial, sí lo hay en materia civil distrital. Por tanto, la información por aviso tendrá que hacerse usando el Boletín Judicial en un caso, y las publicaciones de listas en los restantes.

Los resultados van distinguiéndose en cada caso por la índole del medio empleado. En la notificación por antonomasia, caben irregularidades si el actuario no se cerciora de la identidad de la persona notificada, del lugar donde la hace y aún si la realiza en tiempo inhábil. En los avisos en el Boletín Judicial, los errores sólo tendrán trascendencia si las partes no logran identificar el juicio. En las listas es necesario que el secretario de fe de su colocación en lugar determinado: los tableros de la Suprema Corte o las puertas de los juzgados o en las mesas del archivo, etc. El Boletín puede ser adquirido por suscripción pero las listas deben revisarse en la sede de los tribunales.

De cualquiera de estas maneras implantadas por la ley, o por los usos forenses, el surtimiento significa el comienzo del plazo para actuar, y en esto se mira otra diferencia, porque tratándose de términos, se suele exigir la notificación que redundantemente se llama personal.

d) Vista la decadencia de la típica notificación, las fórmulas legales sucedáneas han propiciado el desarrollo de otros medios informativos. La finalidad inicialmente perseguida, no se alcanza en las grandes ciudades, porque el personal notificador de los juzgados está recargado de trabajo y, movido por un explicable interés individual, deja para lo último el simple acto de comunicación.

Cuando éste no puede omitirse, la tarea se realiza deformadamente y el actuario se limita a la entrega de documentos. El supuestamente noti-

ficado debe informarse leyendo copias y transcripciones de acuerdos. Es así que disminuyendo el valor de la actividad notificadora, se impone una sustitución que, conservando lo principal del servicio, ofrezca semejantes garantías.

Al hablar de las circunstancias,<sup>897</sup> se hizo hincapié en la influencia que tiene la estructuración orgánica de los tribunales. En esta parte se debe particularizar respecto al correo judicial. La idea responde a la índole informativa del servicio, porque mientras el clásico actuario tenía el encargo de dar la noticia, el servidor del correo se ha de limitar a la entrega de escritos. En realidad, tampoco puede sobrestimarse la notificación, porque limitada a su ámbito prístino, resulta poco práctica y menos efectiva que un servicio de correo. A los interesados les es más útil la transcripción de acuerdos y la recepción de documentos, que el simple saber que hay un juicio pendiente.

Tal vez por ello, la doctrina no se muestre muy escrupulosa en la terminología y con Aguilera de Paz y Rives,<sup>898</sup> siga explicando que la notificación tiene por objeto una declaración procesal que incluye desde una citación a una sentencia en su integridad. Como lo que interesa es el conocimiento de los contenidos conceptuales expresados por el hablante, en verdad resulta preferible la información a través de documentos. Esto, por lo demás, da tiempo para meditar, para releer y revisar los detalles. Una noticia comunicada es apenas un indicio, y fuerza a acudir al tribunal para leer el expediente. La comunicación es aceptable cuando no se limita a la noticia sino que ofrece todo el contenido del pensamiento expresado, de este modo, el procedimiento oral o a base de audiencias, es más ágil y efectivo; pero su diferencia con la oralidad de la notificación es tanta, que ya no puede seguirse pugnando porque la última prevalezca en los tiempos actuales.

Pero el correo judicial no ha de reducirse a la tarea del correo público. Las leyes, especialmente las administrativas, prevén la entrega de proveimientos, requerimientos y **notificaciones** por el servicio común de correo certificado. La imposibilidad de conocer el contenido de la pieza por las anotaciones del talón de entrega, resta crédito a la actuación. En cambio, el correo judicial, que prácticamente se viene cumpliendo en las **notificaciones** a base de entrega de documentos y levantamiento de actas para constancia del hecho, puede ser organizado con una estructuración más adecuada y una función más precisa.

El correo judicial ha de constituir una oficina común para los juzgados y tribunales, ahí donde la pluralidad de órganos amerite su descentralización. Ha de estar bajo la responsabilidad de una jefatura que se

897 *Supra* N° 111.

898 *Op. cit.*, T. II, p. 503.

encargue de distribuir el trabajo y vigile su cumplimiento. La función específica del agente ha de consistir en la entrega de las piezas y la dación de fe de hechos y circunstancias.

e) El servicio de intermediación se encuentra ya previsto en los códigos procesales, en dos maneras. La primera cuando precisamente se acude al correo y al telégrafo públicos. La segunda cuando se utiliza la cooperación judicial.

En ciertas leyes se anticipa ya la utilización del teléfono y podrían agregarse la radio y la televisión. Naturalmente, mientras el correo y el telégrafo se valen de un agente que puede responder por la entrega personal, ni el teléfono ni la radiocomunicación aseguran la identidad de los interlocutores. Por su parte, la televisión ofrece el obstáculo de su elevado costo, y quedaría limitada al empleo de circuitos cerrados para la comunicación entre las oficinas de los tribunales.

En cambio, desde antiguo se conoce el sistema de la cooperación judicial, tanto nacional como internacional. La intermediación se logra por medio de la escritura y las piezas reciben el nombre de exhorto. Hay una pequeña diferencia en los nombres, según la calidad de las personas, y así, para autoridades del mismo rango y diferentes órdenes gubernativos se emplea el oficio. Para las autoridades superiores de diferentes órganos se utiliza el rogatorio. Y para los superiores del mismo órgano se menciona el suplicatorio.

Pero todos los documentos son en verdad exhortos, es decir, solicitudes de cooperación. Sin embargo, el exhorto tiene un sentido más amplio que la **notificación** común, porque abarca también las actuaciones que el exhortante está impedido para realizar, desde celebración de audiencias para recibir declaraciones de testigos o absolución de posiciones, hasta diligencias ejecutivas como embargos y depósitos, o informaciones a las oficinas administrativas como las órdenes de inscripción y cancelación en los registros públicos.

Pero limitando la atención al exhorto para **notificar**, la doctrina<sup>899</sup> afirma que junto con los despachos forman un capítulo especial. Su apoyo constitucional, en México, se encuentra en el artículo 121 que se refiere a la entera fe y crédito que debe darse a las actuaciones judiciales de otro Estado de la República.

Para los edictos y convocatorias que deban publicarse en el extranjero y no ameriten práctica de diligencia judicial, se enviarán por conducto de la Secretaría de Relaciones y por ésta a la legación o consulado mexicanos que corresponda, previniéndose a los interesados que ministren oportunamente los gastos necesarios.

899 Demetrio Sodi, *La nueva ley procesal*, México 1946, T. I, pp. 105 y ss.

Se presenta en estos casos el problema de la legalización de firmas. En los exhortos nacionales, las leyes locales siguen distintos criterios que habrán de ser estudiados en la parte relativa a los juicios civiles, penales y laborales. Pero tratándose de exhortos para el extranjero y los provenientes de otros países, la legalización es indispensable, en tanto se parta de la idea del desconocimiento del carácter de autoridad del exhortante y de su jerarquía dentro de la organización respectiva.

Por su naturaleza de medio de información, el exhorto puede calificarse de una forma de correspondencia. En realidad, no es exclusivo del oficio judicial, y puede presentarse en lo administrativo y policial; pero siempre tendrán que aplicarse las reglas procesales para su tramitación y eficacia.

## CAPITULO VIII

142 Contenidos jurídicos de las comunicaciones. 143 Conductas meramente  
significativas. 144 Conductas simbólicas.

## 142 Contenidos jurídicos de las comunicaciones.

La conducta significativa de sentimientos, deseos y pensamientos, que al ser expresada socialmente origina la comunicación;<sup>900</sup> ha sido vista como un medio de conexión y en ello se ha hecho incidir el fenómeno jurídico de la eficacia. Ahora ha llegado el momento de considerar los contenidos expresados, el conjunto de datos intelectivos que buscan la eficiencia.

Al estudiar los actos,<sup>901</sup> se advirtió que éstos no son algo jurídico de por sí, que se trata apenas de conductas en las que hay datos expresivos por su vocación hacia las relaciones jurídicas, son realizaciones de las notas incluidas en una norma, lo mismo cuando se les toma como antecedentes a invariar con las consecuencias imperativamente previstas, que cuando se les observa como los resultados de un supuesto jurídicamente atendido.

Si bien las proposiciones jurídicas, constituidas en el modo imperativo, contienen signos que tienen como referendo cosas, hechos, personas y conductas; en esta ocasión sólo se consideran las hipótesis en que intervienen significaciones de conductas y conductas significativas. Ya se ha hablado de los otros renglones al estudiar las circunstancias, el tiempo, el espacio y las condiciones. Ahora interesa revisar esos contenidos, que desde el punto de vista de los actos, la doctrina ha venido clasificando en un capítulo inadecuado.

Ya se ha indicado muchas veces que Goldschmidt y Carnelutti han ofrecido sendas clasificaciones de los actos, y que ellas han sido la pauta para el resto de la doctrina. Goldschmidt ha hablado de dos primeros sectores: actos de parte y actos judiciales. Los primeros ha sido divididos en a) actos de obtención que evidencian un hecho: peticiones, afirmaciones y aportaciones de prueba. b) Actos de causación que constituyen situaciones procesales: fijación de admisibilidad y fundabilidad de los actos de obtención: convenios procesales, declaraciones unilaterales de voluntad, participaciones de voluntad, participaciones de conocimiento y actos reales. En cuanto a los actos judiciales, son resoluciones que tienden: a) al examen del error ontológico: falta o deficiencia de observación atribuible

900 *Supra* N° 140.

901 *Supra* Núms. 113 a 115.

a los sentidos, equívoca inteligencia o falso medio de prueba. b) Examen del error nomológico: errónea interpretación de las normas jurídicas o de experiencia. c) Actos de causación: participaciones de conocimiento como las notificaciones, y actos reales como la entrega de la cédula de notificación, de citaciones o emplazamientos. d) Actos sustitutivos de la obtención de las partes, como la producción de la prueba y las informaciones oficiales. e) Actos de celebración de la vista y recibimiento a prueba.

Por su parte, Carnelutti ha ofrecido el siguiente cuadro: I. Por la función técnica o modo en que cada acto procura alcanzar la finalidad del proceso:

A) Actos de gobierno a) Actos de disposición: i) Constitutivos como la recusación. ii) Normativos como los convenios sobre prueba. iii) Extintivos como el desistimiento. b) Ordenes: i) Constitutivos como la designación de peritos. ii) Normativos como la fijación de los plazos. iii) Extintivos como la sentencia. c) Instancias.

B) Actos de adquisición: a) Afirmaciones: i) positivas. ii) Negativas. b) Exhibiciones: i) De personas. ii) De cosas. c) Aprehensiones: i) Personales como el arresto. ii) Reales como el secuestro.

C) Actos de elaboración: a) Inspecciones: i) Audición de las partes. ii) Examen de prueba. b) Administración: i) De personas. ii) De cosas. c) Notificaciones: i) Preventiva. ii) Sucesiva. iii) Verbales o escritas. d) Documentación: i) Descriptiva. ii) Conservación.

D) Actos de Composición: a) Intimaciones como la sentencia. b) Transformaciones como la ejecución forzada.

## II. Por su función jurídica:

A) Según el efecto: a) Hechos: i) Constitutivos como el compromiso. ii) Extintivos como la transacción. b) Circunstancias: i) Impeditivas como los defectos de forma. ii) Modificativas como las condiciones.

B) Según el objeto: a) Actos facultativos. b) Negocios jurídicos. c) Providencias. d) Cumplimiento procesal. e) Actos necesarios. f) Actos debidos. g) Actos ilícitos.

C) Según la estructura: a) Cualitativos: i) Operaciones. ii) Inspecciones. iii) Declaraciones. b) Cuantitativos: i) Simples. ii) Complejos que pueden ser: continuados, colegiados, convencionales, etc.

Más complicada, difícil y discutible, la clasificación de Carnelutti coincide con la de Goldschmidt en el defecto principal: clasificar los actos y ambas tesis tienen un error más: calificar los actos por el sujeto de quien proceden. Ante todo, se podría decir que ninguno conserva la cuantificación de los signos, que esto produce diferencias en sus niveles de lenguaje, y que tal actitud impide una verdadera crítica, porque los conceptos pertenecen a distinto orden de objeto analizado.

Como ejemplo, se tiene en Goldschmidt que entre los actos judiciales, al lado de las participaciones de conocimiento se ponen los que llama

actos reales de entrega de cédulas. No hay duda de que tanto la ley como la realidad muestran estos tipos de conducta; pero la primera clase está caracterizada por su contenido intelectual, mientras la segunda lo está por su materialidad, y en este plano no es posible agrupar, reunir en un género, especies de diversas categorías. Se podría distinguir entre conductas de simbolización y conductas de transformación material, en aquéllas se encontrarían las participaciones de conocimiento, y en éstas las de dación de documentos y cosas; pero no se pueden tomar ambas como especies de un mismo género. Si esto ha sucedido en Goldschmidt, lo mismo que en Carnelutti, es debido a que se han contemplado los actos en lugar de mirar las relaciones jurídicas.

Carnelutti, además de ofrecer repeticiones, como se mira con las inspecciones, que figuran primero entre los actos de elaboración y después entre los de estructura cualitativa; o las sentencias, que vienen caracterizadas como órdenes extintivas entre los actos de gobierno y como intimaciones entre los actos de composición; además de ello, emplea un principio de división caprichoso en cada caso, y así, para los actos de gobierno acude a las proposiciones; pero para los de adquisición, al lado de proposiciones menciona conductas de transformación, material como las exhibiciones, y las aprehensiones. El autor ha explicado que la función técnica es el modo en que cada acto procura alcanzar la finalidad del proceso, y que la función jurídica tiene en cuenta la eficacia del orden; pero este criterio es evidentemente metafísico y recuerda el causalismo antropomórfico, ajeno a la ciencia moderna.

a) No se trata en realidad de negar que sea adecuado distinguir entre actos que tienen el calificativo de jurisdiccionales y los que se han venido denominando instancias; ni siquiera se puede decir que jurídicamente no haya separación entre aprehensiones y sentencias, o entre demandas y ofrecimientos de prueba, entre administraciones y remates. Todo ello es conocido en derecho y corresponde a la legislación regularlo puntualmente, así como a la doctrina sistematizarlo.

Pero resulta que colocada la atención en el plano científico, lo primero que procede hacer es determinar si lo clasificable es el acto en sí, o bien su significación. Para la teoría jurídica, la conducta no es más que el medio de ver cumplidas o satisfechas las normas que integran un orden vigente. Si gramatical o lógicamente una conducta recibe el nombre de pregunta y otra el nombre de entrega, esto no puede ser determinante para la sistematización jurídica, porque aquí lo que importa es la verificación, es decir, el que tal conducta responda o no a cierta normatividad, que llene sus condiciones y su sentido en el contexto de la regulación.

Por ello es que no debe tomarse el acto como algo que por sí mismo da la esencia de la juridicidad. Sin el acto no tiene interés seguir constituyendo normas, porque éstas tampoco se hacen para formar juegos de re-

glas inservibles. La norma ha de tener realización, lo que equivale a buscar su efectivo cumplimiento. Sólo la conducta de los hombres es capaz de realizar el derecho, y sólo teniéndola en cuenta se puede verificar la adecuación entre regla y acto. Pero de ahí no se sigue que el mero actuar sea lo jurídico, sino que esto viene a descubrirse en la reflexión, en el análisis lógico jurídico de las significaciones. El pagar como el aprehender, son conductas jurídicamente determinadas, de manera que sólo se podrá decir que un hacer es pago o es aprehensión, cuando se llenan las notas significadas en las normas que los conceptúan.

El amplio catálogo del quehacer humano entra en el derecho a través de los conceptos empleados en la norma. La decisión no es algo que tenga en la materialidad del lenguaje una tonalidad especial, suficiente para reconocerla, como acontece con el canto frente al recitado. Se pueden pronunciar en un tono imperativo palabras que significan una pregunta o un ruego. No es el diapason, ni la modulación de la voz lo que vienen a dar la tipicidad conceptual del acto; es el significado, es la correspondencia entre lo dicho o hecho, con lo mandado o regulado, lo que imprime la peculiaridad jurídica.

Por tanto, al intentar la clasificación de los conceptos jurídicos de las comunicaciones, se puede establecer inicialmente que el operar es un tipo distinto al exponer. En los dos casos hay conducta, y en los dos se está considerando la correlación de signo a significado. Porque hay una norma que ordena dar, la dación callada, carente de palabras que indiquen el sentido de la conducta, tiene un valor jurídico: lo significado y por ende, lo cumplido. Verdad es que, como sostiene Carnelutti, hay diferencia entre la administración de cosas y la de personas; pero si quiere destacarse la diferencia, habrá que acudir, no al hacer físico o material, que en definitiva puede resultar semejante, sino al significado normativo. Porque ese quehacer en la administración tiene el sentido jurídico de cumplimiento de una norma que prevé la administración de las cosas, es que se puede hablar de administración patrimonial.

b) En el intento de distinguir los contenidos de las conductas expresadas, se puede comenzar por separar el hacer sin símbolos pero con significado, y el hacer simbolizado.

Un hacer sin símbolos es la material transformación. Sin embargo hay que tomar en cuenta el significar de la norma, porque lo que se transforma puede ser la conducta y no las cosas, por ejemplo en un mandato de no hacer. Aquí la transformación estriba en el actuar del sujeto que venía haciendo algo y debe dejar de hacerlo para que la materialidad quede como está. Este es el caso de una sentencia de condena a no impedir el derecho derivado de una servidumbre de paso. Pero a veces, este mismo no hacer implica un hacer, como sería el remover los obstáculos para que el derecho pueda ser gozado por el beneficiario.

El hacer gramatical puede corresponder a un hacer jurídico, a un no hacer y a un dar. La prestación de dar, dice el artículo 2011 del código civil, puede consistir en la traslación de dominio de cosa cierta, en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta; y en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida. Las obligaciones positivas que no son de dar, son las que tienen por objeto prestaciones de hecho, según lo que Manuel Borja Soriano<sup>902</sup> desprende de los artículos 2027 y 2028 del código civil. Y agrega, las obligaciones negativas indistintamente toman el nombre de obligaciones de no hacer, según el artículo 2028 del código citado. Hay, concluye, tres objetos posibles para las obligaciones: dar, hacer y no hacer; tesis que apoya en la enseñanza de Planiol.<sup>903</sup>

Cualquiera sea el concepto que merezca esta doctrina, lo importante es que la conducta no simbólica puede clasificarse en dar, hacer y no hacer. Lo que sea materia de la dación, de la prestación o de la abstención, viene a resultar meramente gramatical; aquí lo que interesa es la fórmula jurídica exclusivamente. Es verdad que en cierto momento, la correspondencia entre los términos gramaticales y los jurídicos, puede no existir o ser forzada, como cuando se entiende por dar el trasladar el dominio o enajenar temporalmente el uso o goce de la cosa, porque más que conducta de hacer gramatical, resulta conducta de simbolizar. Así, el enajenar temporal será un dar aunque sólo conste en el papel y esto sea base para pedir la cosa material del goce. Pero no debe perderse de vista que el derecho emplea los vocablos con un sentido técnico, y en el anacrónico y ciertamente ilógico vocabulario civil, se sigue hablando de la conducta material con referencia al sentido conceptual, y de los conceptos con referencia a la conducta material, como cuando Borja Soriano<sup>904</sup> enseña que hay hechos o acontecimientos naturales o accidentales, que engendran obligaciones, citando al parentesco, el hecho de la minoridad o de la demencia, la medianería y los hechos generadores de responsabilidad objetiva.

Por su carencia de símbolos, pero no de significación, esa clase de conducta puede ser denominada material. Y frente a ella se encuentra la conducta simbólica, la que se expresa con conceptos hablados o escritos. Aquí lo importante es la inteligencia que deba darse a las notas constitutivas de las proposiciones empleadas. Las palabras, además, no se tomarán en su literalidad o significación aislada, sino en su sentido que viene dado por el contexto de la frase u oración.

### 143 Conductas meramente significativas.

Una construcción jurídica como el proceso, no puede calificarse de serie de actuaciones materiales, porque lo determinante en la realización es su contenido intelectual, el que se expresa por palabras.

902 *Teoría general de las obligaciones*, México 1953, T. I, p. 84.

903 *Op. cit.*, T. II, p. 159.

904 *Op. cit.*, T. II, p. 445.

Se diría que el proceso está en la comunicación simbólica, que los escritos y los alegatos, las peticiones y las exposiciones, son todos objetos de reflexión.

Pero hay, alrededor del proceso mismo, un conjunto de manifestaciones simplemente materiales, visibles o palpables. Tales son las entregas y recepciones, los traslados y conducciones de cosas y personas, las ubicaciones y las aprehensiones y varias actuaciones más.

Naturalmente, al entregar la demanda, en el escritorio de la oficialía de partes, en el correo o en el telégrafo cuando esto procee, no se necesita hablar, explicar algo al receptor. La demanda puede ir por conducto de un mensajero o de un pasante, y el actor o el abogado, se abstienen de exponer al receptor del documento razón alguna.

Sin embargo, estas conductas son siempre significativas, en cuanto tienen un término en la proposición jurídica, un vocablo que está ya enlazado en el contexto de una norma. La demanda, puede decir la ley, se presentará en las oficinas del juzgado, de manera que al llegar el actor al escritorio y al mostrador del oficial de partes, está cumpliendo con el precepto, y su conducta no es adíafora, no carece de significación legal. Otro sería el caso de si hace la entrega con una mano o con la otra, porque aquí, la ley es omisa, deja en entera libertad al sujeto para llevar a cabo la conducta dentro de los límites fijados.

Esta materialidad puede corresponder a la conducta del juez o a la de sus auxiliares, a la de las partes y sus patronos o a la de terceros. Integrar un grupo de la Junta de Conciliación y Arbitraje, es presentarse en la oficina respectiva; materialmente el representante del trabajo, el representante patronal o el auxiliar del presidente de la Junta, acuden al despacho y pueden saludarse o abstenerse de hacerlo, pero está cumplida la disposición que previene la integración. Y si alguno sale del recinto, la desintegración tiene trascendencia jurídica, y se puede sostener que la audiencia se interrumpa.

Ya desde el derecho romano, las figuras materiales tenían nombres técnicos, y se hablaba de la *manus injectio*, de igual manera que se exigían ciertos gestos o se imponía la reunión de las partes en determinado día ante el *judex* o ante el árbitro. Hoy se distinguen las circunstancias de las sesiones públicas en la Corte, las audiencias en los tribunales comunes y las comparencias ante los subalternos, simplemente por las conductas materiales de los sujetos.

Frente a este actuar que se diría pacífico, hay otro tipo de conducta que trae aparejada la fuerza física. Se trata de las realizaciones coactivas, en las que posiblemente no se llegue sino a la amenaza de fuerza, lo cual será suficiente para hablar de ejecuciones.

El empleo de la fuerza o de su amenaza, hace pensar en un campo jurídico diverso, el que viene calificado generalmente como la realización

forzada. Un arresto, una aprehensión, una detención o un secuestro, son propios de lo coactivo y verdaderamente no necesitan del agregado de lo forzado, porque no tiene sentido una coacción ideal.

a) Es sabido que el derecho, principalmente la rama civil, ha llevado a cabo un estudio clásico sobre la fuerza y se distingue entre la moral y la física.

La intimación en el código de 1884, es la violencia en el civil de 1932, dice Borja Soriano.<sup>905</sup> El anterior se colocaba en el punto de vista del paciente, de quien resultaba con el consentimiento viciado; el actual considera al agente; y, en realidad, no es la violencia misma sino el temor, su efecto ordinario el que altera la voluntad, el que vicia el consentimiento.

Esta no es la idea que corresponde al acto coactivo, porque la amenaza podrá influir en el ánimo pero no transformar ella misma la materialidad. Lo coactivo es fuerza física que modifica el estado de las cosas o de las personas. Ser llevado por la fuerza, como indican los preceptos procesales civiles y penales, es el acontecimiento de presión muscular sobre el sancionado.

Ahora bien, la fuerza se distingue jurídicamente, no por el grado de energía, no por su medición física, sino por su imposición sobre la resistencia. Si el ministerio público cita a un sujeto y éste no acude voluntaria y espontáneamente, le apercibe de ser llevado por la fuerza, lo que significa que la presión sobre su cuerpo no se va a medir en kilos, ni a comparar entre la del agente ejecutor y la de quien la sufre. La fuerza jurídica resultará del vencimiento de una resistencia. Es porque el obligado a cumplir no lo hace, que se acude y aparece la fuerza jurídica.

Bien puede acontecer que con sólo el citatorio, el sujeto llamado por la autoridad se presente venciendo su propio ánimo de no hacerlo. En otras palabras, entre el citado y el denunciante o el querellante, hay la diferencia de la presentación voluntaria sin deseo y comparecencia sin intimidación. Con todo, el citado que responde al llamamiento no va por la fuerza sino necesariamente, su voluntad es todavía libre para el derecho. No así la de quien es llevado como detenido, apresado o arrestado.

Lo mismo puede decirse de las cosas, aunque aquí no se puede pensar en una voluntad del objeto. Por ende, no serán estas entidades las que sufran la fuerza jurídica, porque físicamente, el mero poseedor o el propietario que hacen uso de los bienes jurídicos, aplican su energía muscular. Pero la fuerza sobre las cosas que se significa con la coacción, es también el vencimiento de una resistencia de su tenedor, de su poseedor o propietario. En virtud de que éstos no entregan el objeto, el ejecutor se presenta a emplear su fuerza, o la fuerza pública que le auxilia, para vencer la resistencia del obligado.

En algunas disposiciones procesales que hacen pensar en la penalización, se habla del empleo de la fuerza jurídicamente. Así, el código procesal civil distrital, señala entre los medios de apremio del artículo 73 al arresto, y en el 385 se prevé la conducción forzada de quien deba absolver posiciones.

Se presenta, entonces, el problema de determinar si el proceso, que por hipótesis se forma con conductas simbólicas, con el hablar o el escribir, puede también integrarse con conductas materiales y hasta con forzamientos. La respuesta, en principio, es que tales actos no son procesales, sino accesorios o de un procedimiento paraprocesal.

b) El cuadro de la conducta material, significativa pero no simbólica, queda compuesto por dos rubros que comprenden: i) cumplimientos y ii) ejecuciones.

De las últimas se hablará en el capítulo destinado a la teoría de la ejecución, pero de los primeros, conviene dejar establecido que la conducta puede invariarse como antecedente o como consecuencia.

El material realizar tiene significación jurídica en tanto sea el punto de partida de una relación, o bien el destino de la norma. En lo penal, por ejemplo, la disposición legal no precede a la conducta, o para decirlo de otra manera, no se comete un crimen por estar ordenado, y apenas acontece que la realización está significada como el tipo al que se imputan consecuencias penales.

En este campo han existido serias dificultades teóricas por considerar que el delito es una transgresión. En realidad existe un sector de las prohibiciones y forma la parte del derecho llamada policial, su violación explica la consistencia del ramo disciplinario, que engloba las sanciones y las faltas. Pero el delito no puede calificarse jurídicamente como lo indebido, tiene por el contrario plena juricidad como antecedente de la pena, es, para describirlo brevemente, la conducta punible.

En lo procesal, diversos actos materiales producen consecuencias jurídicas, y así, una notificación se da por hecha cuando su destinatario acude a efectuar lo ordenado; por ejemplo, si al actor le han faltado copias, el requerimiento es satisfecho con solo exhibirlas. Tal vez se comprenda mejor este tipo recordando las exhibiciones de pruebas en la audiencia, tales como la entrega al juzgado de copias certificadas, correspondencia, dictámenes, etc.

Otro grupo de actos vienen a ser la verificación del precepto, Así, la entrega por la secretaria al ministerio público de los autos, o a las mismas partes para que estudien las constancias y aleguen, norma que parece caer en desgracia por los peligros que entraña este hecho. Lo importante es que, tanto los cumplimientos como las ejecuciones, pueden ser las conductas significadas en la norma como un hacer material.

Pero tanto cuando la conducta está tomada como el supuesto o el antecedente de la relación, que cuando se le consiga como resultado o consecuencia, su índole jurídica proviene de la significación. Debe repetirse que no es la sola conducta, la simple materialidad contemplable en la experiencia lo jurídico; verdaderamente no se puede decir que un abrir la correspondencia sea algo que sólo el derecho puede definir, sino que lo correcto es expresar que esa conducta es jurídica en cuanto hay una norma que, sea como antecedente o como consecuencia, considera al abrir, al físico operar sobre el papel, como algo sancionado si se le califica de delito, o como algo ordenado si se trata de la previsión por la que el juez o el síndico, deben enterarse del contenido de los documentos.

Lo que interesa de toda esta revisión, es el encontrar la tipicidad de la conducta, con el fin de advertir si hay algunas manifestaciones exclusivas de ciertos sujetos. O considerado de otra manera, lo que es importante, es dilucidar si porque se obra en determinada manera, se es juez o parte, testigo o perito, secretario o estenógrafa, ujier o ejecutor, tercero o coadyuvante, etc. Si pueden clasificarse los actos, el resultado será útil, pero ya se advierte que no es por la calidad del sujeto que se puedan clasificar las conductas, sino al revés.

c) Si se parte del artículo 17 constitucional mexicano, que prohíbe hacerse justicia por propia mano, se tendrá que sostener que el grupo de las ejecuciones compete a la autoridad. Y aunque hay numerosos ejemplos de autodefensa, y autotutelas, lo mismo en lo civil, en lo mercantil que en lo laboral, en principio tendrá que mantenerse el criterio de la calidad autoritaria de la ejecución y, consecuentemente, se deberá remitir a una clase distinta a la verdadera ejecución.

Respecto al grupo de los cumplimientos materiales, será necesario comenzar por separar varios renglones según otros tantos puntos de vista i) Un primer caso será la distinción entre conductas delictuosas, transgresoras de prohibiciones y legítimas.

Naturalmente se están analizando las conductas materiales y no las simbólicas. El robo es algo que pertenece al operar, pero el fraude supone, como el libramiento de cheques sin fondos, una actividad intelectual que viene a constituir conducta simbólica.

Además, se ha venido empleado el vocablo conducta, porque no puede limitarse la observación a los actos. También las abstenciones pueden implicar obra, como la transgresión a la orden de suspender una construcción que supone la abstención. Pero más directamente, la abstención se mira como conducta material en los delitos de esta clase, en las faltas administrativas consistentes en abstenerse de hacer algo ordenado, o las abstenciones procesales como el no responder a los interrogatorios judiciales. Y tratándose del oficio mismo, se encuentran abstenciones en el retardo de la administración de justicia.

Este punto de vista no permite clasificar la calidad subjetiva, porque los delitos, las transgresiones o las conductas legítimas, son manifestaciones que se dan por igual entre los juzgadores, sus auxiliares, las partes, los abogados y demás terceros. Ciertamente, hay delitos y transgresiones propios del juez, otros corresponden al secretario y el resto a los empleados. Se diría que tratándose de delitos que implican conductas materiales, se encuentra una base para distinguir a los sujetos. Sin embargo, resulta que para tipificar el delito, es menester partir de la calidad subjetiva, y de esta manera es como debe entenderse el capítulo único del título decimoprimer del Código penal para el Distrito y Territorios federales en materia del fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal.<sup>906</sup> Ello sin olvidar que tanto estos delitos, como los que se refieren a cualquier funcionario en los cinco capítulos del título décimo del mismo código, que son el ejercicio indebido o abandono de funciones públicas, el abuso de autoridad, la coalición de funcionarios, el cohecho, el peculado y la conclusión,<sup>907</sup> incluyen conductas simbólicas al lado de meramente significativas para el derecho penal.

Otro tanto cabría decir de las transgresiones y las conductas legítimas, que para tipificarlas, hace falta partir del supuesto de la calidad funcional. Pero de lo observado no se sigue que el camino adecuado sea volver a la posición doctrinaria que comienza por distinguir los sujetos. Lo que se desprende es que la simple materialidad no resulta suficiente para distinguir entre actos u omisiones de autoridad y actos u omisiones de parte o terceros y auxiliares en esta perspectiva.

d) La materialidad señalada como delito, transgresión o legitimidad no permite distribuir la actividad entre los sujetos, calificando a cada uno según el tipo que le corresponda. Es, pues, una clasificación útil para la verificación normativa y nada más. Procede, entonces, continuar con otras perspectivas.

i) El segundo punto de vista corresponde al destino de las conductas. Hay unas que recaen sobre las personas, otras sobre las cosas y algunas más sobre los símbolos.

