Esta edición es propiedad de
Filiberto Cárdenas Uribe.
CARDENAS EDITOR
27 Poniente Nº 4104
México 15, D. F.

Nº 2377

PRIMERA EDICION
IMPRESO EN MEXICO
PRINTED IN MEXICO
1 9 7 0

Derechos propiedad del Autor
Humberto Briseño Sierra
Sindicaismo Nº 77
México 18, D. F.

HUMBERTO BRISEÑO SIERRA

DOCTOR EN DERECHO

DERECHO PROCESAL

volumen

IV

PRIMERA EDICION

1970

CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR

TEL. 67-28-74

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

INDICE

INDICE DEL VOLUMEN IV

CUARTA PARTE

EFICIENCIA PROCESAL

CAPITULO I

		Pág.
154	Identificación de la pretensión.	3
155	Individualización y sustanciación.	10
156	El objeto del proceso.	16
157	El debate procesal.	27

CAPITULO II

158	Las partes.	47
159	Doctrina sobre las partes.	50
160	La capacidad procesal.	60
161	La legitimación.	70
162	Sucesión y sustitución.	87
163	El interés jurídico.	109
164	El interés para obrar.	123

CAPTULO III

		Pág.
165	Continencia y conexidad.	137
166	La acumulación.	147
167	Atractividad y prejudicialidad.	157
168	Separación de procedimientos.	174

CAPITULO IV

169	Pluralidad de sujetos.	185
170	Litisconsorcio.	195
171	Intervención de terceros.	204
172	Coadyuvancia.	211
173	La tercería.	218
174	Recapitulación y corolarios.	232

CAPITULO V

175	Convergencia y divergencia procesales.	249
176	El incidente.	254
177	Desplazamientos y sucesiones procedimentales.	272
178	El accidente.	288
179	Recapitulación y corolarios.	306

CAPITULO VI

180	Eficiencia de la confirmación.	313
181	Teoría de la prueba.	318
182	La mostración.	328
183	La convicción.	334
184	El acreditamiento.	339
185	Recapitulación y corolarios.	306

CAPITULO VII

		Pág.
186	El objeto de la confirmación.	353
187	El sujeto de la confirmación.	359
188	Procedimiento confirmatorio.	376

CAPITULO VIII

189	De los medios en particular.	397
190	Medios de prueba: la pericia.	402
191	Medios de acreditamiento.	415
192	Medios de mostración.	435
193	Medios de convicción.	442
194	Medios de convicción: continuación.	459
195	Expresiones menores de los medios de convicción.	474

CAPITULO IX

196	La actividad demostrativa.	495
197	Imputaciones legales.	502
198	La notoriedad.	520
199	Los alegatos.	531

CAPITULO X

200	Las resoluciones judiciales.	545
201	La sentencia.	562
202	El acertamiento sobre la eficiencia.	577
203	Juzgamiento del caso.	598
204	Los límites del caso juzgado.	617

CAPITULO XI

		Pág.
205	Clasificación de las sentencias.	639
206	Firmeza del fallo: la teoría de la impugnación.	670
207	Realización coactiva del fallo: Teoría de la ejecución.	692

CUARTA PARTE

EFICIENCIA PROCESAL

CAPITULO I

154 Identificación de la pretensión. 155 Individualización y sustanciación. 156 El objeto del proceso. 157 El debate procesal.

154 Identificación de la pretensión.

En diversos trabajos Piero Calamandrei ha abordado el tema de la identidad de la pretensión que él sigue llamando **acción,** por adhesión a la tesis chiovendiana del derecho potestativo.

En el primero de ellos,[1] Calamandrei comienza por sostener que el proceso civil o el penal de los pueblos modernos, es esencialmente un proceso a base de **acción,** un proceso en el que el órgano judicial no toma en consideración la realidad social para conocerla o modificarla en sus aspectos jurídicos, sino dentro de los límites de la propuesta que se le formula por el sujeto que la ejerce.[2]

Esta apreciación tiene gran importancia en sus dos sentidos, el estático de la pretensión y el dinámico de la acción, porque viene a significar que ni el juez puede decidir ni conceder algo más de lo pedido, ni puede sustanciar un proceso a falta de la instancia de la parte. Pero en el derecho positivo existen casos especiales que parecen contradecir la idea, como cuando el código federal mexicano para el proceso civil dispone que cuando un tribunal estime que no puede resolver una controversia, sino conjuntamente con otras cuestiones que no han sido sometidas a su resolución, lo hará así saber a las partes, para que amplien el litigio a las cuestiones no propuestas, siguiendo las reglas ordinarias de la demanda, contestación y demás trámites del juicio, y entretanto no lo hagan, no estará obligado el tribunal a resolver.[3] Y también en lo penal, el código distrital señala que para la comprobación del cuerpo del delito, el juez gozará de amplias facultades para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que no estén reprobados por ésta.[4] Y algo semejante se contiene en la ley federal procesal penal, cuando se expresa que el funcionario de policía judicial y el tribunal en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito.[5]

1 *La relatividad del concepto de acción*, en *Estudios*, cit., pp. 135 y ss.
2 Pág. 139.
3 Art. 77.
4 Art. 124.
5 Art. 168.

Así pues, si bien es regla común que los juicios se inicien a instancia de parte, no faltan ejemplos de lo contrario y es por ello que la pretensión viene a tomar un papel tan relevante en la teoría del proceso. Debe establecerse su función y su carácter unitario o plural, no sólo por las razones ya contempladas de su sustanciación o individualización, sino por las consecuencias ya atendidas de la transformación, la litispendencia, el caso juzgado, etc.

Según Calamandrei, la **acción** constituye, **in iure condito,** en lo civil y en lo penal, un límite y una condición de la jurisdicción. El alcance práctico de esa "acción" no es solamente visible en el momento inicial del proceso, en cuanto el órgano judicial no se pone en movimiento sino cuando se ha formulado petición del agente,[6] sino que se manifiesta durante la marcha y especialmente en el momento final, ya que el juez no puede tomar en consideración sino el aspecto de la realidad acerca del cual el actor reclama su atención, y no tiene otra opción que la de hacer propia o rechazar la propuesta que el actor le presenta, ya preparada, para ser transformada en providencia judicial. Por esta colaboración, el juez aborda la realidad en los términos y aspectos que parece aislada por la parte en su programa de providencia judicial.[7]

a) En el planteamiento anterior se comprende la trascendencia de la problemática de la identificación de la pretensión. Brevemente se podría decir que se trata de averiguar dos fenómenos: el primero concierne a la circunstancia de que el conflicto no coincide sustancialmente con la pretensión; el segundo atañe al hecho de que la pretensión no es invariable.

Para Calamandrei, el sujeto agente: actor o acusador, es un mediador entre el juez y la realidad. Su idea es que el juez no se pone en contacto con la litis concebida a la manera de Carnelutti, es decir, con ese conflicto calificado por la resistencia de una parte y la exigencia de otra; el juez conoce directamente sólo la pretensión, ese aspecto o momento