Si la aprehensión en caso de delito *in fraganti* puede realizarla cualquier individuo, no sucede lo mismo con la detención ni con el arresto. Es verdad que se trata de significaciones coactivas y por ello han de remitirse al capítulo posterior que estudie la teoría de la ejecución; pero en cambio, la sustracción de personas como en las medidas de depósito de la mujer o los menores, son actos materiales que sólo corresponden a la autoridad, o dicho correctamente, porque se trata de operaciones con los individuos es que el sujeto facultado resulta autoridad. Si la sustrac-

906 D. O. de 14 de agosto de 1931, ver artículos 225 a 227.

907 Artículos del 212 al 224.

ción se hiciera de otra manera, tendría implicaciones de violencia y constituiría un delito.

También operaciones, pero con las cosas, pueden servir para clasificar a los sujetos. Este es el caso del archivo de los expedientes, de su foliación, tarea fascicular que se conoce en la práctica forense como el cosido de los autos. En lo penal, se pueden recordar esos trabajos de recolección que no tienen sentido coactivo, como la relativa a los residuos de bebidas y alimentos, de huellas y otros vestigios.

En cambio, sobre los símbolos se opera de dos maneras: oyendo y leyendo. La conducta material de la lectura lleva a una información, pero ésta es intelectual y no requiere de expresiones simbólicas; se lee el símbolo pero no se simboliza un pensamiento, un sentimiento o una voluntad. Igualmente, se escucha mediante una conducta simplemente material.

En esta parte se pueden separar conductas receptivas que califican de autoridad al oyente. Se debe tal circunstancia a que el sentido de la exposición oral vincula al hablante con el oyente y no con los espectadores. Lo que la norma exige es que el juez oiga los alegatos de las partes, aunque también el público los escuche, lo trascendental es la relación de parte a juez. Y la misma relación se establece cuando el juez pronuncia verbalmente su sentencia, o cuando aperece al actor para aclarar su demanda.

El principio de división en estas conductas receptivas es el sentido lógico de las proposiciones. Las partes no pueden exigir que el juez escuche sus mandatos sino sus peticiones. Y el juez no se dirige a las partes o a otros sujetos procesales con solicitudes, sino con órdenes, inclusive cuando éstas vienen gramaticalmente formuladas como preguntas. La interrogación suele hacerse en la audiencia por conducto del funcionario, precisamente para corresponder al sentido ordenador. Esta es la diferencia que puede ofrecerse entre un cuestionario formado por la parte que debe contestar un tercero, y el careo donde la comunicación es directa entre las partes o los testigos, porque las inquisiciones que se hacen exigiendo respuesta tienen que recibir el apoyo de la autoridad, mientras que las preguntas que puedan hacerse los careantes están exentas de ese carácter de orden o mandato de autoridad.

e) Todo lo que precede lleva a una enseñanza: ni siquiera la conducta material no simbólica, puede ser clasificada en derecho, si no se parte de un juicio relacional, de una norma jurídica.

Mostrar la contabilidad, el testamento, la cosa que se va a revindicar, permitir la entrada para el cateo, hacer la entrega de un bien, abrir una caja fuerte o la correspondencia, conducir a un sujeto a la audiencia, desalojar la sala, foliar o archivar; son conductas que en su materialidad no precisan la calidad del sujeto que las realiza.

Pero si se identifica la significación, esas conductas son subordinadoras, inordinadoras o subordinadas. Aunque ahora no se pone especial atención en lo ejecutivo, la supeditación que una conducta pueda tener respecto a otra, no entraña un vínculo causal ni siquiera cuando se trata de la coacción, porque no se afirma que el sujeto conducido es menos fuerte que el conductor, lo único que se destaca es que el titular de la conducta subordinada encuentra que sus actos u omisiones deben cumplirse por el mandato del ordenador. X es la circunstancia de que alguien pueda ordenar a otro, lo que le convierte en autoridad.

A esto debe añadirse la nota de exclusividad que respecto a los funcionarios determina la competencia y, en cuanto a los particulares señala las facultades y deberes. Sólo así es comprensible que el archivo de los documentos judiciales deba hacerse por un empleado público y no por un particular, por más que éste archive su propia documentación, y el acto de archivar sea lógicamente semejante en ambos casos.

Se confirma una vez más el equívoco cometido por la doctrina que, siguiendo a Carnelutti o a Goldschmidt, procede a clasificar los actos en sí, y habla de actos materiales que sin la referencia a una norma que les signifique, en nada se distinguen de los no jurídicos; o ejemplifica con ciertas conductas como la entrega de la cédula de notificación, que como tal entrega no permite saber si se está ante actos de parte o de la autoridad. Si, en vez de esa conducta se aludiera a la colocación de una bandera rojinegra, no se sabría a primera vista, si se trata o no de un acto jurídico, menos aún si es acto de autoridad o de los huelguistas.

Y, en cambio, si queda reafirmada la consideración anterior, en el sentido de que las conductas materiales jurídicamente significativas, no son actos procesales sino paraprocesales, porque su misma consistencia material explica la mecánica de la comunicación y excluye el dinamismo simbolizado en las palabras. Los agentes de estas conductas materiales no necesitan hablar y, por ello, no expresan un pensamiento, por más que cumplan los pensamientos conceptuados en la norma. La entrega de la demanda en la oficialía de partes, la conducción de los expedientes por el comisario, su traslado de la secretaría al despacho del juez, no son actos que tengan un símbolo procesal. Se trata de los mecanismos, del práctico hacer característico de lo procedimental. ●

Si no hay proceso sin procedimiento, en cambio no es factible sostener que en el procedimiento está el sentido procesal de los actos. Hay procedimientos administrativos que tienen plena semejanza con los antes mencionados y que, naturalmente, no simbolizan algo procesal.

En fin, la conjunción de principios divisorios, permitirá reconocer en cada manifestación un cumplimiento o una ejecución, un acto debido, o uno prohibido, un supuesto o una consecuencia, un acto subordinado o inordinado, y esto distinguirá a la autoridad del justiciable.

## 144 Conductas simbólicas.

Características diferentes se encuentran en el otro tipo de conductas, las simbólicas. Probablemente alguna norma indique que sin la materialidad significada, la expresión simbólica no baste para configurar un acto jurídico, como sucede en el derecho argentino respecto a la compraventa, que calificada de contrato real, necesita de la tradición para quedar constituida. Pero en todo caso, esa materialidad está significada como algo relativo a una conducta principal que se manifiesta mediante símbolos escritos u orales.

La diferencia que separa a las escuelas filosóficas del derecho, tiene su ubicación en esta fenomenalidad. Quienes miran lo jurídico en los conceptos, tienen tanta razón como quienes lo identifican con las conductas. Si al derecho se le estima como un quehacer humano, como un orden normativo, como un dato sociológico, es porque las normas tienen significación y sentido, las conductas son significativas por el sentido que se les reconoce, y la creación de los conceptos relativos es obra social surgida en momentos históricos imprecisables.

Toda la normatividad es un juego de relaciones funcionales de los conceptos variados, como toda la realización jurídica es una constelación de conductas socialmente expresadas con sentido normativo. En el sentido se encuentra el puente que une lo conceptual con lo material. El hacer físico recibe el calificativo de jurídico, cuando se le toma como lo significado por una norma, y esto apenas es posible, si la conducta puede ser entendida por un cierto sentido racional.

Esa entrega de la demanda que tanto se ha tomado como ejemplo, es una conducta material en la que el jurista percibe un sentido normativo. Pero la verificación del sentido tiene dos momentos, el que corresponde al verbo entregar y el que atañe al sustantivo demanda. Dejar el documento sobre el escritorio del oficial de partes o sobre la barandilla, es la conducta significada en el verbo entregar. Pero sólo al leer el contenido del documento, es que se aprecia el sentido de los símbolos.

La comunicación por medio de conductas simplemente significativas tiene sólo un sentido de cumplimiento. Entregar, archivar, foliar, guardar, sustraer, conservar, llevar o traer, abrir o cerrar, etc., pero ser actos jurídicos, deben estar consignados en la parte de la relación que concierne a las consecuencias. Así, para demandar, hay que entregar la demanda, para archivar o foliar, para guardar o sustraer, para abrir o cerrar, es necesario el dispositivo que lo ordene. Esto es lo que aparta al cumplimiento de las infracciones, las que resultan conductas supuestas para la aplicación de una sanción.

Como el dinamismo procesal es estrictamente ideal, las conductas que tienen este sentido han de ser simbólicas. La entrega de un papel en blanco no deja de ser entrega, pero jamás tendrá sentido de demanda,

porque el pensamiento procesal no ha sido expresado. Si en lo procedimental sobresale la conducta material, por la necesidad de establecer las conexiones, en lo procesal destaca el simbolismo.

Esta circunstancia hace más fácil la clasificación de los actos procesales, porque siendo imprescindible interpretar lógicamente las expresiones, el único camino accesible es la consideración de los símbolos, el leer o el escuchar las palabras, aún las expresadas por señas.

a) La terminología juega un papel determinante, porque el derecho, como toda ciencia, da a los vocablos un valor técnico que muchas veces no coincide con el lenguaje vulgar o simplemente común.

Esto proviene, inicialmente, de la ubicación de los términos en determinado contexto. En su origen, los vocablos toman la significación gramatical, aquí la semántica es el puente de la inteligencia general. Pero a medida que las situaciones van siendo tipificadas, el derecho opera con fórmulas a la manera de otras ciencias, es decir, como lo hace la física o la química.

Sujeto, objeto, relación, supuesto, efecto, consecuencia, promesa, convenio, acuerdo, contrato, mandato, derecho, obligación, deber, facultad, instancia, jurisdicción, proceso, etc., etc., todos son términos que han venido sufriendo una transformación de significado, a medida que por su inclusión en cierto contexto, adquieren nuevo sentido.

La captación del sentido jurídico permite identificar el objeto significado y esto crea un nivel de lenguaje especializado. Pero las palabras reciben su valor semántico por dos caminos: el primero es el uso generalizado, el segundo es la depuración teórica.

El sentido jurídico proveniente de los giros del lenguaje forense, no tiene la necesaria ponderación científica. Además de su ignorada procedencia, este sentido responde más a la economía de pensamiento que al análisis reflexivo. Muchos son los términos que se emplean por inercia, por adopción o copia. Aquí es donde las obras doctrinarias llamadas formularios, asientan su interés social. Su cometido es dar al novato una instrumentalidad a base de frases y oraciones que son la moneda corriente en el mercado jurídico social.

En cambio, al nivel teórico, el estudioso se ve precisado a reflexionar sobre el sentido de los vocablos, por la importancia que tiene su cuantificación para realizar las conexiones teoréticas. Los valores significados tienen la misma función de las fórmulas en las matemáticas o en las ciencias físicas. La correspondencia de términos es indispensable para la inteligencia de las proposiciones, y a su vez, la comprensión del lenguaje técnico permite realizar o cumplir como conducta el significado de las palabras.

Dentro ya del sistema de lenguaje simbólico, se presenta el problema de la verificación. Las palabras, con su sentido técnico, han de indicar los

acontecimientos mediante la interpretación lógica. Esta interpretación es consecuencia de la conversión de los vocablos en fórmulas. Proceso, por ejemplo, no es el fenómeno explicado en cualquier diccionario de la lengua. Su sentido proviene de la inclusión del vocablo en un sistema de conceptos congruentes y verificables.

Por tanto, para la verificación es menester la previa inteligencia del sentido técnico de las palabras. No se puede confirmar que un tipo de conducta jurídica se ha realizado, si no se entiende el sentido especial del símbolo. A su vez, la conducta material y la conducta simbólica, entrarán en el ámbito ideal de la normatividad por la correspondencia de sus sentidos técnicos, por la adecuación de sus señales inteligibles con las notas constitutivas de los conceptos.

De manera que al penetrar en la actividad procesal, lo que debe atenderse es el conjunto de conductas simbólicas, la constelación de vocablos y proposiciones que conceptúan lo normativo.

b) El contexto jurídico ha tenido que invariar los términos con el significado técnico propio del derecho. Cada vez que un estudioso se enfrenta a la palabra técnica, inquiera por su sentido conceptual. Como ahora se está frente a símbolos, el problema de la convencionalidad es grave. Bien pudiera acontecer que una palabra haya carecido de sentido inicialmente, que lo haya perdido o que haya tomado uno diverso. La historia es aleccionadora pero no decisiva, porque lo que ayer era acción hoy puede ser pretensión, y lo que ha venido entendiéndose por derecho subjetivo pudo no tener en momento alguno verdadera significación.

Es, pues, conveniente apreciar el contexto actual, porque aunque el legislador no haya intentado dar una connotación al término, y por más que lo haya definido arbitrariamente, como sucede con la misma palabra acción, que todavía es objeto de caracterización en ciertos códigos como el panameño, por el contexto se puede apreciar otro sentido.

Nada importa que una ley explique que acción es el derecho de perseguir en juicio lo que es debido, porque si a continuación emplea el vocablo para explicar que la caducidad es el resultado de la cesación del accionar, entonces el primer intento definitorio aparece inútil.

Aquí se ubica la tarea específica de la ciencia, en ese captar de los fenómenos jurídicos y su consiguiente sistematización, se puede lograr la depuración, inclusive contra el criterio legislativo. Nada hay en esto de reprochable, ni para el legislador ni para el teórico. El primero deseó que su descripción orientara al destinatario de la norma, el segundo encuentra el significado en el análisis de las situaciones en que se emplea el vocablo. La razón estará del lado del teórico, porque el legislador no hizo ciencia, ni pretendió expedir un diccionario legal. Tal vez para sus fines inmediatos, estimó conveniente atribuir un significado al término, pero

pronto olvidó su pretensión, o no pudo mantener la univocidad del símbolo, y probablemente la consistencia del código que elaborara, se impuso a su designio, llevándole a resultados no previstos.

En la teoría esto no puede acontecer, so pena de que la tesis adolezca de fallas que le hagan inoperante, inservible, criticable. El teórico ha de partir *a priori* de las concepciones, y esto no supone que está de espaldas a la experiencia, porque la ciencia del derecho, como se dijo antes, está cabalgando sobre dos pontones, uno apoyado en los símbolos y otro en las conductas realizadas. Si el teórico se empeña en hacer una sistematización analítica, lo que quiere decir, una conexión de vocablos sin verificación posible, su obra podrá ser muestra de un ingenio excepcional, pero no alcanzará la calidad de algo científico, porque faltará la verificabilidad.

Conviene insistir sobre el punto, porque existe un debate secular sobre la preponderancia de la teoría sobre la práctica y viceversa. Esto no tiene sentido lógico, porque no es factible hablar de una ciencia del derecho, que se vea contradicha por la experiencia. La norma tiene un sentido hacia la conducta, y ésta es realización del precepto, de manera que cuando se hace una teoría que no puede verificarse, lo conducente es afirmar que el estudioso ha empleado un lenguaje metafísico o poético, y que su presunta teoría no pasa de ser un discurso ingenioso pero imaginario. La ciencia supone la verificación, y el derecho como ciencia ha de ser corroborado en sus teorías por la práctica.

c) El contexto procesal, como cualquiera otra construcción jurídica, imprime sentido a los conceptos que le integran; y por ello la acción, la jurisdicción y la reacción, no pueden significar en el derecho algo más de lo que alcanza su dependencia funcional.

La acción tiene que ser entendida siempre y sin excepción alguna, como la instancia que se proyecta desde un sujeto hasta otro y a través de un tercero. La reacción se ha de comprender como la respuesta del último sujeto conectado en la relación dinámica. Y la jurisdicción como la prestación complementaria que admite y trasmite la acción y recoge la reacción o la suplementa en caso de contumacia.

Esta construcción, lleva en su mismo diseño la necesidad lógica de tres sujetos, no más ni menos de tres. El proceso vendrá a ser la estructura resultante de una serie de instancias proyectivas, en la que cada grado vea cumplido el diseño prístino del accionar. Por ende, la naturaleza de cada acto está significando al actor, la reacción al demandado y la jurisdicción al juzgador.

Un intento de clasificación de los actos, equivaldrá a descubrir en primer lugar, el sentido de las conductas, según la norma procesal aplicable. Nunca se dará el caso de una acción a cargo del juez, ni de un acto jurisdiccional proveniente del actor o del demandado.

Pero en la concepción volumétrica,<sup>908</sup> la pretensión es la constante invariable de la relación funcional. Por tanto, lo que verdaderamente hay que clasificar es el referendo del instar o del actuar jurisdiccional.

En el primer grado procesal, la demanda expresa simbólicamente el instar proyectivo y la pretensión de sentencia. Pero a medida que se avanza por la serie, se va pasando de un grado a otro, y de una fase a la siguiente. Esto supone que en el grado correspondiente a la fase probatoria, ya no es la pretensión el centro. Si esta fase se compone de un grado correspondiente al ofrecimiento, de otro a la preparación, uno más para el desahogo y otro para la asunción; la instancia proyectiva empleada en cada grado, tiene como referendo, como núcleo funcional, ya no la pretensión inicial, sino una petición. Se pide se tengan por ofrecidos los medios de eficiencia, se preparen los que han de considerarse en la audiencia, se desahogan y se asumen. Todo ello va en una instancia proyectiva, que implica el contradictorio, el instar reaccionante de la contraria y la recepción jurisdiccional.

Se infiere de lo dicho, que a las partes corresponde pretender inicialmente y después peticionar. El diseño central del proceso no alude a cuestiones incidentales o accidentales, porque lo propio y peculiar de la serie, lo que explica el avance o progreso, es el accionar mismo. Pero no puede desconocerse que en todo proceso es factible que se inserten problemas eventuales, de mayor o menor importancia. Desde la contingencia que consiste en el pedido de copias certificadas de lo actuado, hasta los procedimientos paraprocesales de índole precautorio o netamente ejecutivos.

Por lo demás, el proceso, como resultado de las invariaciones o reencensiones que ha sufrido la tradición románica y la germánica, se encuentra erizado de desplazamientos impugnativos, unas veces procesales y otras simplemente procedimentales.

d) El derecho procesal, ciencia que abarca el estudio del proceso y de los procedimientos paraprocesales, no puede limitarse a estudiar la serie de instancias proyectivas.

Desde la temática de la organización, al campo de la **jurisdicción** voluntaria, se pasa por un extenso número de procedimientos que, en ciertas condiciones, están fuera enteramente del proceso, pero otras son motivo de inserciones.

Tampoco hay dificultad para clasificar y reconocer la índole autoritaria o justiciable de las conductas, porque su simbolismo permite ubicarlas en el concepto relativo que corresponda. Así, una petición de embargo, una petición de orden de aprehensión, una presentación del contrato colectivo de trabajo, son todos actos que tienen con el proceso el mismo parentesco lejano que se ve en la ejecución o la **jurisdicción** voluntaria.

Pero siempre será el referendo, el contenido medular de las actuaciones, el patrón clasificatorio. La subordinación se ve en la petición, en la denuncia, en la querrela, en la queja, en el reaccertamiento, lo mismo que en la acción. Y la supraordinación se contempla por igual en el acuerdo, el proveimiento, la resolución incidental o interlocutoria. Por su parte, la inordinación se expresa en los convenios y acuerdos.

En algunas ocasiones sucederá, como acontece en el procedimiento penal mexicano, o en el proceso ante el Tribunal Federal de Arbitraje, que el secretario de acuerdos se encuentre facultado para asumir la prueba. Podrá censurarse la técnica, la política legislativa, pero no hay duda de que esta actividad será estrictamente jurisdiccional, por más que no sea el auxiliar del juez el titular constitucional de esta función.

Ahora bien, hay procedimientos judiciales que sólo eventualmente tienen carácter procesal. Así acontece con la sucesión y el concurso voluntario. En ellos, la necesidad de constituir una serie de actos proyectivos, depende de que se presente una contención entre partes. Pues bien, una será la circunstancia de que el legislador haya atribuido al conocimiento de estos asuntos al juzgador, y otro el caso de que se trate de verdaderos procesos. Si la sucesión testamentaria o la intestamentaria, se llevan a cabo sin contienda, cabrá denominarles **jurisdicción voluntaria**, o negocios por atribución judicial; y entonces tendrá que revisarse la calidad de las peticiones y no la índole de las pretensiones conflictivas, porque éstas son propias y exclusivas del proceso.

La conclusión de estas observaciones, es que siempre podrá clasificarse el sentido de las conductas simbólicas, porque en el derecho procesal, que comprende la serie misma de las instancias proyectivas, y los demás tipos de procedimientos atribuidos al juzgador, tienen un significado apreciable sólo en el contexto de la construcción respectiva: en un caso el proceso, en otro los procedimientos ejecutivos, allá la **jurisdicción voluntaria**, acá los procedimientos preparatorios. Fuera, pues, de las nociones orgánicas, el resto de los conceptos procesales se puede distribuir regularmente entre las partes y terceros. Naturalmente, el renglón orgánico no tiene por objeto conceptuar los actos, sino calificar a los sujetos; pero no faltan en su articulado, preceptos que señalen las actividades, de manera que aquí será más fácil reconocer el carácter autoritario o auxiliar de los sujetos, por la misma previsión legal.

e) Al intentar la clasificación directa de los actos por su sentido normativo, se encuentra un principio de división entre lo procesal y lo meramente procedimental. Cuando ambas construcciones se invarian, como acontece precisamente en el proceso, entonces lo procesal prepondera, y la simple conducta material conectable, recibe su significación como una nota secundaria. La entrega de la demanda es el acto procedimental necesario para atender al escrito, como documento en el que se objeti-

van los símbolos procesales. Habrá nuevas y posteriores entregas de escritos, y para clasificarlas, tendrá que irse a la simbología de los documentos respectivos: ofrecimiento de pruebas o alegatos, etc.

i) Acción. Por su carácter de concepto central, la pretensión es siempre el referendo en las instancias proyectivas. Pero la conveniencia de reservar la denominación para esa afirmación de derechos que persigue la solución del conflicto, fuerza a buscar otro nombre para los posteriores referendos de las instancias proyectivas, para ese accionar que se sucede en la serie.

De las restantes fases: la probatoria y la conclusiva, el referendo preponderante es una solicitud de fijación procesal. Lo mismo cuando se ofrece la prueba, que cuando se busca prepararla o desahogarla, se pretende que se resuelva favorablemente teniéndola por ofrecida, mandando prepararla u ordenando desahogarla. Cuando se alcanza este resultado, el referendo de la instancia queda como un eslabón más en la serie; en caso contrario, sólo queda huella de la instancia por su documentación.

El nombre que se ha generalizado en la doctrina es el de petición; de manera que se habla del peticionar ofreciendo prueba, peticionar su preparación y peticionar su desahogo. Esta terminología crea el problema de la multivocidad de la palabra petición, porque constitucionalmente existe un derecho de instancia simple, es decir, sin proyectividad, que pueda ejercerse en todos los procedimientos y que se reconoce por su denominación de derecho de petición.

Para evitar en lo sucesivo que haya confusión de términos, se expresará la solicitud del accionar como la petición, y para aludir al derecho constitucional se hablará del derecho de petición. Podría emplearse el vocablo solicitud, pero los inconvenientes no se eliminan, porque también hay solicitudes en lo administrativo, como ejemplos del derecho constitucional de petición. Otras palabras harían difícil la inteligencia del objeto, como serían impetrar, recabar, requerir, etc.

Así pues, la pretensión como referendo del accionar inicial, y la petición como el referendo del accionar sucesivo, son los contenidos de la serie, que formada con instancias proyectivas, implican contrariedad. Es por la circunstancia de que la pretensión procesal se presenta conflictiva, que se impone la audiencia de la parte contraria, y por la misma circunstancia de que la petición se ofrece frente a la contraria, subsiste la necesidad de esa bilateralidad.

Ahora bien, como la acción proviene del actor de manera forzosa sólo al principio de la serie, la calidad subjetiva se tendrá que identificar por los momentos de la contradicción. No puede afirmarse *a priori*, que el primer peticionante de prueba sea el mismo actor, en vista de que en los procedimientos escritos, suele implantarse un período probatorio y es factible que se adelante al ofrecimiento el demandado.

También pueden acontecer otros fenómenos que refuten la creencia de que el titular de la acción es el actor. Desde luego, el demandado puede pretender en una contrademanda o reconvencción, y entonces el actor inicial será ahora el demandado. Puede suceder que el actor inicial no ofrezca pruebas, y si lo haga el demandado, en este caso la acción será exclusiva del segundo. Por último, si en el primer período es el actor quien inicia la serie, en la alzada puede serlo el demandado y se convertirá, lógicamente, en el actor de la apelación, recibiendo el nombre de apelante, impugnante o recurrente.

Cuando se estudien las actitudes que puede asumir el demandado, se verá que hay nuevas modalidades, por virtud de las cuales, la iniciativa puede recaer en el demandado: cuando impugna la competencia, cuando recusa, cuando se queja, etc. Desde otro ángulo, como el proceso está rodeado de accidentes y lleno de incidentes, bien puede ser el demandado el titular de la instancia inicial de cada uno.

Es por lo anterior que no resulta preciso el intento clasificatorio de las posiciones subjetivas a base de la actividad. Si hay cierta corrección al llamar actor al titular del primer accionar, ya no puede decirse que el actor acciona en la prueba, a menos que se observe su iniciativa al instar ofreciendo, preparando o desahogando; pero como también tiene esa iniciativa el demandado por lo que respecta a sus pruebas, se deberá cuidar la estructura del grado respectivo. Si ese grado se constituye con la iniciativa del actor, éste será accionante. Si se constituye con la del demandado, el accionante será el último.

Lo que se infiere es que el actor puede ser accionante o reaccionante indistintamente, y también que la palabra actor alude al titular de la primera pretensión. Esta y no las restantes peticiones, son las que corresponden en exclusiva al actor. Y las afirmaciones que ahora se hacen, no se limitan al proceso civil, porque también en lo penal el acusado puede ser titular del accionar respecto de su prueba. Tal vez la principal diferencia es que el acusado no pueda ser titular de una primera pretensión, de una reconvencción; pero en cambio, puede ser el actor de la apelación. De manera que lo dicho es aplicable a todo proceso, laboral o administrativo, internacional o canónico, etc.

Por desgracia para quien quisiera encontrar una relación permanente entre la clase de sujeto y la clase de actos, o viceversa, debe recordarse que además de actor y demandado, a un proceso pueden venir terceros que acumulan sus instancias proyectivas. Ante todo, debe aclararse que esta circunstancia no desnaturaliza el principio de la bilateralidad de la instancia: siempre serán dos partes, ni más ni menos, y en su momento se explicará la razón de ello. Pero ahora habrá que dejar establecido que la pretensión y la acción, pueden corresponder a sujetos que no son, ni el inicial actor ni el primitivo demandado.

La conclusión a que lleva este análisis, es que el carácter de actor puede reservarse al titular de la pretensión inicial, el de demandado al titular de la pretensión contraria, el de tercero al de la pretensión sobrevenida; pero la calidad de accionante no es exclusiva de ninguno de ellos. Cabe ir identificando la posición de las partes en la sucesión de los grados y unas veces accionará el actor, otras el demandado y también el tercero; la única guía para conservar su identidad será la pretensión y nunca la petición eventual referida en otras acciones.

ii) Derecho de petición. Si para distinguir entre accionante y reaccionante es menester ver en lo individual cada grado procesal, la duda que pudiera surgir para identificar a los sujetos se limita al actor, al demandado y al tercero: interviniente, tercerista o coadyuvante. Pero fuera de ellos, ningún otro sujeto procesal expresa una conducta simbolizante de pretensión de sentencia o de petición de proveimiento, mediante otra conducta simbolizante de proyectividad.

La relación dinámica proyectiva pertenece a las partes. Pero sucede que en el proceso surgen otras relaciones dinámicas que no tienen proyectividad. Unas veces porque la política procesal considera pertinente evitar la instancia bilateral, otras porque el referendo no atañe al debate de pretensiones aunque venga con una instancia de las partes, y el resto porque la instancia proviene de sujetos que no participan en dicho debate; el resultado es que los procedimientos particulares no constituyen una serie procesal.

En todos los códigos procesales se incluyen normas que autorizan al juzgador para resolver de plano una petición, y en algunos esta fórmula se emplea aún para ciertas impugnaciones que por su nombre son típicamente procesales, como la revocación. En especial, para el juicio sumario, el código distrital previene tal solución, de manera que debe atribuirse al resultado a un criterio de política procesal. Además, las partes acuden ante el juzgado para ver satisfechas pretensiones no procesales, como la certificación de documentos, y esta actitud puede corresponder a sujetos desinteresados en el conflicto.

Un primer grupo de relaciones dinámicas no proyectivas, está formado por instancias que corresponden al derecho constitucional de petición. La influencia que estas promociones puedan tener en la marcha del proceso es totalmente indirecta, es decir, resulta previsible que para resolverlas se tome tiempo destinado a proveer sobre las instancias proyectivas, pero en el fondo no habrá trascendencia jurídica.

El derecho de petición tiene una estructura simple, consiste en una instancia que termina al provocar la respuesta, sea cualquiera el contenido de la resolución. Por ende, no se dará vista a la contraria si la hay, ni se correrá traslado de lo pedido, ni importa que otros sujetos conozcan la instancia. Sin embargo, no se puede olvidar que en el derecho positivo,

se acude con frecuencia a la llamada garantía de audiencia, si lo pedido puede afectar derechos de tercero, como es el caso de las concesiones en el derecho administrativo. De manera que no es extraño que el ámbito procesal, un simple pedido de expedición de copias certificadas esté condicionado a la audiencia de la contraparte o del ministerio público si la primera no existe o no se le encuentra. Pero la audiencia de parte contraria no tiene un sentido procesal, no hay necesidad de debate y, tratándose de las copias certificadas, lo que procede es adicionarlas con lo señalado por el tercero. En cuanto a la audiencia en lo administrativo, de ninguna manera se puede afirmar a priori que haya o no proceso. Si la ley, además de permitir la vista o conocimiento de la solicitud, prevé fases probatoria y conclusiva, lo que en el texto se llame procedimiento administrativo será un verdadero proceso. El derecho de petición por antonomasia, podrá incluir la audiencia, pero no la contienda, y aquí las palabras estarán mal usadas por el legislador, pero es el sentido lo que prevalece.

iii) Denuncia. En la doctrina se entiende que el derecho de petición expresa una declaración de voluntad, lo que equivale a sostener que se pretende resolución favorable a lo solicitado. Si en lugar de tal pretensión, el referendo es una participación de conocimiento, entonces la instancia se limita a denunciar.

No sólo las partes, también terceros sujetos pueden venir al proceso denunciando. Si se hiciera una estadística, probablemente se encontraría que la denuncia abunda en lo administrativo, especialmente en lo fiscal, porque estas leyes imponen el deber de participar mediante declaraciones de ingresos, avisos, manifestaciones y notificaciones. Pero el campo penal encuentra a la denuncia como un medio de llevar al conocimiento del órgano acusador la comisión de violaciones, sobre todo cuando el denunciante no es el titular de la querrela, esto es, cuando no depende de su voluntad que se inicie la acusación.

Pero si la mayoría de las denuncias están en lo administrativo, no faltan en lo procesal, y esto no es sinónimo de judicial, de manera que no se tiene en mente, por ejemplo, la denuncia en materia laboral por la que se entrega en las Juntas de Conciliación el contrato colectivo o los padrones de trabajadores y patrones, sino aquellas participaciones de conocimiento que se documentan en el proceso por antonomasia.

Ahora bien, que en las constancias del proceso figure una denuncia, significa que el denunciante ha procedido a poner en conocimiento del juzgador algo que sabe. Esto se explica cuando lo afirmado no tiene sentido de pretensión de sentencia, de manera que jamás se podrá considerar que los hechos participados en la demanda integran una denuncia, pues lo que ahí se consigna hace referencia al supuesto de la pretensión conflictiva. En cambio, en el testimonio hay una clara manifestación de denuncia, porque el testigo, respondiendo a preguntas previas, o simplemente

exponiendo lo que sabe, utiliza una instancia no proyectiva. Es natural que el testimonio recibido en un proceso, esté expuesto a las repreguntas de la contraria; pero la relación proyectiva corre entre las partes y no se forma entre el testigo y el juez. Lo mismo puede decirse del perito que dictamina y ofrece al juzgador sus conocimientos técnicos, la verdadera prueba. Aquí también es factible que el experto dé respuesta a preguntas o problemas que las partes le formulan, pero sin perjuicio de que estas inquisiciones tengan un sentido contradictorio que proviene del debate procesal, lo determinante es que el perito denuncia al juzgador sus conocimientos sobre esas preguntas.

Las partes pueden ser **objeto** de la prueba, y la confesión, alguna vez entendida como manifestación de voluntad, debe considerarse verdadera participación de conocimiento, no sólo por las razones que se expondrán al estudiar el capítulo de la prueba, sino porque la pretensión que como referendo va con la instancia del absolvente, no es la de sentencia favorable sino de información. Quien confiesa no puede demandar un proveimiento del juez que le tenga por inocente, ni menos un pronunciamiento de fondo con similar finalidad. Psicológicamente, ha de presumirse que el absolvente desea convencer al juzgador de que le asiste la razón jurídica; pero ni siquiera en los regímenes en que se admite el juramento en cualquiera de sus formas, cabe pensar en que hay algo más de una denuncia de conocimientos. La convicción del juez se relacionará con la confesión, pero su decisión lo hace con la pretensión inicial.

iv) Querella. Otra instancia simple, también invariable con la serie procesal es la que tiene como referendo una declaración de voluntad para la aplicación de sanción a tercero. La querella, que corresponde a esta figura, es relativa a infracción o delito de particular, así sea una autoridad, pero considerada como justiciable y no como infractora de su función oficial, porque esto último lleva a la queja.

Si la querella es propia de lo penal, y sirve como la denuncia, para que el órgano acusador proceda a ejercer la acción, no faltan ejemplos de querella relativa al actuar procesal y que, por esto mismo, caen en el ámbito de la serie de instancias proyectivas, distinguiéndose de ellas por la carencia de bilateralidad.

Existe la posibilidad jurídica de querellarse, cuando una parte considera que un testigo o la contraria no dan respuesta en términos legales a las preguntas. Aquí no hay proyectividad, porque el juez no lleva a cabo un traslado de la instancia buscando la reacción. Se limita a conminar, a apereibir, pero no concede oportunidad de contrapedir.

La combinación de cinco factores da la estructura de una audiencia. En primer lugar, corresponde al accionante, sea el actor o el demandado, instar proyectivamente ofreciendo la prueba. Esta instancia encuentra su respuesta en la reacción que puede peticionar el desechamiento o negativa

a la solicitud inicial. El referendo de la segunda instancia es claramente del derecho de petición, porque el accionante que formula preguntas al testigo, posiciones al absolvente o cuestiones al perito, solicita del juzgador que permita el interrogatorio o proceda a hacerlo. Sigue en turno la denuncia del testigo, del absolvente o del experto. Si alguno de ellos empleare evasivas o dejare de responder, se acudirá a la querella que es el cuarto posible factor; y congruente con cada instancia, vendrá la emisión del acto jurisdiccional.

Naturalmente, tanto la petición, como la denuncia o la querella, pueden vincularse con un procedimiento no procesal. Hay petición en el embargo cautelar, en el arraigo, en la instancia de ejecución y en diversos incidentes como sucede con la solicitud para que se declare que ha causado estado un proveimiento o la sentencia misma. Aparece la denuncia en las participaciones de conocimiento que hacen depositarios y sujetos que administran bienes, como el síndico o el albacea. Y hay querellas cuando los interesados **acusan** a uno de estos sujetos de mala o indebida administración, de incumplimiento de sus deberes de información.

Por otra parte, la combinación de instancias simples puede implicar referendos que afecten a la relación sustantiva de la que surgiera el conflicto. Así se mira en el caso en que las partes celebran convenios para poner fin al enjuiciamiento. Lo mismo cuando se transige que cuando se compromete en árbitros, cuando se hace quita o espera, etc., las partes denuncian al juez su convenio o acuerdo y ejercen el derecho de petición, sea para que lo pactado se homologue y valga como sentencia, que para el efecto de que se dé por concluido el juicio por ser inútil la continuación.

La existencia de derechos de petición, denuncias y querellas, viene a esclarecer situaciones que de otra manera parecerían contradecir la índole proyectiva del proceso, cuando no pasan de invariarse con él.

v) Quejas y reaceramientos. Dos instancias simples tienen carácter manifiestamente impugnativo. Las quejas son declaraciones de voluntad para que se aplique una sanción a un funcionario o empleado oficiales. El reaceramiento es una alzada no contradictoria.

Cuando se estudie la teoría de la impugnación se adentrará en las implicaciones de estas instancias, pero ahora es necesario mencionarlas porque en el proceso tienen frecuente aparición.

La queja, como la denuncia, viven especialmente en lo administrativo, aunque la primera es de índole combativo y supone la aplicación de medidas disciplinarias. Esto lleva a considerar la posición del tercero, objeto de la queja, porque la trilogía de sujetos podría originar confusión frente al esquema subjetivo procesal.

En realidad, el sujeto pasivo de la queja no reacciona, porque no puede contrapretender. Lo único que hace es informar y, cuando las leyes lo exigen, justificar su actuación, como sucede en el amparo. Pero la fina-

lidad característica de la queja es el ejercicio del control del superior o del órgano de un orden jurídico especial encargado de esta misión.

Si, pues, la autoridad que ha de conocer de la queja, se dirige posteriormente al sujeto pasivo de ella, no lo hace dándole vista o corriendo traslado de una demanda, sino para pedirle información y hasta pruebas que justifiquen sus actos u omisiones. La queja no tiene sentido proyectivo y por ende, no va referida en una acción procesal.

En cuanto al reaceramiento, su semejanza con la anterior es la misma calidad impugnativa de actos de autoridad. Ahí donde no hay contraparte, el recurrente combate la resolución que le afecta sin tener necesidad de formar debate con una contraparte.

En el proceso no debieran presentarse estos tipos de impugnación, porque lo recurrido tiene siempre la cualidad de perjudicar a una parte y beneficiar a la contraria. Por ello, la revocación y la apelación son clásicamente instancias proyectivas; pero acontece que las leyes vigentes dan el nombre de revocación a instancias impugnativas no contradictorias, y también es comprobable que en procedimientos no procesales, como la **jurisdicción** voluntaria, se hable de apelación para conceder un mero reaceramiento.

La más fácil verificación del objeto de un reaceramiento, se encuentra en la hipótesis del desechamiento de la demanda. Antes de que el demandado tenga conocimiento de la pretensión del actor, éste se ve en la necesidad de impugnar un acto de autoridad. Sin embargo, en códigos como el procesal civil distrital, la palabra utilizada es queja, por más que no se persigue una medida disciplinaria.

De otro lado, el supuesto ya mencionado de revocaciones que se deciden de plano, no es sino un reaceramiento, porque la política procesal ha querido eliminar el contradictorio y el resultado ha sido una instancia impugnativa unilateral.

Quejas y reaceramientos pueden ser ejercidos por los terceros lo mismo que por las partes. Abundan ejemplos en las medidas disciplinarias, cuando los perjudicados pretenden se dejen sin efecto. Pero nada impide que un testigo se queje también contra el secretario que altera sus respuestas, o que un perito ejerza el reaceramiento contra el auto que le tienen por no presentado admitiendo el cargo.

f) Desde el derecho romano, las potestades del juzgador se han dividido en cuatro grupos: **notio**, **coertio**, **decitio** y **executio**. La idea original fue conferirle diversas facultades para una misma función, pero en el plano científico, la consecuencia tiene que ser diferente, porque lo básico es la función misma, de manera que cuando un órgano estatal viene dotado de dos o más funciones, sin necesidad de tener que cambiar de adscripción, sin perjuicio de su pertenencia a cierto orden gubernamental, la verdad es que su competencia se amplía.

Cuando lo que se busca es identificar el actuar respectivo, no se puede invocar la calidad de la autoridad y suponer, por ejemplo, que tratándose de un órgano administrativo, le está negada la jurisdicción, sobre todo frente a leyes que, como la de la Propiedad Industrial, le hacen juez de un conflicto entre particulares. El director de esta dependencia, en lo tocante a la nulidad de títulos que amparan marcas o nombres comerciales, conoce de una demanda y corre traslado de ella a la contraparte, recibe pruebas y alegatos y dicta una resolución, que ha de considerarse sentencia administrativa.

No es, por tanto, el cargo que tenga el funcionario, lo que da la naturaleza de sus actos. Y respecto al juzgador, aunque pertenezca a una organización judicial, es, no sólo factible, sino bien conocido el hecho de que actúa administrativamente, que aplica medidas disciplinarias, que el oficio judicial lleva a cabo funciones actuariales y registrales, que legisla con sus reglamentos internos y, en fin, que resuelve negocios por atribución judicial, denominados **jurisdicción voluntaria**.

Es por ello que en el intento de clasificar los actos que el juzgador realiza, sólo en el proceso, no puede pensarse en que son exclusivamente jurisdiccionales. Sobre todo, advirtiendo que las partes y terceros, durante la sustanciación de la serie, promueven distintas clases de instancias. Un recorrido sobre las actividades del juzgador dentro del proceso, da los siguientes resultados.

i) Actos jurisdiccionales. La univocidad del término jurisdicción no permite que se entienda otra cosa que la dirección del proceso. Dirigirlo es encauzar la serie, y esto se consigue recibiendo las instancias y cerrando el grado.

La jurisdicción comienza por calibrar acciones y reacciones. El mínimo a cumplir por éstas es la condicionalidad requerida para su admisión. El instar que no la cumple es desechado, no pasa por el tamiz de la jurisdicción, y en esto se asemejan los demás derechos dinámicos.

Pero en los actos proyectivos hay algo más que produce el efecto trascendente. Por virtud del mismo, la acción no queda en la admisión jurisdiccional, sino que tiende a llegar a la contraria. Aquí se mira la necesidad de que el acto jurisdiccional provea al traslado.

No es sino hasta que se produce la reacción, que se cumple teóricamente el grado y la jurisdicción procede a cerrarlo. Pero puede suceder que el reaccionante se abstenga, inste inadmisiblemente o lo haga extemporáneamente. Es entonces que la jurisdicción suplementa, pues el grado no puede quedar abierto indefinidamente, hay plazos que señalan los límites de duración y términos que implican unidad del actuar. En razón de ellos, la jurisdicción declara la contumacia y la clausura del grado se cumple de todas maneras.

ii) Inquisiciones. Así como las partes o terceros peticionan, denuncian, se querellan, se quejan y buscan un reaceramiento, mediante instancias simples que no son proyectivas; también el juzgador está facultado para actuar de modo no jurisdiccional en el proceso.

La más frecuente comunicación simbólica que expresa el juzgador, y que no tiene carácter jurisdiccional, es la pregunta. Se trata de una **provocación para obtener una participación de conocimiento.**

En el proceso se ponen de manifiesto afirmaciones que por su consistencia de postulados dan nombre a la primera fase: la postulatoria. Pero a su lado, hay un momento inquisitivo, previsto por la ley o la norma convencional, sobre todo en el compromiso arbitral, y en el cual las partes toman una posición provocatoria de conocimientos. Esta fase tiene por objeto la obtención de datos sobre el conflicto y, más particularmente, sirve para que cada parte apoye con eficiencia sus postulados iniciales.

En términos lógicos, la pregunta no es sino el planteamiento de cuestiones. Se trata de resolver una incógnita que viene a ser la materia del juicio, lo determinable que aún no está determinado. Para Francisco Larroyo y Miguel A. Cevallos,<sup>909</sup> dos son los supuestos lógicos en el planteamiento de las cuestiones: una heterotesis del conocimiento, y una suerte de datos conocidos o condiciones dadas. Algo es problemático cuando se halla integrado por momentos diversos cuya compatibilidad es justamente problema o dificultad. Para esclarecer esta condición esencial de todo problema se busca la respuesta. La heterotesis no es sino la predicación diversa e incompatible a primera vista con conocimientos iniciales, y como toda cuestión implica la aparente contradicción se llama principio heterotético del pensar al que culmina con una solución de orden superior, es decir, la dialéctica del pensar. Toda aporía científica reside en la materia tesis heterotesis de un procedimiento dialéctico de conocimiento. En cuanto al segundo elemento, significa que el problema no nace por acto de generación espontánea, e implica conocimientos ya adquiridos, susceptibles de superarse en el tránsito del saber.

En resumen, toda pregunta confirma el principio de la relatividad del conocimiento: ni plena ignorancia ni absoluto saber.

En el proceso, es fácil entender que las partes pregunten por motivos psicológicos y no científicos, es decir, que empleen preguntas aparentes, de examen para averiguar si se conoce la respuesta conveniente. Las preguntas o aporías genéricas vendrían en el campo sustantivo, como al preguntar sobre el género de ciertas cosas, o específicas, como al inquirir por los datos particulares de los objetos. Hay en lo civil o mercantil, aporías de esencia, que buscan saber el qué de un negocio, o causales al preguntar por el título de la propiedad, etc. Pero en el proceso, la pregunta es típicamente psicológica y no científica.

La participación de conocimiento que va en una denuncia hecha por el testigo o el perito de las partes, no es algo espontáneo que realice cualquiera de estos sujetos, como sucedería si se presentaran voluntariamente a declarar sobre lo que les consta del conflicto. De esta manera, las respuestas vienen siendo confirmaciones de lo afirmado por los interesados, y tienen un valor de mera convicción para el juzgador.

Pero al lado de estos procedimientos pseudoaporéticos, se puede concebir una inquisición científica, aquella que tenga lugar para eliminar la plena ignorancia que se debe suponer del juez respecto al conflicto. En verdad, la plena ignorancia es procesal, y de ahí que el juzgador sea desinteresado e imparcial. Pero en cuanto llega a su conocimiento el conflicto, por la exposición de la pretensión conflictiva, apenas resulta natural inferir que la plena ignorancia se convierte en relativo saber. El cual podría ser completado con la inquisición judicial, con el interrogatorio oficioso.

Al establecer el carácter científico de las preguntas del juzgador, se está indicando que la inquisición ha de corresponder a un sujeto imparcial respecto al conflicto, el cual no puede ser una de las partes, ni siquiera los testigos o peritos, que no van al proceso para averiguar, sino para denunciar. Si, pues, en el proceso hay un lugar para este tipo de inquisiciones, la conducta respectiva no puede corresponder a otro sujeto que a la persona que tiene una posición jurídica suprapartes: juez o árbitro. Es claro que en otro tipo de procedimientos, en particular en el penal, existe una actitud indagatoria, que en regímenes como el mexicano, se confía al ministerio público, autoridad administrativa que luego será parte en el proceso.

Esto ofrece una posible irregularidad, corroborada por la práctica, en virtud de la cual, el agente investigador, apegado a la letra de la ley en vez de inquirir, toma declaración, lo que equivale a forzar una confesión prohibida constitucionalmente. Ello viene a corroborar que el mal empleo de los vocablos, o el uso de términos cuya significación se ha perdido en la invariación técnica, es causa de serios perjuicios materiales.

Respecto al proceso, la conducta inquisitiva de índole científica o meramente lógica, ha sido mal entendida y peor descrita por la doctrina. Se ha formado un debate en el que parece versar la cuestión de la actitud pasiva o activa del juzgador. Las legislaciones que han seguido la línea del juez receptivo, han confundido las situaciones, por lo menos de una manera semejante a como lo han hecho las que exigen una actitud activa. El problema no puede ser el de si se encomienda al juzgador la mera recepción de datos o si se le faculta para buscarlos por sí mismo. Frente a la instancia, el acto jurisdiccional tiene que ser consecuencial y por ende, aparecer como mera respuesta a la provocación de las partes. Pero tratándose de los elementos de eficiencia, una vez que el juez tiene cierto cono-

cimiento del conflicto, no puede impedírsele que prosiga por su cuenta esclareciendo los puntos dudosos.

Hay, en casi todas las leyes, la disposición conocida como providencias para mejor proveer, que en materia probatoria supone una amplitud casi irrestricta de inquisición judicial. Ahora bien, esta autorización no puede ser objetada, siempre que se parta de la noción de la pregunta científica. Mientras el juzgador esté ordenando la sustanciación de pruebas relativas a los puntos oscuros o dudosos de una contienda que le ha sido expuesta, no cabe limitarle arbitrariamente. Lo equivocado sería facultarle para investigar por sí, la existencia del conflicto, pues entonces se permitiría una elaboración del debate procesal en términos subjetivos, es decir, según el criterio y el prejuicio de un tercero que por hipótesis ha de ser imparcial. El juez inquisidor es una figura que se contrapone al papel del juez imparcial en el proceso.

iii) Acuerdos y decretos. Un sector de actos que sólo puede corresponder al titular de la jurisdicción, no porque se trate de conducta jurisdiccional, sino porque tiene con ella una liga indudable para la marcha del procedimiento, es el de los acuerdos y los decretos.

La diferencia entre ambos, que no ha de verse en la acepción gramatical, ni siquiera en la técnica jurídica, sino en la función lógica, estriba en que el acuerdo tiene el sentido de concesión, mientras que el decreto recuerda una actividad oficiosa.

En efecto, la comunicación entre el juzgador y sus auxiliares se hace a base de acuerdos, y éstos vienen propiciados por las daciones de cuenta que son verdaderas informaciones. Por ejemplo, el secretario pone en conocimiento del titular, tanto las promociones de las partes y terceros, como la correspondencia judicial. A esta dación de cuenta recae forzosamente un acuerdo, que estriba en conceder una resolución adecuada. Si, tratándose de la remisión de los expedientes de otro juzgado, se hace necesario comunicar su radicación, el acuerdo será la resolución que conceda en este sentido. Si el perito exhibe su dictamen para ser tenido en cuenta en la audiencia, el secretario ha de presentarlo al juzgador, quien acordará de conformidad si procede.

Por su parte, el decreto toma el carácter de una orden tendiente a la marcha procesal. Su campo más propicio son los mandatos relativos a las actuaciones materiales, sea de los auxiliares o de las partes, lo último se mira en los casos en que los documentos se entregan incompletos y es menester que se integre el número de ejemplares para su traslado. El juez procede a decretar la exhibición, tal y como lo haría si se tratara de aquellos casos en que para el rendimiento de la pericial, se hiciera necesario el conocimiento de asientos en libros, o si para conocer el contenido de un testamento o un contrato, se pidiera su exhibición. Aunque en los ejemplos citados al último no hay propiamente actividad oficiosa, porque se

trata de acceder a un pedido de parte interesada, lo que importa es que no se está proveyendo a un instar proyectivo, sino que se limita a una orden de hacer de tercero.

De cualquier manera que se clasifiquen estas conductas, lo cierto es que provienen del tercero imparcial y no son típicamente actos jurisdiccionales, si bien se relacionan con éstos cuando se presentan dentro del proceso. Su autonomía resalta cuando tales actos se llevan fuera del proceso, y se advierte, por ejemplo, que el Presidente de la República acuerda con sus secretarios de Estado, o bien decreta ordenando hacer la publicación de leyes.

Es verdad que la pobreza del idioma fuerza a denominar con la misma palabra situaciones disímbolas, y en la especie, las palabras acuerdos y decretos tienen diferente significación al cambiar el campo jurídico. El acuerdo, se ha venido observando, es la fórmula característica del derecho privado, que significa la creación de relaciones jurídicas por la voluntad de los interesados y con sentido reglamentario. Esta es la naturaleza del acuerdo tomado en la junta de acreedores con respecto a la masa de la quiebra, o bien el acuerdo de la junta de herederos sobre la partición.

De todas maneras, el término acuerdo adquiere un valor de subordinación de los intereses regulados, y el juez es el llamado a hacerlo en lo tocante a la actividad procedimental dentro del proceso.

iv) Providencias y proveimientos. También ahora se está frente a conductas subordinadoras, que sólo pueden corresponder al juzgador o al árbitro, con la salvedad de que en la generalidad de las legislaciones, el último se encuentra sin facultades para dictar providencias.

La distinción que cabe hacer entre ambos términos, es que la providencia se dirige a la conducta coactiva, en tanto que el proveimiento lo hace en relación al instar de los justiciables.

Hay en el proceso un conjunto de accidentes, al par que existen conexiones con procedimientos ejecutivos o cautelares, que requieren de la materialidad coactivamente transformadora. El sentido particular de estos actos, no permite confundirlos con los decretos, y así se mira que en las órdenes para exhibir cosas o personas, se puede agregar una combinación y hasta un apercibimiento de sanción, pero no hay todavía el aparato coactivo, propio de la providencia. Aquí la materialidad de la conducta prescrita, está calificada por la fuerza a emplear. Los códigos facultan al juzgador para dictar estas providencias, y muy excepcionalmente lo hacen respecto a los árbitros, y aún cuando los últimos se encuentren facultados, como sucede en la legislación procesal civil distrital, es menester acudir al juez oficial para que realice la coacción.

En cuanto a los proveimientos, su explicación radica en el hecho de que el instar de las partes y terceros necesita la determinación de la ocasión adecuada. Un ofrecimiento de prueba sería intrascendente si el juz-

gador se limitara a admitirlo, lo obvio es que en seguida señale fecha para el desahogo u ordene la preparación. El proveimiento no se limita a la respuesta jurisdiccional que admite y traslada, sino que procede a la fijación. Es por ello que los códigos hablan de autos preparatorios de prueba, tales términos no tienen otro sentido que el de proveer, de ordenar lo necesario para que la actuación pueda tener lugar.

El otro tipo de proveimientos lleva un sentido opuesto, es decir se trata de lo que la ley distrital llama autos definitivos, y que importan la terminación del proceso. Si, por ejemplo, se ha desconocido la personalidad del accionante, o si se ha caído en la caducidad, el juzgador ha de proceder a terminar con la serie proyectiva. Para ello provee dando por concluido el proceso. En todo caso, el proveimiento se relaciona con el instar procedimental, mientras que los proveídos lo hacen con relación a la conducta coactiva.

Ni el acuerdo, ni el decreto, ni el proveído, ni el proveimiento, pueden derivar de otro sujeto que del titular de la jurisdicción; pero no son actos jurisdiccionales, porque el acuerdo está previsto para las relaciones entre el juzgador y sus auxiliares; el decreto provoca la realización de conductas materiales; el proveído la emisión de actos coactivos, y el proveimiento, que sería lo más cercano a la jurisdicción, ni cuando conforma las circunstancias para la actuación, ni cuando termina con el proceso, tiene carácter de respuesta al instar proyectivo. Específicamente, el proveimiento ha sido empleado para aludir a los actos genéricos del juzgador, y en realidad, parece responder a un sentido de economía semántica el dar un solo nombre a toda la actividad; pero a la vista de las diferencias en la conducta del juzgador, lo pertinente es pugnar por la diferenciación también en los vocablos; si ésta no se admite, al menos han quedado puntualizadas las distintas significaciones.

v) Sentencias. La actividad más estudiada del juzgador ha sido la que conduce al pronunciamiento. Y en realidad, lo importante en la implantación del instrumento procesal es el fallo, la decisión del conflicto. Ya se esté en lo penal o en lo civil, en lo administrativo o en lo laboral, en todos los órdenes, lo que destaca es la sentencia.

Su búsqueda justifica la constitución de la serie, y si bien es factible en innumerables casos, llegar al mismo resultado por un camino diverso, la verdad es que la sentencia tiene propiedades que le hacen superior a cualquiera otra forma de solución.

En la sentencia se mira el común denominador de toda resolución: un sentido de subordinación de la conducta ajena, que sólo puede provenir del derecho público. Esto, naturalmente, elimina cualquier duda respecto a la adscripción del pronunciamiento, porque quien esté llamado a dictarlo tiene que ser un juzgador.

Los administrativistas hablan de actos semejantes en el seno de la Administración Pública. Y en verdad, mirando sólo al carácter heterónomo del mandato, tanta subordinación se encuentra en el fallo, como en el proveído fiscal, administrativo en general.

Todavía más, para quienes vean sólo dos tipos de normas, las generales de la legislación y las particulares que le concretan, la semejanza entre sentencia y acto administrativo es casi identidad. Pero esto resulta discutible por varias razones, la primera porque no siempre la sentencia concreta una norma general anterior. Todas las explicaciones contenidas en el capítulo del juzgamiento,<sup>910</sup> llevan a la conclusión de que puede haber fallo sin previa norma general, especialmente en el juicio en equidad, donde se supone que el juzgador, al tiempo de pronunciarse sobre el conflicto crea el criterio básico.

Pero la razón más relevante, está en el hecho de que el acto administrativo, que también puede surgir sin previa norma general, como en todo el sector de la actividad discrecional, no se enfrenta a un conflicto entre partes. El acto administrativo es la operación de un patrimonio ajeno, y si para ello es menester que ordene la conducta de los administrados, lo hace directamente y sin esperar la provocación de la instancia.

La sentencia, siendo resolución, se distingue de todas las demás por el dato exclusivo de la decisión de un debate. En efecto, no es que la sentencia tenga carácter jurisdiccional, porque no actúa admitiendo y trasladando instancias proyectivas, pero sí se enfrenta a una discusión jurídica. En el proceso se ha presentado, al menos, una pretensión conflictiva. El actor ha sostenido que hay discrepancia entre él y el demandado, si luego éste no viene al proceso, o no discute, lo importante está que el juez conoce de un conflicto, el cual puede depurarse en el transcurso de la serie, convirtiéndose en verdadero debate.

Hay ejemplos de soluciones sobre conflictos jurídicos, que se apartan de la sentencia por lo mismo que falta el antecedente procesal. De manera que ni el juicio de peritos, ni la fijación del precio por tercero, ni el arbitraje en blanco del derecho italiano, son pronunciamientos por lo mismo que aún resolviendo un dilema que pudo formarse en un debate, no se sustanció un proceso. La sentencia queda, entonces, definida por su índole resolutoria de un debate procesal, y este ir al fondo le distingue también del sobreseimiento o autos que proveen sin decidir.

## CAPITULO IX

- 145 La especial conexión de los actos. 146 Preclusión y elasticidad. 147 Eficacia de la preclusión. 148 Preclusión y consumación, caducidad y decaimiento, abandono y prescripción.

## 145 La especial conexión de los actos.

La actividad procedimental se realiza necesariamente a través de las instancias que llevan el significado de la conexión temporal. El cumplimiento de los actos atribuidos a cada sujeto, da por resultado la obtención del enlace. Esta es la primera y principal consecuencia de eficacia de las instancias y los actos judiciales.

Sea que para la conexión se establezca un plazo, se señale un término, se puntualice una ocasión o simplemente se determine la obligación y se deje abierta su precisión temporal, en cualquier supuesto, la conexión de los actos es la finalidad buscada al incluirlos en una sucesión procedimental, que al elevarse al rango procesal necesita de la instancia proyectiva y del acto jurisdiccional.

Fundamentalmente, la temporalidad, o sea la convencional y jurídica medición de los movimientos, tiene el sentido de una obtención de conexiones determinadas. En otras palabras, el tiempo sirve para propiciar las conexiones y en la regulación del procedimiento es primaria la normación de los vínculos. En atención a la actividad, la temporalidad corre más o menos dilatadamente. Son las conexiones lo que destaca el legislador y es la temporalidad la que utiliza para ubicarlas en el movimiento astronómicamente medido.

Por lo mismo, si los plazos o los términos pudieran señalarse sin atribuir consecuencia alguna a su manifestación, a su llegada y desaparición, la eficacia de las conexiones se vería impedida o inutilizada. De otra parte, es factible, como sucede con las conexiones definidas, sin precisión del tiempo astronómico, que se establezcan las secuencias omitiendo la medición astronómica. Esto viene a confirmar que para el derecho, especialmente para la rama procesal, la eficacia se finca primordialmente en la misma conexión, y si se condiciona por la temporalidad natural, es con el fin de alcanzar una certeza, una seguridad en su realización y conocimiento. Procesalmente, la eficacia de las conexiones lleva directamente a la figura de la **preclusión**.

Aparece ésta cuando la situación de los actos alcanza el objetivo legal o hace superflua la continuación del transcurso del tiempo. El plazo fijado para la contestación de la demanda tiene por finalidad establecer un transcurso cierto y fijo durante el cual pueda realizarse el acto; pero

bien puede suceder que, o la contestación se presente anticipadamente al vencimiento del plazo, que falte en absoluto, o en fin, que se lleve a cabo una actividad contraria que impida la contestación. En cualquiera de estos supuestos, la eficacia ha sido lograda por medio de la figura de la preclusión, que viene propiamente a señalar la clausura del grado, la conclusión del momento procesal aludido.

La preclusión, entonces, puede tener lugar en tres casos bien determinados: el primero, cuando el acto se cumple en el momento prefijado; el segundo cuando pasa el momento inútilmente; y el tercero, cuando se realiza un acto que excluye el cumplimiento.

Chiovenda<sup>911</sup> ha indicado que el ordenamiento jurídico no se limita a regular cada una de las diferentes actuaciones procesales, su forma y su conjunto, sino que regula la sucesión en la relación procesal. De aquí nace un orden legal en los actos procesales. Lo que se propone el legislador es dar la mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva de los hechos y garantizar su rápido cumplimiento. También se atienden otras medidas, como el castigo en el retraso de la instrucción o en la expedición de la causa, ocasionados por negligencia de las partes, imponiéndoles sanciones, reprimiendo todo lo que sea superfluo en la defensa al negarse que se repitan o devuelvan las costas causadas por actos innecesarios y otras sanciones semejantes. Pero, dice el autor, más eficazmente atiende a este fin mediante la institución de la preclusión.

Parece que en Chiovenda la preclusión obedezca a esa finalidad de aseguramiento de la precisión y rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, a la limitación del ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia de que fuera de sus límites no se puedan realizar. Expresamente se encarga de precisar el significado de la figura, al decir que le ha dado el nombre de preclusión, empleando un bello término de las fuentes, que se encuentra usado en la *pœna preclusi* del derecho común, salvo que en la preclusión moderna se prescinde de la idea de pena.

El autor recogió y agrupó bajo esta figura numerosos casos en que se encuentra aplicada por la ley; todos los cuales tienen de común la siguiente nota: que la pérdida o extinción, caducidad o como se quiera decir, de una facultad procesal, se presenta por el solo hecho de haberse alcanzado los límites señalados por la ley para su ejercicio.

Se trata, en consecuencia, de un término chiovendiano que en la ley de enjuiciamiento española ya se denominaba como la caducidad del derecho y pérdida del trámite. La preclusión en Chiovenda es más el efecto que el fenómeno, más la pérdida, la extinción, la caducidad de una facultad, que el modo, la manera o los elementos de su producción. Por ello entiende que se produce: i) de no haberse observado el orden señalado

por la ley para su ejercicio, como los plazos perentorios o la sucesión legal 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 intención de impugnar una sentencia. iii) O por haberse ejercido ya una vez válidamente la facultad: consumación propiamente dicha.

La sistematización de Chiovenda alcanzó los fines que se propusiera, es decir, una simplificación y una diferenciación que ya se preparaban en la obra de Oskar Von Bülow, según confesión del primero.<sup>912</sup> Pero la mayor utilidad de las preclusiones está en haber permitido diferenciar cosas distintas, y unas instituciones de otras, tarea esencial y fecunda de toda investigación científica.

Si Bülow había visto la preclusión en la rebeldía, en la confesión o en el juramento, en la competencia y aún en la cosa juzgada, Chiovenda destacó como efecto principal el nacimiento de un derecho: *actio iudicati* por ejemplo, pero normalmente el originar una simple situación jurídica, en el sentido de Kohler, como contenido de un mero elemento de derecho, de un efecto o de un acto jurídico futuro, es decir, se tendría una circunstancia, que con el concurso de otras sucesivas, podría conducir a un determinado efecto jurídico, en tanto que si esas circunstancias no se realizaban, permanecía sin efecto alguno, como por ejemplo, el parentesco que con otras circunstancias origina el derecho a suceder.

La situación jurídica, así entendida, se apartó de los derechos condicionales y de los eventuales, a los que falta alguna condición esencial. Parece, entonces, que esta situación se presentaría en casos en que la inactividad de la contraria o su mismo concurso en el sucesivo instar, serían las condiciones que permitieran, con otros elementos, conducir el debate a la resolución de fondo y hasta a determinar su contenido.

Para Chiovenda, la preclusión por sí misma no produce efectos sino en el proceso en que se presenta, lo que le aparta de la cosa juzgada, que se extiende a procesos futuros. Sin embargo, al ejemplificar, se ve en la necesidad de hacer una distinción entre la confesión, que sí produce efectos en otros procesos y la *ficta confessio* que sólo tendría los preclusivos de su proceso. Tal vez en estas aplicaciones hubiera podido ubicarse el análisis del contenido de la preclusión, su naturaleza de eficacia procesal, frente a la eficiencia sustantiva de otros actos constitutivos. Si la confesión puede invocarse extraprocesalmente, ello se justifica por su índole de medio de convicción, su carácter de eficiencia, mientras que la *ficta confessio*, como resultado de la preclusión, es meramente eficaz y para el juicio en que se realiza, porque la *ficta confessio* es en realidad la imputación que hace el juzgador a la parte así sancionada; todo lo cual obedece a la técnica de suplementación de la inactividad, que es consustancial a la

instancia proyectiva, o sea, a la acción procesal. En otras palabras, y avanzando más hacia el fondo de la figura, la preclusión es la clausura, la integración de los grados procesales, y por ello, mientras la confesión es actividad que sólo requiere de la jurisdicción para completar el grado, la *ficta confessio* es inactividad que exige la suplementación de esa inhibición del accionante, que de otra manera produciría la paralización del proceso.

De lo dicho se infiere que no puede aplicarse el término de preclusión a lo confesado, sino a la actividad procesal que se requiere para confesar. No hay preclusión porque una vez confesado un hecho, no se pueda deducir el derecho incompatible con la declaración; en todo caso debe internarse en el análisis de la eficiencia del acto, para coordinar lo dispuesto por las leyes, sobre todo las que como el artículo 328 del código distrital, señalan que la nulidad proveniente de error o violencia se sustanciará sumariamente; pues esta cuestión se distingue de la atinente a la *ficta confessio*, que da lugar, según el artículo 403 a otras situaciones, específicamente a que el declarado confeso pueda rendir prueba en contrario. Por tanto, en el primer caso se trata de un acto de eficiencia, que como todos los de su clase, es impugnabile por su invalidez, mientras que en el segundo se advierte otro de eficacia que puede ser contrarrestado mediante la actividad eficaz respectiva.

a) No debe olvidarse la enseñanza de Chiovenda en el sentido de que la distinción es tarea esencial de la ciencia; y por ello es interesante analizar la aplicación de la figura en el caso de sentencias interlocutorias, o simples interlocuciones.

Según el autor,<sup>913</sup> al hacerse firme la interlocutoria, precluye toda discusión sobre el punto resuelto. Otro tanto sucede con la sentencia definitiva, sea estimatoria o desestimatoria; pero en este caso, la preclusión va acompañada del caso juzgado, que opera fuera de la serie proyectiva. El caso juzgado se funda en la preclusión de la cuestión en torno al fundamento de la demanda, y produce la indiscutibilidad de la existencia o inexistencia de la voluntad de la ley. Pero esto implica, según el autor, el fin de la litis y precluyen todas las cuestiones posibles relativas a la demanda. En cambio, durante la litis, pueden precluir cuestiones aisladas de fondo; pero esto no produce la cosa juzgada, pues mientras el proceso siga abierto, podrán proponerse nuevas cuestiones y excepciones, que quiten prácticamente toda importancia a la preclusión efectuada. Por ejemplo, una sentencia declara nacido un derecho de propiedad o de servidumbre a favor de una parte y dispone de medios de instrucción conducentes a probar la posesión o la lesión por parte del demandado; una vez definitiva esa sentencia, precluirá la cuestión acerca del título del demandante, pero no estará aún acreditada la existencia actual del derecho; el demandado pue-

de oponer aún la usucapión, el no uso, etc. Así, la cuestión compleja de la existencia del derecho se puede escindir durante la litis en tantas cuestiones distintas, y cada una de ellas ser objeto de una preclusión.

Desde luego deben advertirse algunos puntos que son circunstancias, pero que influyen en la tesis de Chiovenda. El autor parte del principio jurídico de la litis abierta, que sigue en México el código federal de procedimientos civiles. Al pasar al sistema llamado del orden preclusivo, esa idea de que una vez resuelto un derecho se pueda pasar a probar su existencia actual, no tiene cabida.

Todavía Chiovenda menciona algunos casos resueltos por la jurisprudencia italiana, siguiendo su criterio; entre ellos cabe aludir al que consistió en que si durante el curso de un juicio se resuelve por sentencia interlocutoria una interpretación de la ley, y después pero antes de la sentencia final, una ley viene a darle inteligencia diferente, porque de la interlocutoria nace una simple preclusión, ésta es destruida por la ley interpretativa sobrevenida, que en cambio carecería de eficacia frente a una sentencia definitiva.<sup>914</sup>

Bastaría recordar que en el derecho mexicano, el código distrital contiene otras aplicaciones, que si no son similares, son paralelas. Según el artículo 94, las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales, pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva. De ahí puede inferirse que sólo en el caso de lo que el artículo 79, fracción II, llama autos provisionales, cabe esa modificación o sea, que en la definitiva no se podría alterar la interlocutoria. A ello debe añadirse que son interlocutorias, entre otras, las resoluciones de competencia, y que conforme al artículo 426, fracción IV, causan ejecutoria por ministerio de ley y producen el caso juzgado, y a éstas, deben seguir las mencionadas en la fracción V, que son las más que se declaran irrevocables por prevención expresa de la ley, así como aquellas de las que se disponga que no haya más recurso que el de responsabilidad.

Parece que, en todo caso, la preclusión no es figura que sólo deba acomodarse a los plazos, pero debe tenerse cuidado en no confundir con ellos a los términos ni a las conexiones definidas, de manera que, cuando Chiovenda expresa que el transcurso de los términos preclusivos produce caducidad del derecho de realizar los actos para cuyo cumplimiento había sido fijado el término; como en las palabras empleadas no se fija el sentido temporal del término, sino que lo mismo puede entenderse como plazo, resulta que la locución: transcurso de los términos preclusivos, no tiene un solo sentido, es ambigua y tanto cabe que aluda a un movimiento de la preclusión, como al movimiento que le antecede.

Sería fatal entender lo primero, porque la preclusión no es, en absoluto, algo que transcurra, algo que se mueva o sea movido, algo que se

encuentre en el movimiento, sino apenas un fenómeno que con el movimiento tiene la misma conexión que cualquier otro dato jurídico: su realización y no su combinación; es decir, es manifiesto que para llegar a la preclusión se necesita que haya un tiempo, pero la preclusión en sí no es movimiento que en ese tiempo pudiera ubicarse.

b) Se incluyen palabras como caducidad y perención, cuando se habla de la preclusión, y esto lleva a confundir los supuestos, porque en la caducidad el tiempo opera como plazo al que debe añadirse el incumplimiento de un acto, que resulta una condición, no para que caduque el derecho sino para que no caduque. En la preclusión no hay tal, lo mismo cuando se atiende a una relación ubicada en un plazo, que cuando se mira a otra en un término, y aún en una conexión definida, aparece la preclusión; de manera que no es el tiempo, o por lo menos, no es sólo el tiempo lo que influye en la preclusión.

Añádase a esto que en Chioyenda la preclusión es motivo de especial distinción con respecto al caso juzgado, pero no para concluir en su total apartamiento, sino en su particular diferencia de efectos, y se tiene una confusión que da lugar a que la doctrina posterior se empeñe en buscar efectos de caso juzgado en la preclusión o de preclusividad en el caso juzgado, porque basta que la teoría sostenga que una cualidad no pertenece a una sustancia en ciertas condiciones, para que en seguida se investigue afanosamente en cuáles sí es su propiedad.

Al estudiar el fenómeno de la preclusión en el anteproyecto de código de procedimientos civiles para el Distrito, Ignacio Medina<sup>915</sup> criticó el sistema finalmente implantado, aunque no en el Distrito, pero sí en los Estados de Sonora, Morelos, Tamaulipas y Zacatecas.

Explicó el autor que el procesalista sabe que la preclusión no se opera tan sólo a virtud del transcurso del tiempo, y por ello el texto del artículo 161 del anteproyecto, defraudaba las esperanzas que en él se cifraban por el título del epígrafe, donde se alude a la preclusión temporal y nada se dice de otras manifestaciones.

Cuando se trata de la preclusión en función del tiempo, añadió Medina Lima, conviene no soslayar un asunto que va con éste de la mano. La preclusión es efecto extintivo, límite, y si se habla de preclusión en función del tiempo, debe observarse que los procesalistas no han producido todavía una construcción vigorosa tocante al factor tiempo en el proceso, y la doctrina se resiente en muchos puntos por tal omisión.

El tema de la preclusión lleva, por tanto, de nuevo a la preocupación sobre el concepto jurídico de tiempo, aunque en Medina Lima, el mismo sigue siendo un hecho, si bien susceptible de dimensiones que pueden acomodarse a una mayor o menor duración. Pero lo importante ahora,

<sup>915</sup> *Noticia acerca de la preclusión en el anteproyecto, en Revista de la Escuela de Jurisprudencia, T. XII, Núms. 47-48, pp. 177 y ss.*

es que el autor advierte que la preclusión no opera únicamente en función del tiempo, sino que también en función de oportunidad, actividad y omisión.<sup>916</sup>

#### 146 Preclusión y elasticidad.

En este momento de la investigación, Medina Lima entra en el tema de la elasticidad de la preclusión. Por tal, legisladores y doctrina entienden uno de los caracteres generales del procedimiento, según que el orden de procedencia de los varios actos procesales se prescriba de un modo preciso y rígido, de suerte que si el acto no se realiza, la parte decae del poder de realizarlo; o bien se deja a la parte que debe llevarlo a cabo, una cierta libertad para escoger el momento más oportuno sin señalar momento perentorio de decadencia.<sup>917</sup>

Frente a la preclusión, la elasticidad vendría a ser el principio opuesto, aunque no de principios exclusivos, porque como piensa el mismo Calamandrei, dentro del curso de un procedimiento, las fases en que se divide pueden ser señaladas con mayor o menor riesgo, esto es, cabe combinar preclusión con elasticidad.

Tanto en el artículo 180 del código procesal civil italiano, como en los artículos 268, 269, 272 a 278 y 279 del código alemán, o el 115 del proyecto Couture, Medina Lima encuentra datos suficientes para descubrir el sentido del llamado principio de flexibilidad. En primer lugar, la oposición que antes se mencionara, no resulta tal sino mera orientación divergente de la inferible de la preclusión. Pero cabe preguntar cómo es posible hablar de preclusión flexible, si por preclusión se entiende clausura.

Según el autor, la preclusión elástica aparece operando en los casos de rebeldía objetiva por causa de ausencia, siempre que la comparecencia del reo ocurra antes de fenecer la dilación probatoria. Para recibir las pruebas se autoriza la prórroga, siempre que el lapso faltante para fenecer el plazo ordinario sea menor de ese tiempo.<sup>918</sup>

a) Si se detiene la investigación en este punto, se advertirá o descubrirá lo que podría ser motivo de ambigüedad o de confusión. Parece que la doctrina ha venido hablando de preclusión, flexibilidad y preclusión flexible con la vista puesta, no en la integración de los grados procesales, no en el cumplimiento del ciclo proyectivo de la acción, sino en problemas diversos: primero en la llamada transformación de la demanda; segundo en el conocido como principio de eventualidad; y por último en la renovación de posibilidades o prórroga de los plazos, por causas ajenas a la parte contumaz.

916 Op. cit., p. 185.

917 Cfr. Calamandrei, *Instituciones*, p. 256.

918 Páginas 187-8.

Todo ello se ha englobado en la figura de la preclusión flexible, sin alterar el concepto de preclusión ni ampliar el de flexibilidad. No lo primero, porque en cualquier forma que se mire lo regulado en los códigos italiano, alemán y en el proyecto Couture o el anteproyecto mexicano, siempre acontecerá que el legislador trataba de prever las hipótesis en que no debe cerrarse el grado o no ha debido clausurarse por motivos de equidad.

Pero si, finalmente, como sucede en Italia, cerrada la instrucción, ya no se pueden cambiar las conclusiones de las partes, no es que entonces opere la preclusión que antes no se hubiera logrado, sino que se enfrentan cuestiones de dos ámbitos diferentes: la preclusión operará siempre que se trate de actos de eficacia, haciendo que los grados proyectivos se clausuren, en tanto que el debate, la litis, será abierta o cerrada, según que hasta un momento determinado, como la fase postulatoria o la conclusiva, se puedan modificar las pretensiones, a través de nuevos actos de eficiencia.

Medina Lima explica<sup>919</sup> que encuentra flexionado el principio de consumación procesal en el tercer párrafo del artículo 214 del anteproyecto, y que con ello se romperá con el formulismo tradicional estricto, y se desterrará un considerable porcentaje de las impugnaciones de nulidad por vicios en el emplazamiento; porque la nulidad queda purgada si la forma seguida ofreciere al demandado las mismas o mayores garantías que las que allí se establecen. En este caso, la preclusión se hace entroncar con diversa cuestión, esto es, con la formalidad de los actos de notificación, lo que enlaza con el principio no de instar sino de la comunicación judicial.

Los artículos 210, fracción I y 219 del anteproyecto, agrega el autor, autorizan al actor a la acumulación de pretensiones incompatibles, y por cuanto al reo la oposición de excepciones contradictorias; lo que debe merecer censuras por ir contra una experiencia plasmada en la vigente ley distrital. Medina Lima ilustra su comentario, explicando que si se disputa la posesión plenaria o el dominio de una cosa, o la usucapión, nada impide que se aplique el principio de eventualidad en las deducciones; pero nunca de modo de facilitar el abuso de la actividad judicial y el ataque al principio fundamental de economía. El planteamiento de pretensiones y la oposición de defensas deben ser nítidos y congruentes. Si la demanda es un proyecto de sentencia favorable al demandante, y la contestación el contraproyecto propuesto por el reo, no se puede justificar un proyecto de sentencia que sea contradictorio o incompatible dentro de sí mismo.

Pero esta nueva argumentación viene a confirmar lo antes apuntado, porque el principio de eventualidad pretensional no tiene equivalencia con la preclusión, pues si cabe hablar de prohibición de deducir subsidiariamente pretensiones contrarias o contradictorias, petitorias y posesorias,

principales y dependientes, no puede decirse que se trate de un principio contrario al de preclusión, por no agotar en la misma demanda las pretensiones exigibles, sino que se trata del postulado de oposición: acumulación de pretensiones frente a improcedencia de deducción subsidiaria.

Dicho de otra manera, el principio de eventualidad atañe a los actos de eficiencia y no a los de eficacia, aunque en ambos supuestos se pudieran encontrar fenómenos paralelos, por ejemplo, si en uno se interponen a la vez los recursos de apelación y revocación, y el segundo se hace valer subsidiaria o eventualmente. No está en juego el principio de eventualidad, porque aquí ésta correspondería al ánimo del accionante, a una apreciación o condición psicológica de las cuestiones; pero de ninguna manera a una sistematización a base de sustitución de instancias.

El accionante que impugna utilizando dos vías o caminos, aún en los casos de recursos paralelos, o sea de los permitidos por la ley, actúa preclusivamente, porque teniendo dos o más alternativas, el agotamiento de una hace cerrar el grado o contribuye a su clausura, de manera que no puede hablarse de eventualidad.

En cambio, cuando es permitido pretender una resolución y eventualmente otra distinta, o cuando se prohíbe terminantemente tal situación, se está frente al principio de eventualidad que en un caso se aplica afirmativamente y en el otro de manera negativa.

Parece que Medina Lima encuentra el caso de la preclusión en el artículo 227 del anteproyecto, que autoriza a las partes a dejar sin materia excepciones procesales, y en ello mira la preclusión flexible, pues agrega que facilitar el decaimiento de las excepciones procesales para hacer factible la normal entrada en el conocimiento del fondo del asunto, predica rodear de garantías a la probidad procesal y dar un severo golpe a las argucias.

En cambio, encuentra que el artículo 235 que declara no obligatorios los escritos de réplica y dúplica, flexiona los principios de preclusión y consumación procesales, en cuanto deja libertad, sin perjuicio del curso de la dilación probatoria, para que el actor se allane a la contestación del reo o para que modifique sus pretensiones, en función de la resistencia de la contraparte; y permite también que el demandado produzca dúplica si lo quisiere, y sin las consecuencias de la preclusión rígida para los casos de silencio o abstención.

En los artículos 235 y 236 halla el principio que en Italia, en la Relación Grandi se llama de adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de la causa, que puede ser, en caso de necesidad, abreviado o modificado, pudiendo asumir múltiples figuras, en correspondencia a las exigencias concretas del asunto.<sup>920</sup>

Sobre este tema, Calamandrei<sup>921</sup> dice que la adaptabilidad o flexibilidad del procedimiento no consiste solamente en la posibilidad dada en ciertos casos a las partes de escoger inicialmente entre diversos tipos de procedimiento, sino en el poder dado al juez o a las partes, de seguir, en el curso del procedimiento elegido, el itinerario que mejor corresponda a las dificultades y al ritmo de la causa.

b) Cuanto tiene expuesto la doctrina, sobre la elasticidad, no conviene a la preclusión. No es ésta la que puede dar lugar a desviaciones y conexiones de diversa índole, sino el procedimiento mismo. Entonces, la preclusión queda siempre en sus notas constitutivas de integrabilidad. Se trata de la eficacia de las proyecciones que tiende a cerrar el accionar procesal.

En todo caso podría hablarse con Ayarragaray, del principio de inmaculación procesal. Mirado a fondo, el problema es pragmático, de utilitarismo procesal. Se trata de dar un contenido al proceso, que permita afirmar que el mismo tiene un movimiento lógico, hacia la finalidad de su régimen.<sup>922</sup> A esto coadyuva la preclusión, porque favorece la marcha progresiva del proceso, evitando el regreso al punto de partida.

Pero no está ahí la médula del problema, y si se trata de encontrar economía, eliminación de formas y fórmulas inútiles, complicadas, superfluas, estrechas o simplemente de tal rigidez que acaben por ahogar al proceso; entonces habrá que buscar por otro camino la solución útil.

De todo lo anterior se infiere que de un principio, en cierta forma bien simple como el de preclusión, se ha hecho un género que abarca especies contradictorias, y cómo se atribuyen teóricamente reglas que no le pueden pertenecer; y se llega a la idea de la flexibilidad, o de adquisición, empleando términos que debieran distinguirse. Se invocan casos de acumulación para hacer otra aplicación del principio de preclusión, cuando no es sino una tendencia a la economía procesal.

También, como quiere Ayarragaray, debe evitarse el confundir el principio de admisión con el de preclusión, de manera que declarado inadmisibles un recurso o cualquier instancia, no debe hablarse de preclusión sino de rechazo o inadmisión; pues si el recurso o la instancia rechazados, por disposición legal no pueden volver a intentarse, no es debido a que hayan precluido, ya que no cabe hablar de que se ha integrado algo que es inadmisibles, sino que el rechazo obedece a que sigue siendo inadmisibles la impugnación o el acto inicial.

Así, cuando un ofrecimiento de prueba es rechazado y el auto se impugna con resultados contrarios, no precluye la impugnación, porque ya no pueda intentarse, sino porque los resultados siguen siendo contrarios. Se trata de una hipótesis en la que se considera que el recurso era y si-

921 *Instituciones*, p. 303.

922 Ayarragaray, *El principio de inmaculación en el proceso*, p. 32.

que siendo improcedente. A un caso de esta naturaleza se refería Medina, cuando comentaba el artículo 341 del anteproyecto distrital de 1948, diciendo que todos los recursos o impugnaciones de la misma naturaleza, hechos valer por separado contra una misma resolución judicial, deben acumularse a petición de parte o de oficio y decidirse en una sentencia.

Sin embargo, la idea legislativa no era establecer una preclusividad, porque se habría establecido que la interposición de un proceso admitido impediría la procedencia de otros. Se dijo que los recursos de la misma naturaleza, hechos valer por separado, deberían acumularse, y así, la apelación del actor debería reunirse con la apelación del demandado o la del tercero. Es menester destacar que no se habló de acumulación de apelaciones, por ejemplo contra interlocutorias y sentencias, porque se exigía la identidad de la resolución judicial.

En cuanto a la repetición de recursos, que también se señaló como de eficacia preclusiva, el artículo 342 decía que declarado inadmisibles o improcedentes un recurso, no podría interponerse nuevamente, aunque no hubiera vencido el plazo establecido por la ley. Se advierte la aplicación del principio de inadmisibilidad, que si se combina con la vigencia del plazo, lleva a pensar en cierto efecto de la preclusión; pero aquél se produce cuando, sin haber fenecido el lapso, se intenta la instancia y con ello precluye el grado. No se estuvo en el supuesto de preclusividad, porque el recurso inadmisibles no puede agotar un plazo ni una actividad cualquiera.

También se mencionó la preclusión respecto del artículo 343, que indicaba que sólo se admitiría el recurso procedente, y se impondría multa al que hiciera valer varios recursos simultáneamente. De este precepto, dijo Medina Lima que había una manifestación especial de eventualidad, para el caso de interposición simultánea de impugnaciones diversas; y aprobó la solución, argumentando que partiendo del supuesto de que por lo común, el asesoramiento profesional preside en el manejo de las impugnaciones, y que la impericia o inhabilidad del director técnico no debe traer por resultado que la preclusión rígida vaya a dejar indefensa a la parte.<sup>923</sup>

En este caso sí opera la preclusión, aunque tal vez no fuera la idea del legislador el aplicarla, porque es cierto que al intentar recursos simultáneos, se sobreentiende que uno de ellos es el procedente, y que por lo tanto, el grado procesal se cierra; pero aquí el precepto tuvo otra intención: sancionar con una pequeña multa. No parece que haya eventualidad sino subjetiva, en el ánimo del promovente; pues en la ley, la eventualidad es la secuencia de procedibilidad. Si un acto es rechazado, por el principio de eventualidad se entra al siguiente, y en este caso nada se dijo de la procedencia de ambos. Se aplicó una buena solución, porque toca al juez

decidir cuál es el recurso admisible, pero de ahí no se puede inferir aplicación del principio de preclusión ni del principio de eventualidad.

#### 147 Eficacia de la preclusión.

En los *Estudios en honor de Hugo Alsina*, Luis Juárez Echegaray publicó una colaboración intitulada *La preclusión*. Desde el principio, el autor comenta que la doctrina, con excepción de la valiosa contribución de Chiovenda, no ha dedicado a este tema la debida preferencia, insistiendo la mayoría de los autores en destacar sólo algunos de sus efectos, como la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal, por el solo transcurso del tiempo, sin insistir, como lo hiciera aquel autor, sobre su verdadera esencia y finalidad: la pérdida de la facultad procesal por el solo hecho de haberse alcanzado el límite señalado por la ley para su ejercicio.<sup>924</sup>

Con estas palabras se anticipó una idea discutible, el que la preclusión tiene como esencia la pérdida de un derecho procesal, por fenecimiento del límite temporal. A lo anterior suelen agregarse dos situaciones: la primera, que no sólo por agotamiento del lapso se llega a la preclusión, pues también sucede por actuar como debe ser y por actuar en sentido excluyente del primero. Segunda, que ese límite no es siempre máximo ni el señalado por la ley; ahí están los casos de actividad en los términos y en las conexiones definidas, que no tienen plazo ni pueden tenerlo, mucho menos máximo o mínimo, sino regularidad de secuencia.

Por ese camino, Juárez Echegaray avanza negativamente, y llega a decir que es Chiovenda, quien principalmente se encarga de demostrar que la idea de preclusión corresponde más bien a un efecto o a una consecuencia, a un límite, ya que consiste en la imposibilidad en que se encuentran las partes de ejercer las facultades procesales más allá de las previsiones que el legislador tuvo en cuenta, para concederlas o autorizarlas. Cuando opera la preclusión, actúa como un impedimento o una imposibilidad. La facultad procesal no usada, indebidamente o deficientemente usada, se extingue para la parte, quien ya en el futuro, no podrá usar de ella ni corregir ni integrar su actividad, si la hubiera usado.<sup>925</sup>

No es esta la función de la preclusión, ni convendría atribuírsela, porque en el proceso, ese aspecto negativo haría retroceder y no avanzar a la ciencia, volviéndose a las formalidades solemnes, a los requisitos obstaculizantes. En el proceso tiene la preclusión un aspecto positivo, que es asegurar la marcha, garantizar la adquisición, hacer eficaz la instancia. La preclusión se enlaza, primero, a la exigencia de jurisdicción, porque una vez presentada la instancia, no puede el juez demorar ni entorpecer la integración del grado. La preclusión, es el caso típico de la contumacia, no hace sino llevar a resultados congruentes con el principio de integración;

924 Op. cit., p. 355.

925 Op. cit., p. 356.

si no se produce la actividad, opera la preclusión, no porque se busque la pérdida del derecho, sino porque se persigue la fijeza del derecho contrario, la eficaz acción.

El mismo Juárez Echegaray recuerda las tres desembocaduras de la preclusión, propuestas por Chiovenda: indebido uso del derecho por i) no observar el orden legal, ii) por realizar acto incompatible, y iii) por no ejercer el acto. Esto es verdad, pero no debe confundirse la causa con el efecto. El proceso no es actividad simultánea, aunque pueda ser paralela; lo normal es que sea sucesiva, con todas las consecuencias de formar una serie; pero entonces no debe concebirse que es de la naturaleza de la preclusión lo que corresponde a la serie. Para que ésta se forme es conveniente aplicar la preclusión; pero ésta no es la sucesión sino la integración que hace posible a la anterior: primero integrar y luego suceder.

Cuando Juárez Echegaray insiste en sostener que la preclusión es la imposibilidad de producir un acto más allá del límite fijado para su realización, toma al tiempo, a la medición del movimiento físico, como el factor de la preclusión. Pero entonces no cabría admitir lo contrario, es decir, que también opere ahí donde no ha fenecido el lapso.

La preclusión no se manifiesta por la imposibilidad en sí de actuar sino que ésta es consecuencia de la preclusión. Cuando la última se presenta, porque se actúa lo debido, lo incompatible, o se deja de actuar, habrá preclusión, si: hay clausura del grado. No la habrá, aunque el tiempo haya transcurrido, si el grado quedó abierto, y tal sucede en algunas ocasiones que la ley impone el acuse de la contumacia para dar por cerrado el grado.

a) En estas indagaciones sobre el concepto de la preclusión, no se intenta negar el mérito de Chiovenda como acuñador del vocablo. El tuvo a la vista ciertos fenómenos procesales y utilizó la palabra, probablemente con el ánimo de encontrar un género a situaciones varias. Ahora bien, la ciencia no puede respetar el derecho de autor, y renunciar a depurar los términos. Si Chiovenda encontró un común denominador para varios fenómenos, el estudioso está obligado a revisar el tratamiento, y puede llegar a la conclusión de que no hay sinonimia, que no hay género próximo, que se han conjuntado problemas disímbolos. Demostrar esto es lo más importante y lo más objetivo.

La preclusión tiene, a pesar de lo sostenido por la doctrina, una aplicación de eficacia que trasciende hasta la eficiencia cuando, como en los casos del artículo 230 y siguientes del anteproyecto distrital comentado por Medina Lima, se combinan preclusión con litis abierta. La posibilidad de ampliar y transformar la demanda o la contestación, cambiando el debate, vendría a significar un derogamiento del principio de la preclusión, es decir, conduciría a la llamada preclusión flexible, si ésta se apoyara tan sólo en la temporalidad astronómica. En realidad, aquí la preclusión ha

si no se produce la actividad, opera la preclusión, no porque se busque la pérdida del derecho, sino porque se persigue la fijeza del derecho contrario, la eficaz acción.

El mismo Juárez Echegaray recuerda las tres desembocaduras de la preclusión, propuestas por Chiovenda: indebido uso del derecho por i) no observar el orden legal, ii) por realizar acto incompatible, y iii) por no ejercer el acto. Esto es verdad, pero no debe confundirse la causa con el efecto. El proceso no es actividad simultánea, aunque pueda ser paralela; lo normal es que sea sucesiva, con todas las consecuencias de formar una serie; pero entonces no debe concebirse que es de la naturaleza de la preclusión lo que corresponde a la serie. Para que ésta se forme es conveniente aplicar la preclusión; pero ésta no es la sucesión sino la integración que hace posible a la anterior: primero integrar y luego suceder.

Cuando Juárez Echegaray insiste en sostener que la preclusión es la imposibilidad de producir un acto más allá del límite fijado para su realización, toma al tiempo, a la medición del movimiento físico, como el factor de la preclusión. Pero entonces no cabría admitir lo contrario, es decir, que también opere ahí donde no ha fenecido el lapso.

La preclusión no se manifiesta por la imposibilidad en sí de actuar sino que ésta es consecuencia de la preclusión. Cuando la última se presenta, porque se actúa lo debido, lo incompatible, o se deja de actuar, habrá preclusión, si: hay clausura del grado. No la habrá, aunque el tiempo haya transcurrido, si el grado quedó abierto, y tal sucede en algunas ocasiones que la ley impone el acuse de la contumacia para dar por cerrado el grado.

a) En estas indagaciones sobre el concepto de la preclusión, no se intenta negar el mérito de Chiovenda como acuñador del vocablo. El tuvo a la vista ciertos fenómenos procesales y utilizó la palabra, probablemente con el ánimo de encontrar un género a situaciones varias. Ahora bien, la ciencia no puede respetar el derecho de autor, y renunciar a depurar los términos. Si Chiovenda encontró un común denominador para varios fenómenos, el estudioso está obligado a revisar el tratamiento, y puede llegar a la conclusión de que no hay sinonimia, que no hay género próximo, que se han conjuntado problemas disímbolos. Demostrar esto es lo más importante y lo más objetivo.

La preclusión tiene, a pesar de lo sostenido por la doctrina, una aplicación de eficacia que trasciende hasta la eficiencia cuando, como en los casos del artículo 230 y siguientes del anteproyecto distrital comentado por Medina Lima, se combinan preclusión con litis abierta. La posibilidad de ampliar y transformar la demanda o la contestación, cambiando el debate, vendría a significar un derogamiento del principio de la preclusión, es decir, conduciría a la llamada preclusión flexible, si ésta se apoyara tan sólo en la temporalidad astronómica. En realidad, aquí la preclusión ha

sido combinada con el principio de litis abierta, lo que es factible, primero porque no se excluyen ambos principios, y segundo, porque el de litis abierta no viene a interrumpir ni a alterar a la preclusión, sino que es ésta la que se acomoda a la anterior, para hacer posible la acumulación de pretensiones, la variación del debate y la innovación que todo ello entraña. Es indudable que la preclusión de las instancias iniciales operó en cuanto se clausuraron los respectivos grados, lo que en términos del anteproyecto, no impedía ni la acumulación de nuevas pretensiones, ni la modificación de las anteriores ni su transformación, porque los nuevos actos de eficiencia irían también en sendas instancias preclusivas.

Debe, pues, desvincularse la preclusión del debate, porque de otra manera, siempre que se hablare de aquélla se supondría fijeza en el segundo, lo cual es absurdo. En otro sentido, tomando el vocablo tiempo, no como cosa en sí, no como hecho natural, sino como medición del movimiento, es cierto que la preclusión impone un límite temporal a la vida del proceso, al imponerlo a cada uno de sus actos;<sup>926</sup> pero no debe olvidarse que no se trata del tiempo astronómico, sino del procesal, es decir, de la medición de la actividad, del movimiento que implica el instar establecido por la ley.

Juárez Echegaray destaca un hecho de la mayor importancia: la indiscutibilidad del orden lógico.<sup>927</sup> Es ésta una idea de trascendencia, porque la preclusión efectivamente hace indiscutible lo actuado o graduado, que en última instancia significa o implica también una actividad de los demás y una iniciativa de cierto sujeto. Por la preclusión se hace indiscutible la serie, pero debe ponerse cuidado en el sentido de estas afirmaciones. No se trata, por ejemplo, de que la *ficta confessio* sea en sí eficiente o indiscutible como adquisición de los actos imputados al sujeto, sino que resulta manifiesto que se le han atribuido, puesto que hubo una adquisición procesal por preclusión, una clausura del grado con determinación de esa *ficta confessio*.

Así entendido el problema, es inteligible que haya preclusión y al mismo tiempo posibilidad de transformar la demanda o la contestación. Lo indiscutible, lo adquirido con certeza es la instancia en sí, no su referendo de eficiencia. De este modo es explicable que haya transformación porque antes hubo formación. No habría cambio si no hubiera una primera postulación del debate. Hay indiscutibilidad porque hay preclusión de la demanda y de la contestación; pero no porque se cierra su modificabilidad, su referencia a lo debatido.

La preclusión, que lleva a la indiscutibilidad del orden procesal, no es, con todo, algo sucedáneo o implicativo de la economía. Cuando Juárez Echegaray expresa que no bastaría con los actos procesales en sucesión,

926 Juárez Echegaray, op. cit., p. 358.

927 Op. cit., p. 359.

si las partes los pudieran utilizar indefinidamente, en realidad está confundiendo principios diversos. De que la acción busque la clausura del grado, como consecuencia de su proyectividad, no se sigue que ya no pueda hacerse valer nueva pretensión o nuevas defensas. Se ha visto el caso de la litis abierta, se ha confirmado con las disposiciones del derecho positivo, que es factible modificar y transformar pretensiones del accionante y del reaccionante.

Suponer que la preclusión es lo mismo que no identificación, como dice Juárez Echegaray, es un error, pues si las defensas se pueden presentar una tras otra, no se está permitiendo la indefinición o el desorden; tan sólo se podrá hablar de disposición en la sucesividad, y para ello es necesario que haya un precepto que lo autorice. En todo caso, y suponiendo que el régimen positivo ordene que se conteste la demanda presentando varias clases de excepciones que han de ser decididas progresivamente, se estará ante el fenómeno de la manera de precluir.

Desde cualquier ángulo que se considere la cuestión, resultará que la ley establecerá un orden de clausura de varios grados, pero no la confusión de éstos. Si hay varias excepciones oponibles y sólo se hacen valer una o dos, el problema no es de preclusión de las otras, sino de pérdida de la ocasión legal.

Lo que ahora se sostiene, en contra del criterio de Juárez Echegaray, es que el cierre del grado y la renovación de la **petición** procesal, son cuestiones diversas, y puede darse su compatibilidad, como sucede cuando se autoriza la ampliación o modificación de la litis. Esto encuentra el caso ejemplar en el proceso penal, donde la pretensión de la consignación, puede ser alterada en las **conclusiones**. Decir que ha precluido o que no ha precluido el derecho de pretender condena por diverso delito, es totalmente impertinente. Lo que no puede negarse es que el grado correspondiente a la acusación inicial ha precluido cuando se recibe la declaración preparatoria del consignado.

Se insiste, por tanto, en que la preclusión opera respecto de la eficacia del instar y no está en relación de necesidad con la eficiencia del pretender. El momento en que el debate se concreta es problema que conduce a dos soluciones: litis cerrada y litis abierta; el momento en que se puede pedir la acumulación es problema de ocasión procesal, pero la instancia que se utilice para ello, precluirá cuando cumpla su ciclo de eficacia; en la inteligencia de que este ciclo puede corresponder a una instancia proyectiva o a otra de simple derecho de petición. El legislador puede imponer una audiencia preliminar para el estudio de las excepciones relativas a la constitución del proceso; puede establecer un momento intermedio como el **despacho saneador**, que va entre la fase postulatoria y la probatoria; puede exigir que las excepciones se hagan valer sólo en la fase postulatoria; y puede autorizar que se deduzcan en cualquier momento hasta

antes de citar para sentencia, y aún que se reiteren o presenten en la alzada. Esta es, pues, materia de ocasión procesal, diversa de la preclusión del instar, aunque tenga conexión con ésta, por lo mismo que los actos de eficiencia requieren de los actos de eficacia para surgir, para evidenciarse en el proceso.

Sentada la autonomía de cada figura: preclusión y ocasión, se puede pensar en su combinación y advertir la circunstancia de que en la legislación se les llega a regular interdependientemente. Pero no hay dificultad en imponer esta invariación, como no la habido para hacer interdependientes al accionar con el derecho sustantivo. La secular figura de la litiscontestación llegó a significar la novación del derecho, actualmente el ejercicio de la acción trasciende interrumpiendo la prescripción y, en fin, códigos como el distrital mexicano, pueden declarar perdido el derecho que no se pretende en la demanda.

b) Se llega al punto de las distinciones teóricas. Con frecuencia, y desde Chiovenda, se ha venido hablando de caducidad, consumación, perención, etc., todo a propósito de la preclusión y en virtud de entenderla como factor de pérdida del derecho.

Juárez Echegaray explica que una vez contestada la demanda no puede el demandado contestarla nuevamente, con el pretexto de que alguna cuestión de interés para la defensa fue omitida. Este es, dice, el principio de consumación procesal, que consiste en que la facultad se pierde con el ejercicio, que se consume con el uso.<sup>928</sup>

Es fácil advertir que contestada la demanda, la preclusión significa y entraña necesariamente la integración de un grado y consecuentemente su clausura. Pero de ahí a que se consuma, a que se agote la posibilidad de presentar ciertas defensas o excepciones, hay un abismo. Puede suceder que el legislador establezca el sistema de litis abierta, que nada opone ni excluye de la preclusión. Puede suceder que se trate de excepciones ligadas a la irregularidad del procedimiento, caso en el que sería exagerado cerrar la puerta a su procedencia.

La consumación significa el agotamiento inútil de la ocasión. Aunque por lo común agotamiento y preclusión van unidos, ni siempre ha sucedido así, ni es posible hacerlos sinónimos o especies de un género, menos aún convertir en género a uno y a la otra en su especie. En los ordenamientos en que no se conoció la contumacia, pudo haber plazo susceptible de consumirse inútilmente sin originar la preclusión.

Para no hacer del problema una mera discusión de palabras, conviene acudir al fenómeno en sí. Por ejemplo, existe el caso de la denuncia del pleito a tercero. Si se hace teoría mirando a un código en particular, se comete el error de elevar a postulado lo que es mera experiencia. Ello sucedería si en atención a lo prevenido por un código mexicano, se dijera

que la denuncia del pleito debe hacerse al contestar so pena de que el derecho precluya. El hecho de que esta proposición se entienda no conduce a sostener que es correcta. También se entendería la proposición que dijera que caduca, perece o decae el derecho de denunciar el pleito si no se ejerce al contestar. No es porque una oración resulte comprensible que deba dársele valor lógico, muchos absurdos son inteligibles pero no dejan de ser absurdos. Para la ciencia es necesario que se elija el término unívoco y adecuado. Para saber cuál es el vocablo idóneo, tiene que pasarse de una proposición a otras. Y cuando esto se realiza con la que expresa que al no denunciar el pleito precluye el derecho, acontece que se está llamando precluir a lo que en otra proposición es distinto; porque también se dice que si el demandado denuncia se ha presentado la preclusión.

Esto es lo determinante, que al emplear el vocablo con tantos significados, el lector no sepa con exactitud lo que se quiso afirmar. Si se comenta que el derecho a denunciar ha precluido, el oyente no sabrá si hubo la denuncia, si no la hubo o si en vez de denunciar se contestó la demanda haciendo valer defensas. Ante la falta de certeza de las proposiciones, no se puede pensar en un lenguaje científico, y como los símbolos sí permiten concretar el pensamiento, la falla estará en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, que no han hecho esfuerzo suficiente para depurar la terminología.

b) Lo que más debe preocupar con una palabra que tiene la característica de haber sido introducida como término técnico, es el que haya nacido multívoca y equivocadamente.

Chiovenda lo propuso y la doctrina lo ha aceptado, de manera que ahora es casi natural decir que precluye un derecho por hacerlo valer o por hacer valer uno distinto. Tan simple afirmación convenció a los tratadistas, y Juárez Echegaray habló del principio de consumación.

Pero contando con las nociones que hasta aquí se han adquirido, es posible advertir la gravedad de la falla de esta tesis. En el proceso se presentan los seis tipos de instancias: la proyectiva de la acción, el derecho de petición, la denuncia, la querrela, la queja y el reacertamiento. Unas tienen condicionada su ocasión de ejercicio, otras no, de manera que se pueden pedir copias certificadas en cualquier momento, se puede denunciar un impedimento para concurrir al juicio en el momento en que desaparezca y no en una ocasión procesal determinada; cabe la queja por retardo en la administración de justicia siempre, y la querrela procesal<sup>929</sup> se puede enderezar contra el colitigante, los testigos y los peritos. Pero sea cualquiera el régimen que se les aplique, hay un dato innegable: cada instancia eficaz cumple su grado.

Frente a ello está la eficiencia, en la práctica es sólo normal que a cualquier tipo de promoción recaiga acuerdo dando vista a la contra-

ria, o al ministerio público. Ello está lejos de significar concesión, de manera que una instancia que ha recorrido un sendero proyectivo en toda su extensión, ha propiciado una resolución que puede expresar que no ha lugar a conceder lo pedido por extemporaneidad.

La preclusión, en la idea de Chioyenda y Juárez Echegaray, es un vocablo engañoso, y suele empleársele para decir algo contrario a la realidad; se le utiliza para indicar que no procede lo que ya procedió.

Pero se puede retomar la tesis chioyendiana para hacerla funcionar en otra hipótesis. Según la doctrina del principio de consumación, se presenta la preclusión por hacer lo debido, la facultad procesal se pierde con el ejercicio, se consume con el uso.<sup>930</sup> Hasta aquí, la tesis puede significar: i) una tautología, ii) una falsedad. Si se alude al instar, se está diciendo que el principio de consumación explica que habiendo instado se instó: tautológico. Si se hace referencia a lo pedido, se está sosteniendo que no puede volver a pedirse: falso, porque no en todos los regímenes existe tal prohibición, de manera que la excepción opuesta en la audiencia preliminar, en el período del despacho saneador, o al contestar la demanda, puede reiterarse si atañe a los presupuestos; y en términos generales, se autoriza que las verdaderas excepciones, puedan reiterarse en la apelación: incompetencia, falta de personalidad, etc.

Y el problem se agrava cuando por consumación se entiende también el no ejercicio de la facultad. Decir que precluye el derecho cuando no se ejerce, significa que un mismo vocablo tiene dos sentidos excluyentes: se precluye por actuar y por no actuar. Y esto, para la práctica, no sólo es inútil, sino perjudicial, porque hace suponer que se da el mismo tratamiento al demandado que contestó que al contumaz. Si este criterio se aplica efectivamente, los litigantes optarían por la vía de la audiencia del rebelde que en México se regula como la apelación extraordinaria y se suplementa con el juicio de amparo.

#### 148 Preclusión y consumación, caducidad y decaimiento, abandono y prescripción.

En el posterior desarrollo de la teoría de la preclusión, se ha llegado a combinaciones discutibles. Para Devis Echandía,<sup>931</sup> el principio de eventualidad se llama también de la preclusión; y explica que tiende a buscar orden, claridad y rapidez en la marcha del proceso y tiene lugar dentro de los procedimientos escritos, y sólo muy parcialmente en los orales.

Por tal principio, entiende la división del proceso en una serie de momentos o períodos fundamentales, en los que se reparte el ejercicio de la actividad de las partes, de manera que determinados actos deben corresponder a determinado período, fuera del cual no pueden ser ejercidos, y

930 Juárez Echegaray, *op. cit.*, p. 361.

931 *Op. cit.*, p. 60.

si se ejercen no tienen valor. Implica un perjuicio para la parte negligente, pero es el precio de la relativa rapidez en la tramitación.

Se distribuyen las oportunidades de ejercer los medios de defensa y de ataque, que únicamente pueden ser utilizados en uno de esos momentos, aún cuando sus efectos vayan a surtir en período futuro, como ellos son útiles después por las derivaciones posibles de la litis, se opera lo que se denomina el principio de eventualidad. Como no se pueden ejercer esos medios de defensa o de ataque en períodos diferentes a los que la ley señala, si se dejan transcurrir sin utilizarlos, se dice que son oportunidades precluidas, y de ahí que se lo designe como principio de la preclusión.

Couture ha agregado<sup>932</sup> que la preclusión no es un instituto único e individualizado, sino una circunstancia atinente a la estructura del proceso; que el dogma de la voluntad aparece sustituido por las consecuencias de carácter objetivo, puesto que no se violan obligaciones sino que sólo se presenta la abstención en el ejercicio de un derecho.

a) Que la preclusión tenga mayor aplicación en los procedimientos escritos, es un postulado sin comprobación, porque en las dos técnicas surge por igual la necesidad de cerrar el grado, y en ambas cabe la litis abierta. No se ve por qué en la oralidad debe haber desorden o menos orden que en la escritura; pero aunque materialmente así sucediera, para la ley procesal el orden se cumple cuando inmediatamente después de las exposiciones deshilvanadas o no de las partes, el juzgador pone fin a un punto determinado: la postulación, el ofrecimiento de las pruebas, su desahogo o los alegatos.

Que el proceso se divida en períodos o fases es indiscutible, y que a cada una correspondan ciertos actos es también cierto. Pero no cabe confundir el tipo de fase con su orden de sucesión. En la litis abierta, la fase postulatoria viene al principio y puede reabrirse después de la probatoria. La preclusión opera en todos los casos, porque significa la clausura de los grados. Pero en Devis Echandía parece vincularse con el objeto de las fases de manera que sólo se puede pretender en la postulatoria, probar en la probatoria y alegar en la conclusiva. Aquí se ha extendido el significado de la preclusión para comprender el objeto de las fases y no solamente el efecto de las instancias. Aún así, lo que tendría que estudiarse es la ubicación de la fase, porque de otra manera se volvería a lo tautológico, diciendo que en la fase se debe hacer lo que se hace en la fase.

Que la distribución de las fases implique el que en unas se actúe y en otra se produzcan los efectos, es totalmente ajeno, no ya al principio de preclusión, sino al mismo de eventualidad, entendido siempre como la acumulación de pretensiones para hacer valer unas en el caso de que las otras sean deficientes.

En cuanto a que no se violen obligaciones, sino que sólo se presente la abstención de un derecho, la misma doctrina se muestra dudosa, y Devis Echandía<sup>933</sup> habla del fenómeno de las cargas, recordando que para Tullio de Michelli,<sup>934</sup> de preclusión se puede hablar cuando se puede referir a la autorresponsabilidad del sujeto procesal, porque se trata del ejercicio de un poder conferido en el interés de la parte misma.

Lo mismo Couture al hablar de la abstención en el ejercicio de un derecho, que Devis Echandía y Michelli al referirse a la carga, olvidan que lo que están observando es una pérdida, y esto, como quiera que se le le denomine, tiene carácter de sanción. El vocablo carga, introducido por Goldschmidt, tiene más inconvenientes que el término obligación al que quiso sustituir. La idea fue que hay una carga, cuando al interesado conviene realizar el acto, sin que la abstención lleve a un castigo o sanción. Pero en el proceso estas hipótesis no se presentan, porque el sujeto que no actúa y pierde la facultad de hacerlo, ha recibido una sanción, como se mira en lo que estos autores llaman preclusión.

b) Al recapacitar sobre el tema, se advierte un propósito de política procesal fácil de comprender y justificar. Inicialmente el proceso se divide en fases y éstas en grados. Cada fase tiene un objeto peculiar e intransferible a las otras, de manera que los grados que la forman, vienen subordinados al cometido de la fase respectiva.

Cuando la actividad correspondiente a una fase no se cumple, y la fase se cierra o concluye, así se trate de la técnica de litis abierta, ya no puede efectuarse esa conducta. Pero debe recordarse que hay conductas que pueden realizarse durante todo el desarrollo del proceso, y éstas quedan excluidas por su misma hipótesis; tal sería el caso de la conducta procedimental correspondiente al embargo precautorio, y en lo estrictamente procesal, el caso de la absolución de posiciones.

El fenómeno que se analiza puede quedar significado con las palabras orden consecutivo y ocasión procesal. Cada fase tiene un lugar en la serie: orden consecutivo. Y cada conducta tiene una fase adecuada: ocasión procesal.

Inicialmente, Chiovenda quiso distinguir entre preclusión y **poena preclusi**, aunque confesó que el término novedoso recordaba la vieja denominación. La diferencia para él, fue que la preclusión no tenía sentido de pena, Pues bien, doctrina, legislación y jurisprudencia han traicionado el propósito, porque la llamada preclusión viene a operar como la pérdida del derecho, aunque también opera como adquisición del derecho. Esto es lo que entraña contradicción, sin perjuicio de implicar la dicha sanción no buscada por Chiovenda.

933 Op. cit., p. 60-1.

934 *La carga de la prueba*, Bs. As. 1961, p. 164.

En consecuencia, uno es el problema provocado por la palabra elegida, y otro es el problema creado por el principio de ocasión procesal. Este último no puede eliminarse frente al derecho positivo, porque no cabe decir que no hay sanción, si la respectiva conducta está prohibida.

c) La diferencia manifiesta que va de actuar lo debido a perder la ocasión, justifica el que se busquen sendas denominaciones. Y en verdad, no hay dificultad para lograrlo, porque la palabra **consumación** significa cumplimiento, realización. Y lo que se mira en este fenómeno de pérdida de la ocasión, es precisamente que su ciclo normativo se ha terminado.

Hay dos vocablos que pueden sugerir claramente lo que acontece en estos fenómenos, hasta hoy malamente emparentados; ellos son los participios concluido y concluyente. La pasividad del primero contrasta con la actividad del segundo. Mientras que para alcanzar lo concluyente hay que actuar, para llegar a lo concluido basta el no actuar. Quien reacciona, produce una conducta concluyente. Quien no reacciona ve concluido el grado o la fase. Concluida es la ocasión porque la fase se consumó, concluyente es la conducta que cierra el ciclo.

Existe otra razón para invocar los términos concluido y concluyente, y es que no se suele decir que la ausencia de demanda conduce a la preclusión; en todo caso se habla de prescripción del derecho sustantivo, o de una condición de procedibilidad que produce extemporaneidad. Por tanto, para que haya preclusión, es menester que el ciclo haya comenzado, que esté corriendo el plazo y alcance su fin. Lo único que ahora se intenta es distinguir entre las maneras de lograr ese fin, si la meta se consigue mediante una conducta concluyente, habrá preclusión, y esto tiene la importancia de hacer inútil el resto del plazo legal: actuado una vez no se puede actuar de nuevo por haber precluido el ciclo.

También la palabra concluido supone que el grado o la fase han comenzado. Pero aquí opera su cierre por disposición legal o judicial, y no por lo actividad del reaccionante. Siempre el reaccionante, así se esté en la fase probatoria, donde el reaccionante puede ser el actor respecto del ofrecimiento hecho por el demandado. Nunca el accionante, pues su abstención es objeto de otra figura. Ni siquiera de la **consumación**, ya que ésta se ha vinculado con el cierre, con la clausura, y ahí donde ni siquiera ha comenzado la fase por falta de acción, se tendrá una consecuencia distinta a la **consumación**.

Al limitar la observación a la hipótesis de la pérdida de la facultad de reaccionar pretendiendo o pidiendo, según la fase correspondiente, habrá que reconocer que la palabra **consumación** no contaría con la simpatía que ha tenido el vocablo preclusión. Pero en definitiva esto es de menor entidad, y nada impide que el interesado o el juez, afirmen sencillamente que el reaccionante ha perdido su derecho. Bastará, pues, que la voz preclusión se emplee para significar que se ha reaccionado concluyen-

temente, para que el principio teórico sea respetado. Después de todo, si el reaccionante quisiera volver a reaccionar excepcionándose o presentando objeciones a la admisión de la prueba, con decir que su facultad ha precluido, se estará indicando que no puede repetir su conducta.

La finalidad teórica y práctica se ha logrado, pues tanto cuando se produce la preclusión, que cuando aparece la **consumación**, se estará ante un impedimento para reaccionar en el grado y en la fase respectivos. Y debe insistirse en la conveniencia de la separación de términos, porque puede acontecer que tocante a lo precluido se haga valer el error, mientras que respecto a lo **consumado**, procederá justificar la inactividad si la ley lo permite y por las razones que indique.

d) La preclusión significa cierre del ciclo procesal por haber actuado, y si conforme a la técnica procesal, basta el actuar para excluir la reacción pertinente, se podrá decir que la preclusión incluye: los casos en que por haberse cumplido con lo debido ya no hay ocasión para nuevo cumplimiento, y en que por haber cumplido con algo distinto tampoco hay ocasión para reaccionar debidamente.

Pero también se da otro fenómeno que entraña pérdida de la facultad procesal, éste atañe al accionar y, por ende la hipótesis en que se le regula es de iniciación y no de conclusión. A lo largo del proceso se van presentando las ocasiones con un sentido de exigencia legal: se debe accionar ofreciendo pruebas, pidiendo su desahogo, sustanciándolas, y alegando. Pues bien, si la ley ha señalado plazos para ello, o fija un término adecuado, la ausencia de acción conduce a la pérdida del derecho.

Se puede ejemplificar con el proceso penal. En México se regula un periodo llamado de instrucción, en el cual se ofrecen, preparan y desahogan las pruebas. Legalmente, a este periodo siguen otros dos: el de complemento probatorio y el de conclusiones. Se supone que en el complementario, el juez ha de inquirir de las partes si todas las pruebas que intenten ofrecer han sido desahogadas; y luego de las conclusiones, se supone también que las partes podrán probar. La práctica difiere notablemente y, sea porque la instrucción se extienda lo suficiente para agotar la probanza, o porque ya no haya más pruebas que aportar, el resultado es que excepcionalmente se complementan y más insólito resultaría que en la audiencia del llamado **juicio** se ofrecieran y desahogaran otras. Pues bien, si el juez, o la corte penal, entienden que en la instrucción hubo oportunidad suficiente para probar y no se hizo, desecharán el nuevo ofrecimiento alegando preclusión.

Más claro resulta el caso en el proceso laboral. Aquí se regulan dos audiencias bien separadas. La primera para ofrecer las pruebas y la segunda para desahogarlas. Si el accionante, sea el actor o el demandado, no concurre a la de ofrecimiento, no podrá desahogar sus pruebas, la principal y determinante será la absolución de posiciones de la contraria y,

cabe prever que perderá el juicio. También se acude a la preclusión para aludir a la pérdida de estas facultades.

En buena teoría, la diferencia de construcciones jurídicas es evidente y exige distinta terminología. En la preclusión hay actividad concluyente, en el **abandono** hay inactividad inicial. Se **abandona** la réplica, y en aquellas legislaciones que la admiten, el problema es grave, porque el actor no podrá variar el debate. Se abandona también la denuncia del litigio, el llamamiento en garantía o la cita de saneamiento, porque la ley fija una ocasión dentro del proceso en que se debe iniciar esta acción. Y es una acción, porque de ella se da vista o traslado a la contraparte.

Lo que aparta al **abandono** de la preclusión y de la consumación, es el lugar en que se ubica dentro del grado. Las dos últimas atañen a la conclusión, el primero a la iniciación. Debe recordarse que en la fase probatoria, las instancias proyectivas son paralelas, de manera que a cada parte corresponde iniciar ofreciendo y a la otra concluir objetando. Sea que se constituya el procedimiento escrito o el oral, respecto de cada práctica probatoria puede presentarse el caso de inactividad del accionante, lo que conduce al **abandono** y no a la preclusión.

e) Antes,<sup>935</sup> se aludió al caso de la demanda extemporánea, para indicar que no se podía hablar de preclusión, porque demandar es iniciar el proceso en su fase postulatoria. La demanda es el acto simbólico del primer grado de la postulación y precluir queda limitado a significar el actuar concluyente, el que cierra el grado.

La falta de demanda no puede considerarse tampoco como un caso de consumación, porque también aquí se necesita que el grado haya comenzado a integrarse. En cuanto al abandono, la idea es que comenzada la serie, dentro de ella no se inicia cierto grado; pero cuando no se ha iniciado el proceso, falta la base hipotética para hablar de consumación, preclusión o abandono.

La demanda puede encontrarse encuadrada en el tiempo y es común que se dé un plazo para presentarla, lo mismo si se trata de la demanda inicial, de la demanda en la alzada o de la llamada **actio iudicati** para el procedimiento de ejecución.

Pero no en todos los casos se encuentran resultados iguales. A veces la demanda resulta eficaz mirando a su instar, en otras ni siquiera cabe admitirla y esto le convierte en ineficaz. Hay leyes procesales que se encargan de establecer el plazo de presentación, pero también acontece que sea la ley sustantiva la que determine la ineficiencia del pretender.

Si la situación perjudicial es la misma, los efectos procesales varían, de manera que deben elegirse vocablos distintos para cada situación. Con relación a la ineficiencia, se conoce el término **prescripción**. En realidad, se está aludiendo al derecho sustantivo, cuyo cumplimiento queda sujeto

a la pretensión; y es por virtud del transcurso inútil del tiempo concedido para pretender, que se presenta la **prescripción**.

En cuanto al derecho civil o al mercantil, aunque se trate de relaciones de carácter público como el pago de alimentos por filiación, se deja a la parte interesada el hacer valer la **prescripción**. Esto implica el que la demanda que invoca un derecho prescrito, sea admitida con independencia de que el demandado se defienda.

Ya en lo laboral, la situación puede cambiar, porque una sola ley regula el aspecto sustantivo y el procesal, de manera que pudiera afirmarse razonablemente, que toca a las Juntas de Conciliación y Arbitraje estudiar de oficio la extemporaneidad de la demanda. Así se prevé en la ley de amparo, por más que no se trate de un proceso sino de un control constitucional por vía de queja.

Por último, en lo penal, dado que los jueces deben suplir las deficiencias de la defensa, no hay duda de que han de estudiar la **prescripción** sin que las partes la aleguen. En el derecho positivo, los términos empleados hacen dudar sobre las situaciones reguladas, pues se habla de prescripción de la acción; pero como lo explica Alcalá Zamora,<sup>936</sup> la prescripción no se refiere tanto a la acción, procesalmente considerada, como a la pretensión punitiva a ella inherente, y por tanto es una institución de derecho sustantivo, aunque con repercusiones procesales. A su lado se regula la prescripción de las sanciones, también en este caso, Alcalá,<sup>937</sup> explica que significa un **posterius** frente a la sentencia ya dictada.

f) Si la **prescripción** no influye en la admisión de la demanda, puede conducir a la improcedencia del proceso, causando la terminación de la serie iniciada. En cambio, el **decaimiento** del derecho mira directamente a la ineficacia del instar.

Desde luego, no debe confundirse el **decaimiento** con la ausencia de una condición de procedibilidad. Hay disposiciones, como las de la Ley de la propiedad industrial, que condicionan la admisión de la demanda civil o de la acusación penal, a la previa declaración administrativa sobre la imitación, invasión de patente, marca, etc. En el campo penal se habla de los delitos que se persiguen a instancia de parte, de manera que el ejercicio de la acción está condicionado por la querrela del ofendido.

En estos y otros casos de condición de procedibilidad, puede llegar a presentarse la **prescripción** pero no el **decaimiento** del derecho de acción. En esta última figura, lo que acontece es que el instar en sí, está sujeto a un plazo. A veces no se trata del pretender mismo, sino de una instancia que le apoya o prepara, tal es la situación del recurso de apelación en el régimen mexicano, pues a diferencia de la revisión en el amparo,

936 *Síntesis del derecho procesal*, op. cit., p. 340, nota 673.

937 *Cit.*, p. 198.

el apelante se limita a participar al juzgador su intención de expresar agravios, verdadera apelación, contra su fallo.

Pues bien, respecto a esa instancia de denuncia, la ley establece un plazo, o como hace el código distrital, señala dos, uno para la denuncia oral y otro para la denuncia escrita; el recurrente puede comunicar verbalmente su intención en el acto de notificación de la sentencia, o hacerlo por escrito dentro de cinco o tres días según el tipo de resolución.

Si la denuncia no se produce en tiempo, el derecho de accionar apelando, *decae*. Este fenómeno es diverso a la figura de la *deserción* en la que también se mira la pérdida de la instancia, pero ahora de la proyectiva consistente en la expresión de agravios. Sobre estas particularidades, Alcalá Zamora<sup>938</sup> ha indicado que, no mediando, como no media, actuación alguna decisiva entre la interposición de la apelación y la expresión de agravios, ambos trámites deberían refundirse y cesar la separación artificial y antieconómica entre interposición y formalización del recurso. De prosperar su criterio, el concepto de *deserción* desaparecería para quedar como único aplicable el *decaimiento*. El mismo autor agrega en seguida, que la expresión y contestación de agravios, son escritos que equivalen a la demanda y contestación de la primera instancia, aunque las posiciones subjetivas pueden haber cambiado y convertirse el actor en apelado o viceversa.

Se confirma, entonces, que ahora se está frente a la iniciación del grado de la fase postulatoria, en primera o en segunda instancias, y esto justifica que se proponga una denominación especial para la pérdida del derecho; en la inteligencia de que, contra lo que sucede en la *prescripción*, la influencia va de la instancia ineficaz al derecho eficiente, mientras que en la *prescripción* el derecho deficiente influye en el accionar subsecuente. Aunque escasos, no faltan hipótesis en que la misma demanda inicial está propensa al *decaimiento*, y esto podría suceder en el caso de la jactancia, cuando el jactancioso, pasado el plazo para demandar, lo intentara ante el mismo juez que se lo concedió y como respuesta a su requerimiento.

g) Sobre la *caducidad*, José Becerra Bautista elaboró una monografía que permite calificarlo como autoridad en la materia.<sup>939</sup> Es, apenas natural, acudir a su información sobre los orígenes de la figura.

Con apoyo en Gayo, el autor explica que en el sistema formulario romano, los juicios eran legítimos cuando tenían lugar en Roma o dentro de la primera milla alrededor de la ciudad, ante un solo juez, debiendo tener ciudadanía romana todas las partes. Si faltaba alguna de estas con-

938 *Síntesis*, cit., p. 306, nota 348.

939 *La caducidad de la instancia de acuerdo con las recientes reformas del Código procesal civil*, México 1964; conferencia pronunciada en el Salón de Actos del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

diciones, se trataba de juicios decretados por magistrado que tenía imperio para ello. Si los juicios legítimos no se juzgaban en un año y seis meses expiraban; en cuanto a los segundos, valían mientras quien los había ordenado tenía imperio. El efecto de ambas extinciones, dice Becerra Bautista, era diverso; en los legítimos, transcurrido el plazo se extinguía el juicio de pleno derecho y también el título sustantivo; en cambio, en los **judicia quae imperio continentur**, la extinción de la instancia no perjudicaba al derecho sustantivo y el actor podía recurrir al nuevo magistrado para obtener otra fórmula por la misma causa.

Al desaparecer la dualidad magistrado y juez, la **litis contestatio** perpetuó la acción y los juicios podían durar indefinidamente, por lo que Justiniano dispuso,<sup>940</sup> que todos los litigios deberían durar, como máximo tres años después de la **litis contestatio**, y a ningún juez se concedía autorización para alargar los litigios.

Esta disposición, afirma Becerra, fue letra muerta en el derecho romano, en el medioeval y en el canónico primitivo, considerándola como un consejo para que los jueces evitaran el alargamiento de los juicios, conservándose sólo el plazo de tres años, y en la Tercera Partida, la ley XXVII del título IV se aplicó para los juicios arbitrales.

El código procesal civil francés de 1807 y luego el italiano de 1865, establecieron el plazo de tres años para declarar la caducidad de la instancia con el mismo resultado, por lo que Chiovenda<sup>941</sup> estimó conveniente referir que los códigos alemán y austriaco admitían tregua o descanso del proceso, que es un estado de inactividad, sin consecuencias procesales, aunque el primero dispuso que durante ese período, la prescripción volvía a contarse; este descanso o **stillstand**, iba desde el último acto procesal de las partes o del juez hasta un nuevo acto de impulso procesal.

En México, la caducidad se ha introducido como la muerte del proceso por el transcurso inútil de un cierto tiempo, durante el cual no surge actividad alguna en el juicio; pero como sostiene Becerra Bautista,<sup>942</sup> la caducidad introducida en el código distrital no es aplicable a la materia mercantil que ignora la figura.

Sin analizar las objeciones de Becerra Bautista, que atañen directamente a una legislación positiva que será objeto de estudio especial, debe concluirse observando la diferencia de la **caducidad** con las demás figuras hasta ahora comentadas. En ésta la pérdida es bilateral, por lo mismo que parte de la muerte del proceso ante la total inactividad conjunta, como lo explica Becerra.<sup>943</sup>

940 En la constitución *Properandum, Codicis*, T. III, pp. 1, 13.

941 *Instituciones*, T. III, p. 334.

942 *Op. cit.*, p. 13.

943 *Op. cit.*, p. 30.

## CAPITULO X

- 149 Suspensión e interrupción procesales. 150 Desistimiento y renuncia.  
151 Precisión de conceptos. 152 Reconocimiento, confesión y allanamiento.  
153 Otras formas de extinción del proceso.

## 149 Suspensión e interrupción procesales.

Ya en algunas de las figuras contempladas en el capítulo anterior, se encuentra la consecuencia paralizante del proceso, como sucede en el decaimiento y el abandono, pero sobre todo en la caducidad. Sin embargo, esa consecuencia no es idéntica porque en el abandono cabe que la contraria tome la iniciativa, así sea ejerciendo un derecho de petición para provocar la continuación de la serie, o bien que el mismo perjudicado, por ejemplo, al no ofrecer pruebas, denuncie también la inactividad de la contraparte que a su vez deja de ofrecerlas, pidiendo luego se inicie la fase conclusiva. En el decaimiento, o no comienza la primera serie, o no se abre la segunda y queda firme lo resuelto antes. Por su parte, la caducidad lleva a la perención, y si se produce en la primera instancia no habrá sentencia.

Pero en todos estos casos hay una conducta pasiva, hay un omitir el ejercicio del derecho respectivo. En cambio, puede acontecer que la paralización sea provocada por una conducta activa, es decir por un acto. Si bien esto no es indispensable, la mera posibilidad de que suceda, ofrece ya un punto de discrepancia frente a las figuras mencionadas.

La paralización, por obra o en razón de las partes, puede ser temporal o definitiva. Los motivos que atañen a la última, entran en el rubro de las convenciones, actos que la doctrina duda en clasificar como procesales, pero que finalmente vienen a influir en la serie. Así se ve en los casos en que las partes transigen, se comprometen en arbitraje o pactan de cualquier manera que deja sin materia al juicio.

Hay algunas manifestaciones peculiares, en que los convenios sirven apenas para salvar la instancia. Esto acontece cuando las leyes que instituyen la doble serie procesal, permiten el acuerdo entre los interesados para continuar la alzada una vez resuelta una interlocutoria. Se podría decir que, al menos en lo tocante a la primera instancia ha habido una paralización. Sin embargo, esta hipótesis se puede describir desde otros puntos de vista: como renuncia al primer proceso, como un pacto de prórroga o devolución de la jurisdicción, etc. Cualquiera que sea el criterio por el que se opte, lo cierto es que el proceso inicial se paraliza definitivamente, esta vez por virtud de un desplazamiento total de la acción y la pretensión hacia el tribunal superior. Si ello implica también renuncia a la

apelación, es un problema conexo, pero que ahora no influye en la caracterización del fenómeno.

Por lo que respecta al otro desplazamiento, el que opera por virtud del acuerdo arbitral, sus características pueden variar grandemente ante el caso de la renuncia a la primera instancia, desde luego porque el arbitraje es susceptible de pactarse con doble instancia y no habría una renuncia a la apelación; después, porque el compromiso cabe en primera y en segunda instancias y esto implica que la apelación se haya ejercido; y por último, como es posible que se acuerde el arbitraje después de fallado el pleito en la alzada, este desplazamiento tendría la calidad de un tercer recurso y la singularidad de no apegarse al estudio de agravios, sino de convertirse en una revisión o juicio *ex novo*, sin limitación a los criterios emitidos por los juzgadores precedentes. De ahí que este desplazamiento deba ser considerado aparte y en todas las consecuencias que produce.

a) Hugo Alsina<sup>944</sup> explica que la suspensión importa la no iniciación del período, mientras que la interrupción supone que éste ha comenzado a correr. La apelación del auto que abre a prueba suspende el plazo; pero la apelación de un auto que no hace lugar a una diligencia de prueba le interrumpe porque se elevan los autos al superior, y se reabre después que vuelven al juzgado. En el primer caso, aunque hubieran transcurrido algunos días desde la notificación hasta que se concede el recurso, no se toman en cuenta para el cómputo; mientras que en el segundo los días transcurridos se descuentan al reabrirse el plazo.

La explicación de Alsina tiene dos partes, y si la primera concuerda con las nociones civiles, la segunda las contradice. En el derecho civil, el efecto de la interrupción consiste en que vuelve inútil el tiempo transcurrido, en tanto que la suspensión impide que el plazo comience a correr o siga corriendo.<sup>945</sup> Luego la interrupción invalida el tiempo transcurrido y puede volver a empezar, pero la suspensión hace lo contrario, y se limita a invalidar el tiempo que dure, de manera que al desaparecer, el tiempo anterior se une válidamente al posterior.

La doctrina civil está de acuerdo con Alsina en que la suspensión importa la no iniciación del plazo; pero la discrepancia resulta, primero frente a los supuestos en que el plazo se ha iniciado con anterioridad, caso no advertido por Alsina; y segundo, en lo tocante a los efectos, donde la tesis del último es contraria a la teoría civil. Y en verdad, no se mira por qué una sola institución ha de tener dos técnicas contradictorias. Si lo común es que la interrupción inutilice el plazo transcurrido, mientras que la suspensión se limite al tiempo de su duración, este mismo criterio debe operar en lo procesal.

944 *Tratado*, T. I, pp. 757 y ss.

945 Leopoldo Aguilar Carvajal, *Segundo curso de derecho civil*, México 1960, pp. 273 y 276.

b) Para Enrico Redenti,<sup>946</sup> el curso del proceso en primer grado puede quedar durante más o menos tiempo en suspenso por orden del juez. El primer caso de suspensión obedece a la necesidad de coordinar el juicio civil con el penal o el administrativo, por ejemplo, para resolver una cuestión penal surgida en el proceso civil, a efecto de lo cual, se hace la denuncia al ministerio público para que deduzca la pretensión punitiva correspondiente, dejando entre tanto suspensa la actividad en lo civil.

En Redenti, 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. El autor llega a considerar 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 en el juez, y la providencia debe considerarse ordenatoria y de simple oportunidad.<sup>947</sup>

De cualquiera manera que se conceda, la suspensión es para Redenti la manera en que el proceso entra en un estado transitorio de reposo, y hasta que cese la causa de la suspensión necesaria o llegue a vencer el plazo de la concedida a instancia de las partes, debiendo entonces reasumirse o reanudarse el proceso.

El punto interesante en esta exposición, es el relativo la reanudación, que tratándose de la nueva audiencia, se hace desde el punto a que se había llegado y en el que apareció la detención. Si había plazos en curso, comienzan 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 su caso contrario de adquisición de ella, situaciones que se distinguen en el hecho de que en unas hay cambio de partes sustanciales y procesales y en otras sólo lo segundo. Todos estos casos, llamados *dispari* por Redenti, son recogidos bajo la rúbrica de interrupción, la cual no se presenta cuando exclusivamente se trata de la mutación de personas que componen un órgano.

Tampoco durante la interrupción pueden llevarse a cabo actos del procedimiento, y 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 actuando o a la declaración de contumacia y aún a la extinción del proceso; lo que importa es que, según Nicola Jaeger,<sup>948</sup> los efectos de la suspensión y de la interrupción son prácticamente los mismos: en los dos está prohibido realizar actos procesales, salvo los proveimientos

946 *Derecho procesal civil*, T. I, pp. 485 y ss.

947 *Supra* N° 117.

948 *Diritto processuale civile*, Torino 1944, p. 468.

de urgencia, los plazos en curso se detienen para comenzar a correr cuando el procedimiento continúa o se reanuda.

La diferencia entre las dos, agrega Jaeger, 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 se puede identificar con el defecto temporal de una de las condiciones del poder deber del juez.

c) En el ramo procesal penal, Alcalá Zamora y Levene hijo,<sup>949</sup> estudian la suspensión y la interrupción desde el ángulo de la detención o paralización del proceso.

Con apoyo en las ideas de Rosenberg, por paralización entienden la detención jurídica de un procedimiento en marcha, que todavía no se ha decidido mediante resolución con fuerza de caso juzgado. Distinguen entre paralización por mero impedimento o retardo de hecho, pues la primera aparece en los casos taxativamente determinados por la ley y los segundos son por causas ajenas al derecho y no previstas por éste sino en los efectos que pudieran derivarse, como la caducidad o pérdida del plazo para interponer un recurso.

Los efectos de la paralización son, ante todo, interrupción de los plazos, de manera que el cómputo se continúa cuando cesa; después, el que las actividades de las partes en cuanto al fondo son ineficaces respecto a la contraria y el tribunal no puede reconocerles valor alguno; y por último, el tribunal puede seguir realizando actos internos como la deliberación, votación, reparto de asuntos, etc.; pero no los que afecten lo externo, los cuales de haberse realizado, al cesar la paralización habrán de reproducirse si fuere posible, pero estarán condicionados a su impugnación. La paralización puede dar lugar a un procedimiento para determinar si se ha producido o no, y su subsistencia.

Las maneras de aparecer la paralización, son clasificadas por estos autores en tres: i) interrupción, ii) suspensión judicial o iii) inactividad de las partes.

La interrupción, opinan, se produce en cualquier fase por ministerio de ley sin que hayan de pedirla las partes ni tenga que otorgarla el juez, que se limita a reconocerla de oficio. Sus causas son la muerte de una persona, que en lo penal, si es del procesado extingue la responsabilidad; la pérdida de la capacidad procesal, la pérdida del representante legal, el cese del abogado o procurador en el desempeño de su cometido respecto a una parte, y la imposibilidad de actuar el tribunal por causa de fuerza mayor como la guerra, las epidemias, la ocupación extranjera, los terremotos, los tumultos, etc.

La suspensión aparece por acuerdo del tribunal y es admisible si no ha recaído sentencia con autoridad de caso juzgado. Se acuerda de oficio en unos casos y en otros a petición de parte; en el primero, por ejemplo, para mejor proveer, y en el segundo siempre que medie justo motivo, según el entender de estos autores. Tal vez el motivo de suspensión más importante en materia procesal penal, este constituido por las cuestiones prejudiciales.

Para Ernst Beling,<sup>950</sup> todo proceso se agota desarrollándose, y como su pendencia es en sí un mal, los funcionarios deben tenerlo en movimiento continuo; sin embargo, la misma ley tiene en cuenta los descansos naturales en que los interesados reposan física e intelectualmente, y hay acontecimientos como enfermedades, acaecimientos de la naturaleza, etc., en que advienen retrasos. En fin, existen disposiciones que imponen los descansos como los plazos intermedios, cuyo transcurso debe esperarse antes de que se siga con el proceso. En el mismo plenario, que debe realizarse en un acto para que los juzgadores aprecien el contenido de lo debatido conforme lo han vivido, pueden acontecer fraccionamientos por interrupciones, sobre todo el de la práctica de prueba. Estas interrupciones están toleradas por la ley siempre que entre el comienzo y el fin del plenario no transcurran más de cuatro días, y entre la elaboración de la sentencia y su pronunciamiento, la pausa sea de una semana. Tales interrupciones no se oponen a la continuidad del plenario; pero si son más largas o si el tribunal resuelve la suspensión o el aplazamiento, es necesario, en lugar de la continuación, un nuevo plenario independiente.<sup>951</sup>

d) Luigi de Litala<sup>952</sup> explica que en el derecho italiano, de la misma manera que en el procedimiento común, la demanda de regulación de competencia y la instancia de recusación del juez, determinan la suspensión del juicio, así tales instituciones tienen el mismo efecto en el procedimiento de las controversias del trabajo, y son aplicables las hipótesis previstas en el código procesal civil, como causas que dan lugar a la reasunción de instancia o a la constitución de nuevos procuradores. Por su parte, Diego Lamas, al adicionar la obra respecto al derecho argentino, explica que los incidentes de recusación y excusación de los miembros del tribunal suspenden el procedimiento, y también en lo que atañe al fondo las excepciones previas, y la jurisprudencia se refiere al caso de incompetencia que debe ser resuelta previamente.

e) En la legislación mexicana, ya se conocían suspensión e interrupción. El código federal de procedimientos civiles comienza por indicar en los artículos 288 y 291, que los plazos judiciales no pueden suspenderse

950 *Derecho procesal penal*, Trad. Miguel Fenech, Barcelona 1945, p. 115.

951 *Op. cit.*, p. 284.

952 *Derecho procesal del trabajo*, Trad. S. Sentis Melendo, Bs. As. 1949, T. II, pp

ni reabrirse, aunque en beneficio de la economía pueden darse por terminados conforme al acuerdo de las partes, si están establecidos en su favor. Pero después, si el órgano judicial no está en posibilidades de funcionar por razones de fuerza mayor, o si alguna de las partes o su representante, sin culpa alguna, se encuentra imposibilitado para cuidar de sus intereses, el artículo 365 reconoce la posibilidad de estas situaciones de hecho y estipula causas de suspensión de pleno derecho, con declaración judicial o sin ella.

Otros motivos de suspensión, dice la exposición de motivos,<sup>953</sup> se han previsto en el artículo 366, que se refiere a los casos en que especialmente lo ordene así la ley, y cuando el dictado de una decisión esté subordinado a la existencia de una resolución que ha de pronunciarse en negocio diverso.

Si por imposibilidad de hecho o de derecho, existe un estado de suspensión, la consecuencia, según el artículo 368, es la nulidad de lo actuado durante la suspensión, hecha excepción de las medidas urgentes o de aseguramiento, donde no es requisito la posibilidad actual de defensa de la contraparte. El tiempo que dure la suspensión no debe computarse en ningún plazo y así lo dispone el artículo 368.

La suspensión, aclara más adelante,<sup>954</sup> se da cuando existen los términos entre los que se establece la relación procesal, pero alguno de ellos está imposibilitado para atender a su defensa. Hay anomalías diversas que consisten en la ruptura de la relación, en que a diferencia de la suspensión las partes existen, sólo que alguna está en imposibilidad de defenderse, en la interrupción, una de las partes sustantivas o procesales, ha desaparecido por muerte o extinción de otra especie. Se presenta una verdadera interrupción en el curso del desenvolvimiento de la relación procesal, que no puede reanudarse sino hasta que se constituya una nueva parte, la causahabiente, a título universal o singular, o hasta que procesalmente se constituya la nueva parte encargada de cuidar de la defensa, dentro del juicio, de los intereses litigiosos. Tales son los motivos fundamentales de los artículos 369 a 371.

f) A virtud de la reforma hecha en 1964, el nuevo artículo 137 bis del código distrital, comenzó por hablar de la interrupción del plazo de caducidad por las promociones de las partes o por actos de las mismas realizados ante autoridad judicial diversa, siempre que tengan relación inmediata y directa con la instancia.

En seguida, en la fracción X, se dice que la suspensión del procedimiento produce la interrupción del plazo de caducidad, y tiene lugar: i) Cuando por fuerza mayor el juez o las partes no puedan actuar; ii) En

953 Ed. Información Aduanera de México, 1943, p. 150.

954 Op. cit., p. 151.

los casos en que es necesario esperar la resolución de una cuestión previa o conexas por el mismo juez o por otras autoridades. iii) Cuando se pruebe ante el juez en incidente que se consumó la caducidad por maquinaciones dolosas de una de las partes en perjuicio de la otra. iv) En los demás casos previstos por la ley.

g) De todo lo recopilado, se desprende que los conceptos de suspensión y de interrupción no tienen un significado preciso.

Lo mismo se puede decir que hay leyes y doctrinas que desconocen la diferencia entre ambos, que las hay que la refieren a cuestiones secundarias, como el ser materias subjetivas y objetivas.

Probablemente la mejor explicación se encuentre en la exposición de motivos del código federal mexicano, en donde la suspensión se hace depender de la imposibilidad subjetiva y la interrupción de la inexistencia también subjetiva.

Como sea, apenas en Alsina se consideran consecuencias paralelas a las civiles, pero tomadas en sentido contrario. Apenas en Jaeger se mencionan con claridad las mismas diferencias que contiene el código federal mexicano, pero en ningún autor se prevé la inutilización del plazo anterior como se encuentra en Alsina.

En conclusión, la idea de Alsina podría admitirse con sólo el cambio de nombres, para el fin de mantener la congruencia de instituciones. Lo que él llama suspensión podría quedar como interrupción y viceversa; pero su ejemplo adolece del defecto de apegarse a una legislación en particular, y bien podría suceder que en otras, como en la mexicana, se dispusiera que la apelación del auto que abre a prueba fuera apelable en el efecto preventivo, que viene a significar un anuncio de inconformidad tan sólo.

Por lo demás, bien podría hablarse de suspensión por razones subjetivas y por razones objetivas, si al fin y al cabo, las consecuencias serían iguales, pues de lo que se trata es de anular lo actuado durante la suspensión.

Tampoco parece trascendental el que la interrupción se produzca por ministerio de la ley, y la suspensión por determinación judicial, porque esta manera de separar los fenómenos es enteramente relativa y deja intacta la naturaleza de los mismos.

Tal vez por ello el código distrital haya llegado a asimilar los dos términos, aún cuando se deje un punto de duda hablando de la suspensión del procedimiento que produce la interrupción del plazo de caducidad. Parecería que lo fundamental está en la interrupción, afectada por la suspensión, pero en realidad se están empleando dos vocablos para romper la monotonía del lenguaje y no para precisar diferencias de conceptos.

Sabe recordar otras aplicaciones de estas ideas, como cuando las leyes hablan de accidentes de suspensión, casos en los que se pretende evitar

la innovación del conflicto. Aquí el término interrupción no tendría cabal sentido. Pero si tal suspensión, como en el control de amparo, es inconfundible con la interrupción, sea cualquiera su significado, en cambio en el resto de las leyes procesales no se introduce un principio de división terminante.

En una legislación ideal, y como proyecto de reforma, sería conveniente pugnar por dejar la suspensión apoyada en las mismas razones de las normas sustantivas. Esto conduciría a resolver esos problemas que sólo Alsina tomó en cuenta, y que efectivamente pueden surgir en la práctica. Cabría, por ejemplo, disponer que el plazo para contestar se interrumpe por la denuncia del litigio, significando con ello, que el tiempo transcurrido se inutilizaba. Y el caso de suspensión sería propio de las demandas contra menores e inhabilitados, pues no comenzaría a correr sino a partir de la designación de tutor, etc.

#### 150 Desistimiento y renuncia.

La doctrina suele aludir al desistimiento y a la renuncia con motivo de la preclusión, no obstante que la diferencia es manifiesta. El tema general podría ser el de la resistencia, aunque a partir del actor ésta no parece compaginarse con su situación, ya que él ha querido y propiciado el accionar; pero pueden presentarse circunstancias en que estime conveniente el abandono del instar para una mejor oportunidad o simplemente abandonar su derecho de manera definitiva.

Cabe, entonces, que el actor se resista a seguir accionando en ese proceso o que se resista a seguir pretendiendo ese derecho. Los supuestos son diferentes; y Víctor Fairén Guillén<sup>955</sup> encuentra que el desistimiento es una actividad compleja cuya causa eficiente reside en una declaración de voluntad, hecha por el actor o recurrente, por la cual anuncia su deseo de abandonar el desarrollo de la instancia que interpuso en el proceso que está pendiente, o bien de abandonar el recurso que instó y a sus respectivos efectos.

El desistimiento, en concepto de este autor, se limita a extinguir la litispendencia, y a la inversa de la demanda, o del recurso, deshace el vínculo pretensional. Pero el actor en primera instancia, no quiere renunciar a ejercer de nuevo su derecho a accionar ni a desarrollar la misma pretensión en otro proceso ulterior. Esto no ocurre en los estadios del recurso; por tanto, con la palabra desistimiento, en torno a un fondo común, se desarrollan dos figuras con ciertas diferencias estructurales y de función, que es preciso estudiar aparte, sin perjuicio de poder llegar a resultados comunes en otros puntos.

En Fairén el desistimiento se llega a colocar muy cerca de la deserción, aunque él mismo advierte que tienen distinciones que es lo importante para un estudio teórico. Específicamente en cuanto al desistimiento de la primera instancia, Fairén anota su distinción con la renuncia a la pretensión. El desistimiento no produce otro efecto que el de reanudar sustantivamente el plazo para la prescripción, sin hacer imposible el ejercicio y desarrollo de la pretensión correspondiente.<sup>956</sup> El desistimiento de la primera instancia o de la demanda, da lugar a la simple extinción del proceso incoado y al restablecimiento de la situación anterior, y la renuncia a la pretensión produce la imposibilidad de volver a acudir a los tribunales en defensa del derecho material.

Es frecuente, afirma después, exigir que el desistimiento en primera instancia sea bilateral, que la expresión del actor sea aceptada expresa o implícitamente por el demandado, ya que la renuncia del actor a obtener sentencia significa la consiguiente de la expectativa del demandado, quien debe tener oportunidad para meditar sobre ello y aún de oponerse. Lo grave es que durante mucho tiempo, se ha intentado construir esta bilateralidad del desistimiento en primera instancia, sobre la base de la vieja concepción de la *litis contestatio*.<sup>957</sup> Pero en la actualidad no se puede admitir que el proceso sea un contrato o un cuasicontrato, basados como en Roma sobre la *litis contestatio*, cuyo efecto consuntivo es inaceptable hoy día.<sup>958</sup>

La tesis de Fairén es hoy seguida mayoritariamente por la doctrina, pero conviene no convertirla en un postulado absoluto, porque todavía puede hablarse, si no de *litis contestatio*, sí de convenio o acuerdo en el arbitraje.

a) En uno de los primeros trabajos de Eduardo J. Couture,<sup>959</sup> se considera al desistimiento como uno de los problemas más turbulentos del derecho procesal, donde pugnan los principios con la ley.

El legislador uruguayo ha definido al desistimiento como el apartamiento o la renuncia de algún derecho o acción ya deducidos; de manera que el autor citado anota que se define algo más de lo que es el desistimiento y no se definen todos los desistimientos. Algo más, porque se llama desistimiento a la renuncia del derecho que no es un fenómeno procesal sino sustancial o material. Y no se comprenden todos los actos procesales de desistimiento, porque puede haber el desistimiento, la renuncia o el abandono de un derecho procesal que no cabrían en el concepto legal.

956 Cit., p. 595.

957 Idem, p. 597.

958 Idem, p. 597.

959 *Procedimiento civil*, Versión taquigráfica de Marcos Medina Vida, Montevideo, s/f., T. III, pp. 68 y ss.

En un intento por caracterizar la renuncia en general, explica que es el abandono o abdicación de una posición jurídica, y dentro del derecho procesal, el abandono de posiciones jurídicas procesales excluyendo la renuncia del derecho, pero comprendiendo todas las posibilidades de desistimiento o de renuncia de uno o varios actos procesales.

Por tanto, el autor encuentra cuatro casos o aspectos distintos de la renuncia desde el punto de vista procesal: i) la del derecho que no es procesal pero que se incluye por hacerlo el legislador; ii) la de la acción, en vista de que para la ley son sinónimos acción y derecho, de manera que en seguida aclara que la renuncia de la acción por antonomasia, deja subsistente el derecho, y así, como fenómenos de derecho sin acción son, por ejemplo, los derivados de las obligaciones naturales; iii) renuncia del juicio que implica la del conjunto de actos procesales concretos ya realizados; en esta renuncia del juicio ya iniciado, el actor se reserva el derecho de iniciar otro juicio por ese mismo motivo; iv) renuncia a un derecho procesal concreto, como al escrito de réplica o de dúplica, a la declaración de un testigo, al derecho de apelación, casos en que no se abandona ni el derecho, ni la acción, ni todo el juicio iniciado, sino un acto procesal, un derecho procesal concreto.

Al plantear el problema de la naturaleza del desistimiento, se pregunta Couture si es un acto unilateral o bilateral, advirtiendo que para el código hay desistimientos unilaterales y bilaterales, solución que no implica realmente contradicción. Para aclarar la cuestión, Couture explica que el desistimiento abdicativo sólo puede significar que del derecho del actor sólo dispone éste, pero del derecho del demandado quien dispone es a su vez el propio demandado. Hay, por tanto, desistimiento unilateral cuando se dispone de la acción o demanda en causa civil, esto significa el desistimiento abdicativo; pero el bilateral, logrado por acuerdo es una transacción.

Couture concluye afirmando que el desistimiento del derecho es simplemente una renuncia, pone fin al juicio y a toda reclamación futura, aún sin conformidad del demandado. El desistimiento de la acción es una situación semejante impuesta por necesidades de carácter técnico, en la que no se renuncia al derecho; así, en un juicio de divorcio en que se invoca el adulterio, el actor puede dejar de probar voluntariamente y aún decir que desiste de la acción, pero no del derecho, porque no puede disponer del derecho a obtener divorcio. Es un acto abdicativo, un subrogado o sustituto de la sentencia. En el desistimiento del juicio hay que distinguir entre la primera y la segunda instancias. En la primera supone renuncia o abdicación de los actos procesales consumados, poniendo las cosas como antes de la demanda, permitiendo reiniciar el juicio; pero puede haber conformidad u oposición del demandado. El desistimiento en segunda instancia hace ejecutoria la sentencia de primera, y si hubiera tercera ins-

tancia, hace ejecutoria la de segunda, no requiriendo aceptación si el adversario no ha adherido la apelación.<sup>960</sup> Por último, el desistimiento o renuncia de un acto concreto del juicio es la mínima abdicación y no configura en realidad un desistimiento sino una renuncia; pero si los actos suponen un derecho adquirido por el adversario, se requerirá su consentimiento, como tratándose de un desistimiento a un acto incidental.

b) Respecto a la justificación de la bilateralidad del desistimiento, Fairén Guillén<sup>961</sup> la ubica en el concepto de difamación judicial, o sea, el derecho del demandado a que se resuelva el asunto que le ha causado perjuicios económicos y sociales o morales. Con la demanda se ha ejercido un derecho, se han asumido deberes, aquél puede renunciarse unilateralmente pero no éstos. El momento, jurisprudencialmente establecido para iniciar el desistimiento, corresponde al establecimiento de la litispendencia, o mejor aún, el momento en que se haya producido el emplazamiento, aunque el autor lo estima al revés.<sup>962</sup>

Procesalmente, el desistimiento produce la extinción del proceso, y eventualmente la condena en costas y la cesación de la representación. Fuera del proceso, el derecho sustantivo no perece, como ocurre con la renuncia, pero la interrupción de la prescripción, provocada por la litispendencia, desaparece con efectos retroactivos.

En la segunda instancia o en la casación, el desistimiento tiene efectos diferentes, porque aparece la situación procesal y material anterior, constituida por la sentencia de primera o segunda instancias, con sus consecuencias de caso juzgado, que impiden ir al nuevo juicio. También en estos casos el desistimiento es bilateral, pero se circunscribe a la posibilidad del recurrido para impugnar la pretensión de desistir: i) por insuficiencia de poder, y ii) por falta de habilidad. Esta bilateralidad, tiene por objeto que se purguen contradictoriamente tales defectos, y una vez evacuado el acto del recurrido, de denuncia de los mismos y la consecuente oposición, el tribunal debe ordenar que se subsanen en un plazo breve, transcurrido el cual, inútilmente, el intento de desistir queda sin efecto y la contraria puede pedir que siga adelante la sustanciación del recurso. La negativa del recurrente a sustanciar los defectos, se tiene como un desistimiento del desistimiento.

Cuestión particular es nuevamente planteada en la apelación adhesiva. El conflicto, para Fairén,<sup>963</sup> se plantea cuando el recurrente intenta desistir en momento en que aún no se ha producido la oportunidad procesal para que el recurrido formule su apelación adhesiva; una admisión incon-

960 Y en México, aunque lo hubiera hecho, porque la apelación adhesiva sigue la suerte de la principal.

961 Op. cit., p. 598.

962 Página 601.

963 Cit., p. 608.

dicionada del desistimiento prodría lesionar el interés de esta parte, que aguardaba el momento oportuno. El problema, en su criterio, se resuelve en el sentido de que si la apelación adhesiva se había formulado ya, a las causas de oposición se une este supuesto, de modo que la apelación adhesiva se puede tornar principal e independiente. Si la apelación adhesiva no se ha interpuesto todavía, el recurrido puede interponerla, provocándose una alteración de la dinámica procedimental, adelantando la ocasión y habilitando el plazo. Estas consideraciones no parecen fundadas, pues la apelación adhesiva tiene por objeto que quien ha vencido en todo, estimando no fundada debidamente la sentencia, aproveche la apelación principal para objetar también estas razones, pero no los puntos resolutivos, pues entonces habría utilizado la apelación principal, aunque sólo fuera para obtener la restitución de frutos, la indemnización de daños y perjuicios o el pago de costas.

El desistimiento en segunda instancia produce, para Fairén, los efectos procesales de extinguir el proceso de apelación y la firmeza de la resolución impugnada. Las diferencias que el autor observaba en la primera instancia, no se presentan en la segunda, porque el proceso no puede repetirse, en cuanto no se abandona tan sólo la pretensión sino el derecho que le funda.<sup>964</sup>

En un trabajo posterior,<sup>965</sup> Fairén ha precisado que el desistimiento es una declaración por la que el actor anuncia su voluntad de abandonar el ejercicio de la pretensión en el proceso que ya está incoado; renuncia mediante él al acto introductivo del proceso y a los efectos que haya surtido; abandona la posición procesal creada por la presentación de la demanda, así como el derecho al examen judicial de la misma en aquel proceso y a la sentencia en concreto. Pero con ello, el actor no renuncia al de interponer nuevamente la acción y la pretensión de desarrollarla en otro proceso de idéntico contenido. El desistimiento se limita a extinguir la litispendencia, y es la contrapartida de la demanda.<sup>966</sup>

Lo importante en este nuevo estudio radica en el esfuerzo por justificar el desistimiento en algo distinto a una convención contraria a la *litis contestatio*, que viene a responder a la idea del proceso como contrato o cuasicontrato. Se trata de considerar la inexistencia de cualquier pretendido efecto consuntivo de la *litis contestatio*, deduciéndola de la inexistencia en el derecho positivo.

Al recordar la doctrina histórica, Fairén advierte que por la *litis contestatio*, el litigio se consideraba pasado al dominio judicial: *res in iudicio deducta*, y así se producía el efecto consuntivo, el más importante que

964 Op. cit., p. 610.

965 *El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil*, en *Estudios de derecho procesal*, Madrid 1955, pp. 615 y ss.

966 Op. cit., p. 616.

era la imposibilidad de promover nueva demanda sobre el mismo derecho.<sup>967</sup> La *litis contestatio* consumía la acción;<sup>968</sup> una vez concedida la acción que protegía a cada derecho no podía ser retirada, aunque el primer proceso no terminase con sentencia. Tales eran brevemente descritas, la *litis contestatio* y su efecto novatorio, consuntivo.<sup>969</sup>

Luego de explicar que en los *judicia quae imperio continentur* y en las acciones reales y personales *in factum*, ya no operaba el defecto novatorio si no se oponía excepción y el magistrado concedía la *exceptio rei in iudicio deducta*, lo que impedía la existencia de una propia *litis contestatio*, Fairén explica que en el procedimiento *cognitio extra ordinem*, al desaparecer las etapas *in jure* y *apud iudicem*, el contrato de *litis contestatio* dejó de ser el momento central, el centro de gravedad del proceso, lo que, marginalmente implica un reconocimiento del autor de que en algún momento del sistema sí lo fue. Pero en el derecho romano justinianeo la *litis contestatio* ya no determinaba un efecto consuntivo; los que antiguamente originaba estaban repartidos entre otras dos actuaciones procesales: la demanda y la sentencia.

En los regímenes en que se conservó en la Alta Edad Media, la *litis contestatio* fue considerada un simple momento del proceso, que cerraba la fase introductiva y en las ciudades comerciales italianas se llegó a crear proceso en que aquélla faltaba, e igualmente, en la *Saepe contingit* se decía *litis contestationem non postulet*, lo que no impidió que continuara influyendo en España, como en las Leyes de Estilo,<sup>970</sup> en las Partidas,<sup>971</sup> en los Fueros aragoneses *De litis contestatione*, en el Libro II de la Recopilación de 1247, etc. Aparece, pues, la *litis contestatio* como concertada por la demanda y la contestación, siguiendo en esto el orden de las Decretales.<sup>972</sup>

Sin embargo, Fairén cree que no es exacto que en España se haya producido el viejo efecto consuntivo, sino lo contrario, y así se ve en la Ley IX, Título XXII de la Partida III, sucediendo que en un determinado supuesto, de los cuatro que en su contexto se exponen,<sup>973</sup> el actor puede volver a interponer la demanda sobre la cosa que primeramente demandó.<sup>974</sup> Aquí faltó en absoluto el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, y apareció el desistimiento, que es aludido también en otras disposiciones.<sup>975</sup>

967 *Bis de eadem re ni sit actio*, Quintiliano, VII, 6. 4.

968 *In legitimo iudicio ipso actio consumitur*, Gayo, III, p. 180.

969 *Op. cit.*, p. 620.

970 Ley I.

971 Ley III, Título X, Partida III y en muchas otras.

972 *Op. cit.*, p. 623.

973 Cuando el demandante *desampare* el pleito sin haber tenido tiempo de probar la demanda, en cuyo caso el juez absuelve al demandado en la instancia mas no en la demanda.

974 Por medio de la misma acción.

975 Ley XIX, Título V, Partida III: *quitalle la demanda*; Ley XX de las Nuevas de Alfonso el Sabio, etc.

Al no depender de la **litis contestatio**, la bilateralidad del desistimiento provino de la ley, de la naturaleza pública de la jurisdicción al decir de Fairén; y apareció en las Partidas y en las Leyes Nuevas.<sup>976</sup> En Aragón apareció también con gran claridad, diferenciándosele de la renuncia al derecho, de la revocación de los actos procesales y del cambio de demanda; y se le reguló de modo que antes de la **litis contestatio**<sup>977</sup> el actor podía desistir sin ser condenado en costas; y después de la misma<sup>978</sup> también podía desistir pidiendo licencia al que administraba justicia.<sup>979</sup>

Pero la actual ley procesal civil española persiste en el esquema de la **litis contestatio**, aunque para Fairén no se compagine con fenómenos tales como el juicio rescisorio de audiencia del rebelde o con el procedimiento mismo en rebeldía. Ejemplo de tales restos es lo que se llama comparecencia en autos personándose en forma. Se trata de un residuo de la antigua necesidad de que el demandado compareciera para tenerle por parte, para concertar la **litis contestatio**, trámite que hoy en día es inútilmente dilatorio, enseña Fairén.<sup>980</sup>

La idea doctrinaria imperante, es pues, que la **litis contestatio** se estima concertada con la demanda y la contestación, aunque ya no aparezca en juicios tales como los de menor cuantía, pequeña cuantía y verbal. De cualquier modo que se concluya respecto a la **litis contestatio**, lo interesante es que Fairén cimienta la bilateralidad del desistimiento en la que puede expresarse como vinculación del actor al proceso incoado.<sup>981</sup> Esta figura, que se hace remontar al derecho germánico, supone una obligación del actor para seguir el juicio hasta el final. El desistimiento constituiría su negativa y por ello necesita reunir diversas condiciones, entre las que se cuenta la aquiescencia del demandado, lo que lleva a la idea de la bilateralidad.<sup>982</sup>

Resulta interesante que Fairén encuentre en la vinculación un origen semejante al de la **litis contestatio**, es decir, el contrato. En la época franca tenía una enorme significación para el proceso; antes de la sentencia de prueba, el actor no estaba vinculado y podía retirarse o desistir; pero después de ella ya no cabía que lo hiciera. El esquema de este proceso era el siguiente: el actor venía obligado a comparecer desde la **mannitio** o **bannitio** del demandado; pero su incomparecencia no surtía otro efecto que el de una multa y el deber de demandar sobre la misma cosa en el plazo de un año; lo mismo ocurría si el actor retiraba<sup>983</sup> la demanda. Pero

976 Al igual que la caducidad de la instancia, que se mira en la Ley IX, Título VI, Partida VI, diferenciada de la prescripción de los derechos.

977 Que de esta manera se convirtió en simple recuerdo.

978 Cuando la había, según confesión del autor, que nuevamente admite que existió.

979 Pp. 626 y 627.

980 Op. cit., p. 627.

981 Op. cit., p. 628.

982 Cit., p. 629.

983 Desistía.

si el demandado se oponía a la pretensión actora y había de pasarse a dictar sentencia de prueba, el tribunal sujetaba a las partes con un contrato;<sup>984</sup> si una parte se negaba a comparecer o a llevar a cabo la prueba, se le condenaba sobre el fondo. Esto significaba para el actor la imposibilidad de apartarse del proceso. En el Espéculo de Sajonia el momento procesal de la vinculación varió, pues el deber probatorio no surgía de la sentencia de prueba, sino de la presentación de la demanda, la sentencia no hacía sino reforzar la vinculación. En la época de la recepción del derecho común, la vinculación había desaparecido y en su lugar se introdujo la pérdida de la instancia, de tal modo que el demandado, ante la contumacia del actor pero no ante simple inactividad, podía ser desligado o absuelto de la instancia, siendo aquella parte condenada en costas y a una caución de **lite prosequenda** para el caso de que volviera a presentar demanda. Pero con la recepción, el concepto de **litis contestatio** considerada como cuasicontrato, dominó sobre el proceso alemán, haciendo caer en el olvido a la antigua idea de la vinculación, y sólo cuando los autores del siglo XIV y de la actualidad, redujeron su importancia a los justos límites, volvió a aparecer la idea de la vinculación.<sup>985</sup>

Fairén reconoce que la vinculación del actor al proceso tuvo una base contractual en determinado momento histórico, y se debilitó o desapareció en el derecho del Espéculo sajón. En realidad, la vinculación viene a significar que se limita la posibilidad del actor de ejercer una misma pretensión ante los tribunales a una sola vez; y en el caso de que quiera desistir, está constreñido a renunciar definitivamente a su pretensión. De lo contrario debe continuar hasta el final, y en ambos casos la fuerza producida por la sentencia que recae, impide la vuelta sobre el mismo asunto. Como antes se dijo, para el autor, la vinculación depende de las molestias y perturbaciones que el actor pudo producir al demandado por la posible difamación judicial.

La vinculación es también un efecto de la litispendencia y por ello se conceden al demandado remedios tan enérgicos como las **acciones** declarativas negativas o la de jactancia. A la vista de la oposición del demandado y la rendición de su prueba, el tribunal deberá resolver si el interés de éste es más protegible que el del actor en desistir. Según Fairén, no debe accederse al desistimiento siempre y si el demandado no comprueba su interés en la continuación del proceso, o el que alegue sea menos protegible que el del actor en desistir, el tribunal deberá acceder al desistimiento. Esta idea es discutible, porque la litispendencia no puede afectar al demandado sino cuando se convierte en vínculo procesal, y dejar al criterio del juzgador decidir si acepta el desistimiento es cercenar la pro-

984 Asegurado por *wadiatio* por el que había de proponerla.

985 Op. cit., pp. 629 y 630.

yectividad del instar. Y Fairén admite que el interés del demandado en oponerse no nace con la contestación ni con la comparecencia, sino con anterioridad procesal.<sup>986</sup> Como la litispendencia nace con la presentación de la demanda, no deben admitirse esas soluciones de hecho, que permiten el cambio de juzgador o de vía sin la anuencia del contrario, sobre todo en los regímenes jurídicos en que la sola presentación tenga efectos sustantivos como la interrupción de la prescripción. Ni tampoco cabe la solución de Fairén, en aquellos ordenamientos en que, como los anglosajones, se permite la notificación directa de la demanda y aviso posterior al juez.

Fairén invoca algunos supuestos interesantes, como el caso en que el demandado alega la incompetencia o la falta de legitimación. Si se opone además al desistimiento, en realidad, dice el autor, pretende que se lleve adelante una demanda cuya inadmisibilidad ha afirmado. Ciertamente sería paradójico que pidiendo una absolución de la instancia, el demandado se opusiera para obtener sentencia de fondo; pero esto permite concluir que lo correcto es la emisión de la resolución que absuelva de la instancia en caso de desistimiento por falta de legitimación, pero en caso de incompetencia lo pertinente es regularizar y no terminar.

c) Sentís Melendo estudia el tema a partir del principio *iura novit curia*<sup>987</sup> y con relación al allanamiento de la demanda, afirmando que esta última no suele ser regulada por los códigos vigentes.

Para comprender y alcanzar seguridad en los conceptos, es necesario la aceptación de otros que les son antecedentes, el primero, el de la demanda, que no es uniforme ni en las legislaciones ni en la doctrina, y que según Carnelutti<sup>988</sup> es una invitación que la parte hace al juez a fin de que provea; pero que respecto al demandado, resulta que al allanarse no lo hace a dicha solicitud sino a la que se le dirige, lo que fuerza a ver en la demanda algo más, o sea la pretensión como exigencia de la subordinación del interés ajeno al propio, según el propio Carnelutti.<sup>989</sup>

Después de tratar sobre el reconocimiento y el allanamiento, conceptos que deben estudiarse aparte, Sentís Melendo se remite a las ideas de Alcalá Zamora, para quien el desistimiento significa la renuncia a la pretensión de tutela o protección jurídica recabada en la demanda por el actor o bien en la reconvencción por el demandado, que se comporta en este sentido como parte atacante. El desistimiento es un acto unilateral del acto que no requiere la aquiescencia del demandado, pero éste tiene derecho a impugnar sus vicios.<sup>990</sup>

986 Página 635.

987 En *Teoría y práctica del proceso*, T. II, pp. 261 y ss.

988 *Sistema*, T. II, p. 71.

989 *Sistema*, T. I, p. 44.

990 *Der. Proc. Penal*, T. III, p. 212.

En otro trabajo,<sup>991</sup> Alcalá Zamora considera al desistimiento como la primera especie de autocomposición. Por tal, dice, debe entenderse la renuncia a la pretensión litigiosa y, en caso de haber promovido ya el proceso, la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado en su reconvención. El desistimiento es un acto unilateral del actor y no requiere el consentimiento del demandado, si bien éste puede impugnar su validez.

Pero en seguida aclara que hay que hablar del desistimiento de la pretensión y no del derecho, porque dilucidar si existe o no éste, es un *posterius* procesal, vinculado al contenido de la sentencia que no llega a recaer. Además, tampoco debe confundirse el desistimiento de la pretensión con el desistimiento del proceso, o sea de la instancia, que no extingue aquél y permite iniciar en momento ulterior un nuevo proceso o resolver autocompositivamente el conflicto.

Aunque el desistimiento de la pretensión tiene aplicación principal en el área de los litigios civiles, no deja de manifestarse en el proceso penal, como sucede con la renuncia a la acción en los delitos privados y que se conoce como perdón del ofendido; y también puede aparecer en los públicos donde rija el principio acusatorio y las partes acuerden no acusar, obligando al juez a sobreseer o a absolver según el estado de la causa.

Por cuanto al desistimiento del proceso que no deja de ofrecer concomitancias con la transacción, se regula en el derecho italiano como renuncia a los actos del juicio. Provoca una declaración que pone fin a la relación procesal sin sentencia de fondo y, por consiguiente, sin perder el derecho de ejercer la pretensión en nuevo proceso. Esta circunstancia sirve para diferenciar la renuncia a los actos del juicio y el desistimiento. El nuevo ejercicio de la pretensión ha de intentarse antes de que prescriba el pretendido derecho material. Esta figura se podría presentar como renuncia a la instancia sin renuncia a la renovación de la pretensión. Se hace por la parte promotora pero requiere la aceptación de la parte contraria, lo que le da apariencias de una transacción procesal, pues de no ser así, ésta quedaría a merced del renunciante.

En cuanto a los efectos de la renuncia a los actos del juicio, para primera instancia, ya que en las ulteriores etapas del proceso existe una sentencia precedente, que al no continuarse su curso, se convierte automáticamente en firme, o sea con autoridad de caso juzgado.

En cuanto a los efectos de la renuncia a los actos del juicio, para Alcalá Zamora son los mismos que los de la caducidad que representa la conclusión del proceso. Por su carácter dispositivo, se trata de una institución peculiar del proceso civil, habiendo sido introducida con el más

991 *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, pp. 78 y ss.

adecuado nombre de desistimiento de la instancia en el proyecto uruguayo debido a Couture. Su extensión al proceso penal es discutible.<sup>992</sup>

Estas son, las principales exposiciones sobre el tema, y su consideración exige un más detenido examen. Pero cabe ya anticipar que en ellas no existe uniformidad, ni en el nombre ni en el tratamiento, menos aún en sus condiciones de procedencia y en sus efectos.

### 151 Precisión de conceptos.

Aunque Couture estimara que el tema del desistimiento es de los más turbulentos,<sup>993</sup> lo pertinente sería decir que es un ejemplo más de insuficiencia terminológica. Los cuatro casos que menciona no son las especies de un género, sino cuatro objetos de conocimiento que necesitan, cada uno de un nombre.

Lo que el autor llamara desistimiento del derecho está tratado y regulado en el derecho civil desde la antigüedad. Si su ubicación ha de ser otra, por ejemplo, en la teoría general, viene a significar un problema diverso y de mayores alcances. Pero con toda seguridad que no suscitará duda hablar clara y directamente de la renuncia de derechos.

El caso de la acción es apenas el de renuncia a la pretensión. Y esto tiene gran importancia para lo que Calamandrei llamara procesos inquisitivos,<sup>994</sup> que en realidad vienen a ser procesos con pretensión indisponible, tales como en materia penal y muchos civiles, fundamentalmente los que atañen al derecho familiar, al estatuto personal, a inhabilitados o a unidades económicas como la sucesión, el concurso y la quiebra. En este sector, las leyes pueden prohibir la renuncia a pretender sentencia, por más que no impedirán ni los convenios entre las partes que conduzcan a la inactividad, ni lograrán que el no ejercicio de la pretensión lleve a la modificación del derecho, como sucede cuando no se presenta la querrela penal o cuando no se presenta la demanda de divorcio. Tal vez por esto las legislaciones admiten, en lo penal el perdón y en lo civil el apartamiento del proceso, y su caducidad.

El llamado desistimiento del juicio es simplemente el desistimiento de la acción, y hasta cabe sostener que es el único caso de desistimiento. Todo cuanto se asegura respecto a los actos procesales consumados, se explica apenas cuando se analiza el problema desde el ángulo de la acción. Si el actor puede ejercer nueva pretensión en otro proceso sobre el mismo derecho, esto no impide afirmar que lo accionado ha precluido, se se realizado y queda inconvivable.

992 Op. cit., pp. 91 y 92.

993 Op. cit., T. III, p. 68.

994 *El proceso inquisitorio en el nuevo código civil*, en *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1961, pp. 351 y ss.

Respecto al llamado desistimiento o renuncia de un acto concreto del juicio, se trata del abandono, ya estudiado antes.<sup>995</sup> Y ello mismo viene a explicar que el adversario contraponga su voluntad, pues estando ante un ciclo proyectivo paralelo, el abandono de la acción del actor, no configura el abandono de la acción del demandado. Como se habla ahora de abandono de la acción, conviene indicar que en este caso hay solamente un accionar concreto abandonado, mientras que en el desistimiento se deja de realizar todo el accionar futuro.

Por lo demás, a Couture se le olvidó el extremo del decaimiento, que pudo haber incluido como un ejemplo más de desistimiento, pero que, naturalmente, al igual que el abandono, no pueden resistir la clasificación, precisamente porque su consistencia no es adecuada a la idea de apartamiento del proceso.

a) De la tesis de Sentís Melendo poco hay que decir, y esto es respecto a conceptos que el autor ha tomado de Alcalá Zamora, de manera que resulta más efectivo acudir a la doctrina del último.

Decir que el desistimiento es una especie de autocomposición, es nada menos que confundir un instrumento con un resultado. Desde luego, componer ha sido tomado como solución del conflicto;<sup>996</sup> de manera que la autocomposición es la solución por obra de una o las dos partes, y se distingue de la autodefensa porque consiente el sacrificio del propio interés.<sup>997</sup>

Entonces, la composición, la autocomposición y la autodefensa, son resultados, no procedimientos. Son estadios a los que se llega por diversos medios, al grado de que la autocomposición puede explicar la no iniciación de un proceso, y el autor recuerda el refrán: cuando uno no quiere, dos no rifien.<sup>998</sup>

Después de esto, pensar que el desistimiento es especie de la autocomposición, entraña una contradicción. Desistir es dejar de insistir, y para que tal acontezca, es menester, por lo menos, que se haya principiado a insistir. Si el desistimiento tiene un fondo convencional o no, es por completo ajeno a su naturaleza. Por lo pronto, se está ante un proceso, y cuando se habla de desistimiento, no se está aludiendo a la renuncia del derecho, que puede efectuarse antes y fuera del proceso; por el contrario, ante la presencia de la serie de actos proyectivos, el desistimiento viene a puntualizar la circunstancia del apartamiento para el futuro de la serie.

La idea del autor, afirmando que hay que hablar de desistimiento de la pretensión, coincide en parte con lo anterior, porque respecto al dere-

995 *Supra* N° 148.

996 Alcalá Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 12.

997 *Op. cit.*, p. 13.

998 *Op. cit.*, p. 17.

cho debe dejarse la palabra renuncia; pero es menester hacer dos aclaraciones. En primer lugar, si la renuncia opera en el exterior del proceso, no impide que temporalmente concorra con éste, es decir, que sustanciándose el proceso, se presente la renuncia al derecho, cuyas consecuencias son fácilmente advertibles, al hacer inútil al proceso. La segunda aclaración, consiste en que el autor no tomó en cuenta el extremo consignado por Couture, de la renuncia inoperante de la pretensión. A esto debe añadirse que la relación hecha por Alcalá Zamora entre derecho y sentencia es incorrecta, porque considerar al derecho como un **posterius** del pronunciamiento, es afirmar que la causa está en el fallo, cuando resulta obvio que la sentencia puede limitarse a declarar el derecho y si lo anula, siempre acontecerá que ese derecho fue un **prius**, un supuesto o de otra manera no podría ser anulado. Por lo demás, aquí vuelven a jugar los factores de certeza y seguridad ya comentados,<sup>99</sup> de manera que sobre el derecho sustantivo se puede tener certeza, pero la seguridad vendrá de la sentencia. Tal vez esto fue lo que intentó explicar el autor, pero con terminología equívoca.

El autor comentado propone distinguir entre desistimiento de la pretensión y desistimiento de la instancia. Esto es conveniente y justificado, pero como el mismo Alcalá Zamora utiliza la palabra renuncia a los actos del juicio para aludir al desistimiento de la instancia, resulta que no hay precisión de términos, no hay univocidad y se vuelve a caer en el equívoco. Por ello, visto que los dos vocablos: renuncia y desistimiento tienen aplicación procesal, bastará resolver la confusión que pueda originar el primero, para sentar las bases de la sistematización adecuada.

Si la renuncia al derecho es inconfundible con los fenómenos procesales, es porque se da en el ámbito sustantivo con innegables resultados en lo procesal. Así pues, la renuncia al derecho es un término compuesto, lo suficientemente significativo del fenómeno material.

Frente a él, aparecen: la renuncia a la pretensión y el desistimiento de la acción. Renunciar a pretender es dejar sin objeto al proceso, pero no debe olvidarse que frente a la renuncia del derecho, en el presente caso se dan otras circunstancias, y quien renuncia a la pretensión puede continuar accionando, siempre que subsistan otras pretensiones. Se puede demandar el cumplimiento del contrato y el pago de daños y perjuicios; avanzado el proceso, cabe la renuncia a la pretensión de indemnización, lo que no elimina la justificación del proceso, que puede continuar con el solo objeto de la pretensión de cumplimiento. Lo mismo se observa, y tal vez con mayor precisión o claridad, en el proceso penal, donde cabe la renuncia a una pretensión punitiva y no a otras. Aquí no puede decirse que el ministerio público, por ejemplo, renuncie al derecho sustantivo, porque no lo hay, ya que sólo existe la conducta punible que absurda-

mente se calificaría de derecho. El ministerio público no puede renunciar a una conducta que no fue suya, pero sí cabe que renuncie a pretender su punición, como acontece cuando en la legislación mexicana, se establece que pagado o garantizado el interés fiscal el ministerio público dejará de accionar en el proceso penal, no acusará ya de contrabando. Esto se explica exclusivamente con la renuncia a la pretensión, y es factible que subsistan otras pretensiones punitivas contra el mismo acusado, de manera que la renuncia no impedirá el proceso.

Por último, dos observaciones a la tesis de Alcalá Zamora; una referente a que el desistimiento del proceso no deja de ofrecer concomitancias con la transacción; y la otra por lo que mira a la improcedencia del desistimiento en segunda instancia.

Tocante a lo primero, la idea debe descartarse definitivamente, por que la transacción es una manera de poner fin a las obligaciones, conservando parte y cediendo parte de lo pretendido. Aquí no hay transacción, habrá en el fondo una coincidencia de voluntades, pero esto recibe el nombre de acuerdo y sus manifestaciones jurídicas son tantas, que no se limitan al convenio. Es decir, si en el desistimiento no ha de verse un convenio, sí cabe el acuerdo; pero no la transacción, porque en el nuevo proceso se intentará la pretensión completa y sin mengua, al menos no afectada por el desistimiento.

En lo que mira a la segunda instancia, el autor efectúa una transposición de figuras, pues del hecho de que la sentencia de primera instancia quede firme, no se sigue que no pueda haber desistimiento del recurso, no ya dcamiento del derecho, ni abandono por deserción, sino verdadero desistimiento bilateral, como acontece cuando las partes acuerdan ir al arbitraje, posibilidad admitida en la ley mexicana.

b) La tesis más elaborada sobre la materia se debe a Fairén Guillén, si bien una gran parte de su trabajo se dedica a combatir la figura de la **litis contestatio** con la cual se ha ligado innecesariamente al desistimiento. Pero lo importante es su apreciación de la bilateralidad del instituto.

Sobre esta base es que debe continuarse el análisis del desistimiento, inconfundible ya con la renuncia a la pretensión. Sin limitar su atribución al actor, porque pueden desistir el demandado cuando reconviene y el tercero que por cualquiera circunstancia interviene en el proceso, y ni siquiera reducirla a la acción, porque en otros procedimientos se le puede encontrar, como en los de petición, denuncia, querrela, queja, reacertamiento y, naturalmente en los administrativos y convencionales; debe decirse que mientras la renuncia a la pretensión trasciende a otro proceso, el desistimiento se limita a la serie en que aparece.

El desistimiento tiene que ver exclusivamente con el accionar y no con el pasado que sería objeto de rescisión, anulación o revocación, pero

## 502 Precisión de conceptos

no de desistimiento. Es obvio que el proceso que se inutiliza por la falta de accionar, prácticamente desaparece, fuera de algunos extremos que las leyes han previsto para la caducidad y que pueden hacerse valer en el nuevo proceso.

Ahora bien, como la acción es un acto proyectivo, la explicación de la bilateralidad en el desistimiento no se encuentra tan en el fondo, como quería Fairén Guillén, esto es, no hace falta invocar la difamación judicial, que muchas veces carece de sentido, sobre todo ahí donde la solución sólo se encuentra en la sentencia judicial, ahí donde las partes no pueden alcanzaria por acuerdo o convenio. Es por la característica misma del accionar, por su proyectividad, que el dejar de hacerlo para lo futuro implica el acuerdo bilateral.

Tampoco hace falta recurrir a la vinculación germánica, cuya función se perdió en el tiempo. El acto proyectivo implica dos partes y el sujeto imparcial. Si la instancia ha sido proyectada, el arco se ha formado legalmente, normativamente. Retirar sus efectos no es algo que esté en manos del actor. La pretensión sigue sujeta a su disposición, cuando el régimen positivo lo autoriza; pero el instar es algo que ya no puede detenerse con la sola voluntad de uno de los intervinientes.

Esta es la razón de la bilateralidad del desistimiento. Su explicación hace inútil mayores indagaciones. Iniciada la serie con el primer grado, el proceso ha quedado propiciado. Su secuencia es también algo ajeno al actor, porque el proceso, habrá que insistir en ello, no se constituye con actos unilaterales. Si la acción implica la jurisdicción y la reacción, el grado implica la fase y ésta la serie. El eslabón ya integrado no puede perderse en lo jurídicamente superfluo, y habrá necesidad de que los tres sujetos acuerden su conclusión anticipada. Si se habla de bilateralidad es simple comodidad de expresión, porque en realidad, sobre todo mirando al proceso penal, se debe pensar en el acuerdo tripartita, en el cual, la conducta del juez es también indispensable.

Hay un caso que puede reforzar lo dicho. Si el demandado se ha colocado en contumacia, sería fácil suponer que el actor se puede retirar del proceso en cualquier momento. Esto es jurídicamente inaceptable, y la explicación se encuentra en lo anterior, porque jamás deja de ser proyectiva la acción, de manera que en cualquier fase y en todo grado, la relación proyectiva exige intervención del demandado, así sea contumaz. Que tampoco acuda de hecho a expresar su voluntad, es sólo un supuesto más de la necesidad de notificarle. Cumplida esta condición, el juez suplementará la inactividad y esto confirma que el tercero imparcial entra en el acuerdo de desistimiento. Ni la vinculación germánica ni la *litis contestatio*, ni la difamación judicial son suficientes para explicar el extremo de la contumacia. Lo cierto es que no cabe el desistimiento unilateral porque en el proceso se está accionando, lo que vale decir que están actuando

tres personas, y aunque una esté en contumacia, no disminuye el número de la relación ni sus consecuencias son otras.

c) El desistimiento procesal puede ser llamado desistimiento de la acción o del accionar, pero sería inconveniente seguir denominándole de la instancia. La razón de ello es que si la acción presupone la bilateralidad de la instancia, el desistimiento presupone el cese de la bilateralidad. Ahora bien, existiendo otras instancias, la simple calificación de desistimiento de la instancia, haría pensar en esos procedimientos en que la bilateralidad no existe.

Tales son los casos de la queja o de la querrela, de la petición o del reaccertamiento. No se puede incluir a la denuncia, porque siendo su pretensión de participación de conocimiento, lógicamente opera el refrán que dice: palabra y piedra suelta no tiene vuelta. Cabe rectificar o modificar, pero no desistir de lo que ya surtió efecto.

En cambio, en las otras instancias unilaterales, la subsistencia de la pretensión depende de la eficacia del instar. Puede acontecer que una instancia de petición sea bastante para provocar la respuesta de la autoridad, aún así, el desistimiento operará con la manifestación de voluntad en el sentido de retirar lo pedido.

Ahora bien, en la legislación positiva se suelen incluir estas instancias como medios de coadyuvancia y no como instrumentos de provocación. Puede suponerse el caso en que el legislador busca reforzar el orden disciplinario con instancias de parte. La verdad es que se trata de meras denuncias, pero pueden llevar el nombre de quejas; aparecerá entonces una hipótesis de queja formal y denuncia material, en virtud de la cual, el desistimiento es inoperante.

Pero cuando las leyes regulan verdaderas quejas, querellas, peticiones o reaccertamientos, es el interés del promovente lo que prevalece; y consecuentemente, su desistimiento hace innecesaria la continuación.

Tal se mira en la queja de amparo o en la querrela penal, en el reaccertamiento administrativo o judicial y en toda clase de peticiones. Pero ahora surge otra cuestión, y es el determinar si el desistimiento influye en el procedimiento tan sólo o también en la pretensión.

En principio, en estos procedimientos prepondera, por cantidad, la oficiosidad de la autoridad; de manera que la posibilidad de caducidad es más remota que en el proceso. Esto obedece a que en el último, teóricamente nada impide que el desistimiento se acuerde entre las partes y se omita la intervención del juez quien, pudiendo caducar el proceso, no afectará los derechos de los accionantes ni sus intereses, porque éstos podrán haber iniciado el nuevo proceso de antemano. En cambio, en los procedimientos unilaterales, por lo general el primer impulso es bastante para justificar una resolución de fondo; de manera que si el desistimiento no se expresa, la inactividad de hecho puede ser irrelevante.

A esto debe añadirse que no todas las pretensiones de instancia unilateral suponen un derecho, las hay que parten del mero interés para constituir el título jurídico. Por ende, es el interés lo que prepondera y de ahí que si el desistimiento no implica una renuncia a la pretensión en cambio la afecte grandemente, sobre todo cuando la eficiencia del interés está condicionado al ejercicio de la pretensión en cierto plazo, como sucede con el amparo, sobre todo con el amparo contra leyes donde no es factible hablar un derecho vulnerado, debiendo aludirse a la violación de un principio constitucional; y esto se mira con más claridad en el recurso de inconstitucionalidad de otros países.

### 152 Reconocimiento, confesión y allanamiento.

Tres conceptos de conductas provenientes del demandado, como son el reconocimiento, la confesión y el allanamiento, han sido estudiados desde ángulos diversos, unas veces como manera de componer el conflicto, otras como actitudes que puede asumir el demandado, y en otras más como instrumentos para concluir anticipadamente el proceso.

Ya Sentís Melendo advirtió que los códigos no son cuidadosos con la distinción, pero además, recuerda la singular posición de Carnelutti,<sup>1000</sup> para quien el reconocimiento es un equivalente jurisdiccional, un acto idóneo para alcanzar la misma finalidad que se consigue con la actividad judicial. Sentís critica esta noción, por entender que el juez vendría obligado a aceptar ciegamente y sin examen alguno, más que el de las formas.<sup>1001</sup>

En concepto de Sentís, el allanamiento significa un sujetarse, un someterse o avenirse a la pretensión del actor, reconociendo su legitimidad. En seguida, advierte que Alsina<sup>1002</sup> le concibe como el acto por el cual el demandado admite, más que la exactitud de los hechos, la legitimidad de las pretensiones; y luego acude a Alcalá Zamora, para indicar que en concepto de éste,<sup>1003</sup> el allanamiento implica reconocimiento a favor de la parte actora, respecto de la pretensión jurídica. Cuando la pretensión es una exigencia que en el campo del derecho necesita un fundamento, o sea una razón, debe establecerse si el allanamiento es sólo la sumisión o la aceptación de la razón.

Si fuera sólo una sumisión, el juez examinaría si se ha producido y por quien tiene habilidad para ello. En el otro caso, deberá contemplar si la aceptación de la razón es suficiente para dar validez a ésta o es necesario examinar sus elementos de hecho y de derecho.

1000 *Sistema*, T. I, pp. 183, 197 y 198.

1001 *Teoría y práctica del proceso*, T. II, p. 266.

1002 *Tratado*, T. II, p. 141.

1003 *Ensayos*, p. 444.

Para comprender bien los conceptos,<sup>1004</sup> es preciso partir de una distinción que hoy parece no constituir ya problema para la doctrina, pero que todavía ofrece reflejos perturbadores en algunos códigos:<sup>1005</sup> la distinción entre confesión y reconocimiento, referente la primera a los hechos y la segunda a la relación jurídica.

La afirmación o admisión del derecho ajeno constituye la materia de la institución. Allanamiento y reconocimiento circulan, sobre todo en los autores modernos, como valores equivalente; ello es uno de los tantos resultados de la influencia de los trabajos alemanes e italianos. Cuando esa influencia era menor, o en absoluto inexistente, la expresión reconocimiento no se empleaba por los autores hispanoamericanos, y aún hoy en día, puede decirse que carece de sentido en el léxico procesal, en el que su empleo no pasa de ser una traducción directa del italiano.

Al establecer la diferencia entre ambas voces, Sentís expresa que por allanamiento se entiende el sometimiento a la pretensión del actor; por reconocimiento habría que entender la aceptación de los fundamentos o de la razón de esa pretensión.<sup>1006</sup> Por ello considera exacto el concepto de Alcalá Zamora, para quien el allanamiento no es sino la renuncia a continuar la contienda,<sup>1007</sup> sin que implique confesión de los hechos, ni, añade Sentís, admisión del derecho aducido. Ausencia de lucha es distinto a reconocimiento.<sup>1008</sup>

Si la actuación del juez tiende al dictado de una sentencia justa, añade Sentís, el brocardo *iura novit curia* no puede limitarse a poner fin a la litis, sino que tiene que dar satisfacción a la justicia, sin que a ello pueda oponerse el acuerdo de las partes. Es verdad que Chiovenda<sup>1009</sup> ha señalado que la declaración del demandado admitiendo que es fundada la demanda significa su reconocimiento, pero el propio autor añade que el simple reconocimiento no da derecho al actor para obtener una sentencia favorable, porque el juez queda en libertad de examinar si existe una norma abstracta aplicable al caso.

Ante la actitud del demandado, manifestada en un allanamiento o en un reconocimiento, cabe que el juez pronuncie resolución de dos distintos órdenes: resolución que contiene exclusivamente el allanamiento, o resolución que no obstante la actitud del demandado, entre a examinar el fondo del asunto.<sup>1010</sup> Confiesa Sentís que esta técnica no es la suficientemente precisa en los códigos, donde puede apreciarse una escala que va desde la regulación general, hasta las leyes que guardan absoluto silencio, pa-

1004 Dice Sentís Melendo, *op. cit.*, pp. 267 y 268.

1005 Por ejemplo, en el vigente en el Uruguay.

1006 *Op. cit.*, p. 269.

1007 Cfr. *Ensayos*, p. 445.

1008 Página 271.

1009 *Instituciones*, T. III, p. 67.

1010 Sentís, *op. cit.*, pp. 274 y 275.

sando por las que establecen excepciones a la regla general y por las que lo admiten o aluden a él en casos particulares, aún cuando no lo designen con ese nombre.<sup>1011</sup>

Sentís analiza los efectos del allanamiento y destaca lo que llama casos de excepción, aquéllos que no pueden ser objeto del mismo, como cuando se trata de derechos privados<sup>1012</sup> no renunciables o de cuestiones que interesen al orden público, así como cuando puedan dar lugar a una condena de prestación imposible o contraria a las buenas costumbres. Un caso particular es el de procesos en que sea parte la administración pública.<sup>1013</sup>

Respecto a las formas de allanamiento, señala que por considerarse una actitud excepcional o anormal, debe ser categórico y terminante, con fórmulas precisas e indubitables. Pero ello no impide que se presente bajo formas distintas, como puro o condicional que no debe admitirse legalmente, desde el momento en que el juez no puede dictar sentencia teniendo presente tan sólo el allanamiento, sino que ha de contemplar otros elementos. La jurisprudencia ha tenido presentes algunos casos en que el allanamiento quedaba sometido a condición.<sup>1014</sup>

También puede hablarse de allanamiento total o parcial, porque la parte puede someterse a unas pretensiones y no a otras, de manera que la sentencia de allanamiento debe contemplar una parte de la litis, continuando el proceso en forma ordinaria en cuanto a la otra.

Menciona Sentís el allanamiento genérico, cuando la parte demandada tiene acordado adoptar una actitud de allanamiento que es conocida de la actora. Y acude al ejemplo jurisprudencial de la improcedencia de la condena en costas cuando la municipalidad, para la devolución de ciertos impuestos ha adoptado la actitud de allanarse.<sup>1015</sup> Sin embargo, tal actitud comporta un allanamiento, sólo cuando existe procesalmente.

Más interesante es el tema del allanamiento expreso y del implícito que Sentís llama tácito, según que haya manifestación o conducta acorde dando cumplimiento a lo pedido en la demanda. Ya antes se indicó que el allanamiento no puede ser tácito porque el cumplimiento es conducta positiva que lleva implícita la significación.

En vista de esa conducta, señala Alsina,<sup>1016</sup> el actor puede aceptar dando por terminado el proceso. Pero como es evidente que el juez no podrá dictar sentencia que tenga por contenido el allanamiento, ya que en la realidad procesal éste no se ha producido, también puede ocurrir que aquél acuse la rebeldía para que el proceso se siga en esta situación,

1011 *Idem*, p. 276.

1012 *Sic*.

1013 *Idem*, pp. 287-8.

1014 *Idem*, pp. 288-9.

1015 *Idem*, p. 290, nota 69.

1016 *Tratado*, T. II, pp. 141 y 166.

terminándose por sentencia que resuelva sobre el fondo de la litis. Este criterio, adherido por Sentís, es discutible por lo mismo que la contumacia no puede provenir de un allanamiento tácito y es inútil hablar de éste y Prieto Castro afirma que el allanamiento ha de ser siempre expreso. El problema, pues, depende de la circunstancia de haber invocado lo tácito por lo implícito. La diferencia se mira en el proyecto de Couture, cuando en el artículo 112 indica que el oponer excepciones se interpreta como aceptación de la demanda en cuanto al fondo, produciendo consecuencias de allanamiento. Y en la práctica se conocen ejemplos de abandono de la cosa, manifestación que implícitamente muestra el allanamiento, como es el entregar las llaves de la localidad en lugar de contestar la demanda de deshaucio.

a) En cuanto a la ocasión procesal del allanamiento, Sentís formula una regla general, diciendo que todo momento del proceso es adecuado para ello.<sup>1017</sup> Ciertamente, tratándose de aceptar la pretensión del actor, no pueden ponerse cortapisas al allanamiento, ni se ve cómo podría el legislador lograrlo, por más que las consecuencias de orden económico, como son las costas, sean distintas en cada caso.

El proceso, opina Sentís,<sup>1018</sup> puede terminar en estas hipótesis, por providencia, por resolución de homologación y por sentencia. La providencia le parece producto de una rutina que erróneamente ha podido determinar que con esta simple resolución sin fundamentar se considere terminado el proceso. La homologación, criterio sostenido por Roberto Pechach, parte de la idea de que con el allanamiento el órgano judicial queda dispensado de ejercer su facultad decisoria; en este caso, Sentís advierte, siguiendo el camino de Carnelutti y Calamandrei, que entre las sentencias homologatorias se puede incluir la que se pronuncia en caso de reconocimiento.

La necesidad de sentencia es afirmada por autores españoles como Prieto Castro, uruguayos como Gallinal y De María, chilenos como David Toro Melo y Aníbal Echeverría Reyes y argentinos como Rodríguez. Para Sentís, la sentencia sería apelable, porque es una cuestión que se relaciona con la facultad del juez de pronunciar libremente, con independencia del allanamiento.<sup>1019</sup>

Optar por alguna de estas fórmulas, es como quiere Sentís, algo más que mera forma, ya que lo importante es determinar cuál es el fondo de esa resolución en relación con el que podrá estar la forma.<sup>1020</sup> Entre Prieto Castro, que opina que la sentencia a dictar es de allanamiento a petición del actor y condenando al demandado por su reconocimiento; Alcalá Zamora,

1017 Op. cit., p. 293.

1018 Op. cit., p. 294.

1019 Op. cit., p. 297.

1020 Op. cit., p. 298.

para el que la confesión implica reconocimiento de los hechos y el allanamiento reconocimiento de la pretensión, Sentís se limita a señalar que el código uruguayo y el proyecto Couture, dan lugar a una sentencia de contenido totalmente distinto; se ha de examinar no sólo el allanamiento sino también la razón de la pretensión o los fundamentos de la demanda, pero no logra precisar su criterio personal.<sup>1021</sup>

Al explorar en las legislaciones que no regulan la figura, Sentís señala que el allanamiento puede tener analogías con la transacción, con la conciliación, con el juramento, con la confesión, con la rebeldía y con la admisión de hechos. Pero la transacción y la conciliación no exigen resolución judicial, ni siquiera de carácter homologatorio; la confesión y el juramento son manifestaciones probatorias, la rebeldía es una manifestación de abstención y de silencio.<sup>1022</sup>

b) Alcalá Zamora, quedó indicado, ve en el allanamiento una especie de las maneras de concluir el proceso; pero lo que es necesario anotar es que en su concepto el allanamiento viene a ser la contrafigura del desistimiento.<sup>1023</sup>

Las causas del allanamiento, afirma, como las del desistimiento reconocen distintas procedencias. Cabe que el demandado se persuada de que el actor tiene razón y por ello se someta a su pretensión; y puede suceder que sin acompañar la razón del actor, considere perdido el proceso. De cualquiera manera, el allanamiento es como el desistimiento un acto unilateral, y no implica separación de la vía judicial, aunque ambos repercuten en la sentencia que los acoja, que deberá ser conforme al resultado de aquéllos, aunque no siempre los tribunales lo entiendan así y proyecten el principio de oficialidad sobre instituciones esencialmente dispositivas.

En cuanto a lo penal, el autor recuerda disposiciones federales y provinciales, que en Argentina, como en México, pueden entrañar allanamiento, como son el pago de una multa si el delito está reprimido con ella; lo que llama juicio penal truncado y el supuesto de reconocimiento de culpabilidad del artículo 460 del Código de Córdoba.

c) Tal vez en materia de reconocimiento, confesión y allanamiento, haya más oscuridad que en el desistimiento, tan sólo por falta de estudios que hayan profundizado en el tema. Pero debe anticiparse que quienes lo han intentado, ni conservan univocidad en los términos, ni toman la misma perspectiva para conocer la naturaleza de las figuras.

Ciertamente puede haber un paralelismo teórico entre las actitudes del actor y las del demandado, por lo mismo que llevan a un resultado semejante: la resistencia al proceso. Hasta podría hablarse de un capí-

1021 Cfr. op. cit., p. 301.

1022 Op. cit., p. 301.

1023 *Derecho procesal penal*, de Alcalá Zamora y Levene H., op. cit., T. III, pp.

tulo que así se intitulara, y en el cual se verían las conductas que se oponen u obstaculizan el desarrollo de la serie. No se trataría de resistencia al derecho, ni siquiera al conflicto, porque estos fenómenos caerían en lo sustantivo o material. Se habla ahora de resistir la constitución y desenvolvimiento del proceso como tal. Pero si se considerara el problema desde este ángulo, tendrían que incluirse otras figuras, como las excepciones de que hablara Bülow, es decir, las verdaderas excepciones opuestas ante el pretor para que no hubiera **juicio**.

De todas maneras, hay un dato cierto, que el demandado puede reconocer, confesar y allanarse; y luego sigue una consecuencia general, que estos casos, identificados por la ley o distinguidos por la doctrina, conducen a la finalización del proceso en determinadas circunstancias.

La doctrina ha observado que la confesión de la demanda es, más que una resistencia, un medio probatorio. Esto permitiría excluirla del catálogo, pero hay que advertir que ciertas leyes, como la distrital mexicana, hablan de confesión con un sentido de allanamiento.

Verdaderamente la confesión está en el límite, porque no hay conformidad legal ni teórica en su naturaleza. A veces se le ha regulado como declaración de voluntad y otras se le ha definido como participación de conocimiento. Pero en los dos supuestos se ha llegado a observar que atañe a los hechos, a los acontecimientos del conflicto y no al derecho, a menos que de éste se le vuelva a estimar como un hecho, es decir, se puede confesar haber pactado con arreglo a un precepto, lo que no sería conducente es confesar la normatividad, pues ésta es cuestión técnica que compete al juzgador. Si dirá, por ejemplo, que se ha convenido un arrendamiento, pero ello no implica reconocer el arrendamiento jurídico, pues cabe: primero, que la parte niegue que lo llamado arrendamiento haya sido tal, y segundo, que el juez lo rechace.

Limitada la cuestión al reconocimiento y al allanamiento, resulta que son actitudes del demandado y no del actor, a menos que éste sea también demandado en la reconvencción. Por tanto, las figuras corresponden a la parte pasiva y no a la activa. Pero entre ellas hay diferencia inzanjable, por más que la ley o no hable del fenómeno, o lo niegue.

Pero la doctrina ha querido formar una proporción entre el desistimiento y la renuncia a la pretensión, por un lado, y el reconocimiento y el allanamiento por el otro. Naturalmente, el equilibrio es inestable, porque ni el allanamiento, ni menos el reconocimiento, importan desistimiento. Ante todo, estas conductas caben al principio del proceso, pero también cuando éste ha caminado y ello haría discutible la afirmación del desistimiento del demandado. Pero si se opinara en contrario, las consecuencias serían más graves, porque la manifestación de conducta que se limitara a expresar el deseo de desistir, de no seguir insistiendo en el accionar procesal por parte del demandado, sencillamente llevaría a una toma de razón,

sería la consecuencia de una denuncia que en nada afectaría al régimen procesal y que, en último extremo, significaría la contumacia del sujeto.

Cuando Alcalá Zamora opina que son actos unilaterales está en lo cierto, no así cuando se refiere al desistimiento porque se ha visto la necesidad lógico jurídica de su bilateralidad. Pero el reconocimiento no es una instancia especial, apenas es la razón expresada en la instancia correspondiente del demandado, que o va en la reacción objetivada en la contestación a la demanda, o se presenta aislada en medio del actuar procesal. Como el allanamiento, son manifestaciones individuales, expresiones que pueden no tener carácter de respuesta, es decir que pueden surgir autónomamente en el proceso. Es por ello que no tienen sentido de proyectividad siempre. Por ejemplo, si el demandado contesta allanándose o reconociendo, la instancia empleada es una reacción. Si lo hace cuando el proceso ha avanzado, la instancia es una denuncia. Siempre será, por ende, instancia unilateral cuando venga aislada, y si es idéntica en el caso de la reacción, es en virtud de que lo característico no es el instar mismo, sino la razón, lo expresado.

En el reconocimiento no hay una pretensión de sentencia, como no la hay en el allanamiento. Explica tal circunstancia el que se carezca de conflicto, de contención. Pero entre reconocimiento y allanamiento hay una distinción: el primero no impide negar los hechos, el segundo es un sometimiento total y sin discusión.

d) Toda pretensión, quedó indicado, se apoya en circunstancias de hecho y razones de derecho. El allanamiento implica una retiro del futuro reaccionar, consecuentemente un apartamiento de la serie que carecerá de objeto, de debate. Si la sentencia viene a favorecer la pretensión del actor, es porque el conflicto expresado en la demanda no tiene oposición jurídica.

Pero a fin de que el allanamiento sea posible, deberá referirse a derechos disponibles. No podrá afectar los títulos del demandado que sólo el juez esté llamado a decidir. En estos casos el legislador puede optar por dos caminos: o impone la intervención de un sujeto legitimado, como el ministerio público, para que en su carácter de *amicus curiae* dictamine sobre el posible fraude a terceros o colusión de las partes; o bien ordena que el juicio siga por la vía de prueba como acontece en lo penal. El primer caso ha sido considerado en las relaciones entre el propietario y el usufructuario, de manera que el allanamiento de cualquiera de ellos no trasciende a la posición y títulos del otro.

De cualquiera manera, en este campo no puede construirse simétricamente una proporción entre desistimiento y renuncia por un lado, y reconocimiento y allanamiento por el otro. El desistimiento impide la continuación del proceso en tanto que el reconocimiento apenas elimina de la

discusión el aspecto de derecho; pero además, el desistimiento requiere la bilateralidad que en el reconocimiento no tiene sentido respecto de la instancia. El caso de la renuncia y el allanamiento muestra otras diferencias, la primera cabe en todo proceso, aún en el penal, por más que aquí se haga necesaria la confirmación del procurador general; en cambio el allanamiento puede estar excluido y ser inadmisibile. Debe añadirse que la renuncia no conduce al caso juzgado en tanto que sí lo hace el allanamiento.

El reconocimiento atañe a la pretensión, pero no en su dirección hacia el futuro sino en sentido contrario. El reaccionante reconoce la pretensión, pero no en cuanto exigencia de pronunciamiento favorable, sino en lo que tiene de sustantivamente justificada. Quien reconce que el demandante es propietario, implícitamente admite la procedencia de la pretensión reivindicatoria; pero con ello no acepta la condena de restitución, porque cabe que exprese objeciones a los elementos de hecho. Por lo demás, la fórmula del reconocimiento puede resolver esos problemas de fraude procesal que no evita el allanamiento, porque más que estar de acuerdo con el actor, se presenta una conformidad con los argumentos jurídicos de la pretensión. El allanamiento es un sometimiento a lo pretendido por la contraria, que hace dudar de la buena fe de las partes, lleva a suponer un disimulo si no es que una simple ventaja de potencialidad económica que se impone indebidamente.

Como sea, la confesión no aparece ni en el allanamiento ni en el reconocimiento. No puede relacionarse sino con los hechos propios. El allanamiento apenas requiere de un acto de voluntad, tan desnudo de motivos que puede significar una donación lisa y llana. A su vez, el reconocimiento es la admisión del derecho que asiste al actor, sin admitir su razón total para alcanzar sentencia favorable. Así pues, tanto la confesión como el reconocimiento imponen la subsistencia del proceso, y el allanamiento sólo podrá operar en los casos de derechos disponibles.

### 153 Otras formas de extinción del proceso.

Para entender el significado del instituto de la extinción del proceso, es necesario, dice Jaeger,<sup>1024</sup> tener en mente su carácter de continente de una contienda que es su contenido. Puede haber casos en los cuales se extingan simultáneamente el proceso y el conflicto, toda la causa, como sucede con el dictado de la sentencia de fondo; casos en los cuales la contienda se reduce provocando una sentencia parcial que implica la subsistencia del proceso; y, en fin, casos en los cuales concluye el proceso y se conserva indecisa la controversia.

1024 Op. cit., p. 472.

En el último supuesto, se presentan dos figuras y una intermedia que se refiere a la voluntad concorde de las partes. La primera atiende al incumplimiento voluntario y la segunda al involuntario. La abstención voluntaria se concentra en la renuncia a los actos del juez y se contrapone a la renuncia de la pretensión que lleva a la sentencia de fondo. Un ejemplo de renuncia *ipso iure* al juicio civil está previsto en la hipótesis del llamado transferimiento de la acción civil al proceso penal, a fin de que en sede civil no se pronuncie el fallo, figura que está prevista en el código procesal penal italiano.

El extremo del incumplimiento involuntario ha sido ya considerado en la regulación de la caducidad,<sup>1025</sup> que el código distrital ha venido a regular en su artículo 137 bis, de manera similar a como se encontraba en el derecho italiano.

a) Hay una tendencia doctrinaria a estudiar las causas de extinción desde el ángulo subjetivo: por causa de las partes, y por causa del juzgador. A este punto de vista se agrega el objetivo: por causas ajenas a los sujetos del proceso. Así se mira, tanto en la obra de Alcalá Zamora y Levene hijo,<sup>1026</sup> como en Couture.<sup>1027</sup>

Desde luego, algunos casos, como los de fuerza mayor, conformidad de las partes, fallecimiento o inhabilitación y elevación de los autos al superior, han sido considerados por Alsina,<sup>1028</sup> sólo como causas de suspensión o interrupción, pero no de conclusión.

Otros autores, como Redenti,<sup>1029</sup> estudian el tema considerando nada más a las partes, de manera que afirma que el proceso en primer grado se puede extinguir por renuncia a los actos o por inactividad de dichas partes. Expresamente señala<sup>1030</sup> que ocurrido el hecho extintivo, el juez se limita a declarar, esta resolución no es constitutiva sino declarativa, no es la *causa mortis* sino la redacción de la partida de defunción del proceso.

Alcalá Zamora y Levene hijo, acuden a Rosenberg, para indicar que un proceso concluye cuando ha logrado la protección jurídica perseguida, o cuando por motivos especiales la protección no puede ser alcanzada. Se hace expresa mención de la influencia que tiene la relación material en la conclusión del proceso que, a su vez, significa la cesación de la litispendencia y puede producirse en cualquier grado o instancia. Pero estos autores no incluyen ni a la conciliación ni al arbitraje, a la primera por ser un medio preventivo y su resultante positiva sería el desistimiento, alla-

1025 *Supra* N° 148.

1026 *Op. cit.*, T. III, pp. 199 y ss.

1027 *Procedimiento civil*, 68 y ss.

1028 *Op. cit.*, T. I, p. 758 y ss.

1029 *Op. cit.*, T. I, pp. 495 y ss.

1030 *Idem*, p. 499.

namiento o transacción; y en cuanto al arbitraje es una transferencia del juez público al privado, o sea, forma de sustituir un proceso por otro.

En realidad, el calificar a la conciliación de medio preventivo no resuelve la cuestión, porque puede presentarse durante el desarrollo del proceso, al cual ya no previene sino que pone fin. Ahora bien, el que de ella resulte un desistimiento,<sup>1031</sup> un allanamiento o una transacción es algo relativo y parcial. Ante todo, también es factible hablar de la renuncia a la pretensión y de la misma renuncia al derecho. El caso sería aquél en que el actor toma esta actitud cuando el demandado que reconviene hace otro tanto; aquí no hay transacción.

Es relativo llamar a la conciliación un medio para llegar a otro resultado, porque si bien ello es muy probable en muchos casos, no faltan ejemplos de **reconciliación** que tienen por sí bastante contenido para ser lo suficientemente efectivos.

Por lo que mira al arbitraje, ciertamente es un ejemplo de **translatio iudicii** que puede tener interés en el mismo proceso penal contra lo que opinan estos autores; y como lo importante es atender a la conclusión de un juicio sin sentencia, el arbitraje debe incluirse aquí.

Alcalá Zamora y Levene hijo se refieren, a continuación, a la conclusión por acto de parte. Citan los casos ya consignados del desistimiento, el allanamiento y agregan la transacción, como figuras definidas; frente a ellas hablan de las indefinidas que serían la retractación del acusado en los delitos de calumnia e injurias, la confesión y la renuncia a los actos del juicio.

Lo importante en este sector es advertir que para los autores, la conclusión del proceso no implica resolución judicial sino **decisión jurisdiccional**, porque la autoridad lleva a cabo una función homologadora y de dación de fe. Es, dicen textualmente, más un acta que un pronunciamiento.<sup>1032</sup> Propiamente, y recordando que en esta doctrina no hay separación entre acto jurisdiccional y sentencia, la distinción podría haberse hecho al revés para indicar que la homologación viene a ser una resolución judicial de dación de fe.

b) En el rubro correspondiente a los convenios entre partes, Alcalá Zamora y Levene hijo mencionan solo a la transacción.<sup>1033</sup> No la definen pero Couture,<sup>1034</sup> acude al código civil para explicar que es el contrato mediante el cual, haciéndose recíprocas concesiones, las partes terminan un litigio pendiente o precaven uno eventual.

1031 Bilateral.

1032 Op. cit., T. III, p. 212.

1033 Op. cit., T. III, p. 216.

1034 Op. cit., T. III, p. 92.

No hay transacción en lo penal, dicen Alcalá y Levene, ni siquiera respecto de delitos privados, aunque algunos códigos y cierta jurisprudencia hablen de ella en este campo, pues el acusado no dispone ni del derecho de castigar ni del derecho de acusar. La única posible transacción en los delitos privados es la renuncia del actor que el legislador debe prohibir, sin olvidar que respecto a la responsabilidad civil es factible esta solución.

En cambio, Couture explica que para la ley, existirían como elementos integrantes del contrato: las recíprocas concesiones que serían el abandono o abdicación parcial de los derechos, realizados por cada contratante en favor del otro; y el ánimo de poner fin al litigio o precaver el que se va a realizar. Es, pues, apenas natural que la transacción esté regulada por el derecho civil, y los problemas que surgen a su alrededor son atinentes a la teoría de los contratos y las obligaciones.

Pero la transacción, agrega Couture, pone fin al litigio pendiente y entonces se la debe considerar procesalmente como una convención resolutive o extintiva del litigio.<sup>1035</sup> Lo que llama la atención al autor es que la transacción ponga fin al juicio y, desde este ángulo viene a ser para él un doble desistimiento y un equivalente contractual de la sentencia, pues las partes se dan por convenio una norma equivalente a la sentencia, con sus mismos efectos y fuerza coactiva.

Sin embargo, a continuación<sup>1036</sup> recuerda que la antigua tradición española prohibía la transacción extrajudicial, idea que no prosperó, imponiéndose el principio dispositivo a mediados del siglo pasado, pero con algunos límites como son los asuntos de menores e inhabilitados y algunas formalidades como se mira en el derecho laboral. Por tanto, Couture concluyó que se asemejaba al desistimiento en su carácter expreso y difería de él en su índole bilateral; se asemejaba a la perención en su efecto bilateral y difería por ser expresa.<sup>1037</sup>

Tal parece que la equivocación en Couture fue observar la transacción aislada, es decir, falta de instancia de petición homologadora. Si se atiende sólo al convenio, su manifestación es extrajudicial, pues las partes no pueden, accionando y reaccionando, convenir en la solución; sólo cabe que lo hagan fuera del proceso. Ahora bien, cuando a él llevan el convenio, dejan de accionar para petitionar y es entonces que conforme a la ley, el juez dará fe y ordenará pasar por lo pactado. Ello, además, explica que la transacción sea un título ejecutivo y no uno ejecutorio como la sentencia misma.

1035 Idem, p. 93.

1036 Idem, p. 95.

1037 Idem, p. 96.

Hay en esta figura, dos datos que deben meditar. El primero consiste en saber si la recíproca concesión de las partes atañe al derecho disputado, o bien si éste se concluye por concesiones de otra índole. Hay un ejemplo en Couture bastante significativo, si se supone que el convenio consiste en que el demandado eleve la pared medianera dos metros en lugar de tres que quería el actor, se tendrá una transacción sobre obligación de hacer y no de pagar cantidad líquida. Pues bien, si frente al caso se concibe la hipótesis de un propietario que demanda del vecino la reparación de su inmueble y se conviene poner fin al pleito sin pago alguno pero mediante la renuncia de un derecho del demandado contra el actor, se tendrá un convenio pero no una concesión parcial del derecho discutido. No podría hablarse de compensación sino tratándose de cantidades líquidas y exigibles. Por tanto, además del convenio de transacción, puede haber otros que impliquen concesiones recíprocas.

La segunda cuestión es que si la transacción no es acto procesal, menos aún convenio procesal, en cambio influye en la terminación por lo mismo que termina con la litispendencia. Pero debe observarse que la misma transacción puede originar nuevos procesos, relativos al cumplimiento de lo pactado y cabe atacarla por la misma razón que se combate la validez de los convenios, naturalmente, siempre que no haya producido la resolución homologadora, porque entonces sólo cabe impugnar el acto judicial por las razones que los códigos establezcan para la nulidad.

c) En el catálogo presentado por Alcalá Zamora y Levene hijo, sólo ha quedado un caso no analizado aquí, y es el de la retractación en lo penal. Para aquellas leyes que la permiten en supuestos de injurias y calumnia, este ejemplo de contrición o arrepentimiento puede tomarse como sucedáneo de la pena, castigo anticipado y propio que releva de ella.

A cambio de este dato de la retractación, se encuentra el de la conclusión del proceso por actos del juzgador. Aquí aparecen dos criterios contrapuestos, pues mientras Redenti afirma que el juzgador no causa la muerte del proceso, Alcalá Zamora y Levene hijo invocan el sobreseimiento.<sup>1038</sup>

Ante todo admiten que el concepto de sobreseimiento es difícil de fijar y añaden que existen diferencias entre el provisional y el definitivo y que pueden presentarse en distintos momentos procesales.

Sobreseer, recuerdan,<sup>1039</sup> significa cesar y así se utiliza en varios códigos procesales penales. En seguida acuden a la doctrina para revisar ocho definiciones: de Gómez de la Serna y Montabán, Ortiz de Zúñiga, Lastres, Fábrega, Aguilera de Paz, Jofré, Castro y de Pina, todas las cuales concuerdan en el fondo con la idea de cesación provisional o definitiva;

1038 *Derecho procesal penal*, T. III, pp. 225 y ss.

1039 *Idem*, p. 225, nota 58.

es por ello que Alcalá Zamora y Levene hijo concluyen por considerar que es una resolución judicial en forma de auto, que produce la suspensión indefinida del procedimiento o que pone fin al proceso, impidiendo mientras subsista, la apertura del plenario o que se pronuncie sentencia.<sup>1040</sup>

Así pues, contra lo que opina Redenti, el sobreseimiento proviene del juzgador, pues ni siquiera en lo penal es el ministerio público quien dicta la resolución, mucho menos en otros casos que los códigos mexicanos lo han aplicado, por ejemplo en amparo y en lo civil, donde las partes carecen de la potestad del ministerio público para producir esas conclusiones no acusatorias que lo originan.

Pero asiste la razón cuando Redenti establece que la declaración no es constitutiva, si por ello quiso decir que no está a la discrecionalidad del juzgador sobreseer o caducar. Y nuevamente falla al entender que no es resolución constitutiva, porque hay tipos de sobreseimiento que vuelven las cosas al estado anterior a la demanda y otros que se limitan al futuro como el sobreseimiento por caducidad, donde pueden quedar con eficiencia ciertos actos procesales: las pruebas, la declaración de incompetencia, etc. Entonces, para saber si el sobreseimiento es un acto constitutivo, tendrá que estarse al caso particular.

Por lo que respecta a su naturaleza, debe decirse que se trata de una resolución no jurisdiccional. El acto jurisdiccional, se ha venido sosteniendo, es integrante de la proyectividad y aquí puede haber denuncia y hasta petición, pero no acción procesal. Cuando la doctrina le califica de auto, en realidad tiende a mirar en el sobreseimiento una resolución judicial distinta, primero del acto jurisdiccional y segundo de la sentencia.

No hay sentencia, y por este camino el sobreseimiento significa un obstáculo al pronunciamiento de fondo. Pero hay dos tipos, mencionados por Alcalá Zamora y Levene hijo, de manera que si el provisional paraliza el procedimiento, el definitivo puede tener fuerza o propiedad de resolución indiscutible, la llamada cosa juzgada formal.<sup>1041</sup> En ninguno hay decisión sobre el mérito como expresan los italianos, o sobre el fondo como se dice en el derecho iberoamericano. Sin embargo, el no poder volver sobre el mismo conflicto en otro proceso, hace indiscutible su consistencia absoluta en lo penal al menos. Marginalmente, conviene no confundir la figura con la absolución de la instancia que es la expresión de un estado de duda.<sup>1042</sup>

d) Así como el sobreseimiento deja inatendida la pretensión inicial, otras eventualidades pueden conducir a un fin semejante. Alcalá Zamora

1040 *Idem*, p. 228.

1041 *Op. cit.*, p. 228.

1042 *Cit.*, p. 229.

y Levene hijo mencionan la confusión de derechos, peculiar del proceso civil, así como circunstancias que quitan al conflicto su razón de ser o que impiden su curso. Se refieren a la muerte del inculpado, ejemplo que se puede llevar a lo civil en el juicio de divorcio. Además, mencionan la amnistía cuando se extienda a delitos pendientes de juzgamiento, y a la reforma legislativa que suprima el carácter delictivo de la conducta enjuiciada.<sup>1043</sup>

Si se eleva el punto de vista, para comprender otros sectores judiciales, se encontrarán casos generales y otros particulares de ciertas instituciones. Entre los primeros se puede aludir a la litispendencia, que hecha valer como excepción cabe en cualquier proceso y produce la conclusión del o de las posteriores al primeramente conocido como casos especiales, se puede recordar la muerte del árbitro cuando se acordó este procedimiento por la sola razón de su persona.

En la historia, Bülow remitió todas las llamadas excepciones o faltas de presupuestos procesales al procedimiento *in iure*, de manera que al prosperar, concluían con esta parte preparatoria sin permitir la entrada a la fase *in iudicio*. Esto podría traducirse en el moderno lenguaje procesal, como conclusión del proceso.

Pero todavía, en lo civil, se encuentran extremos como el concerniente al juicio ejecutivo, que puede terminar por resolución que niegue el trance y remate reservando al actor sus derechos. No hay sentencia ni de condena ni absolutoria, sino resolución que termina con la ejecución, la cual puede alcanzar fuerza de inimpugnable.

En este mismo campo, los que el código procesal civil distrital llama autos definitivos, pueden poner término al proceso por diversas razones, entre las que cabe destacar la de incompetencia absoluta. Este caso se mira cuando los cónyuges extranjeros acuden al régimen nacional demandando el divorcio necesario y se determina que el juez es incompetente, sin que pueda señalar a otro en el país.

Respecto al amparo, hay en su regulación un conjunto de llamadas causas de improcedencia, que van contra la prosecución del juicio y que, sin confundirse propiamente con el sobreseimiento, llevan a una resolución que por obra de la ley sí se califica como tal, cuando apenas es un auto definitivo que pone término al control constitucional. La variada gama que describen las dieciocho fracciones del artículo 73 merecen consideración detenida que es propia de un tratado sobre la materia; en consecuencia, basta citar el caso y esperar al momento de su análisis.

Nuevos extremos singulares serían, por ejemplo, el caso del arbitraje comercial, pendiente de resolución, que debe terminar en esta sede para

## **518 Otras formas de extinción del proceso**

acumularse a la quiebra o a la suspensión de pagos. En los regímenes que conocen de coexistencia del orden estatal y el canónico, se puede mencionar el recurso de fuerza, que de prosperar, envía la causa al juez público, dando por concluido el juicio canónico.

En fin, no pueden olvidarse dos situaciones, una mencionada por Couture respecto a la transacción, y es que puede hacerse valer como excepción para dar por concluido el nuevo juicio. Y, naturalmente, el caso juzgado que hecho valer también como excepción, pone fin al proceso si prospera.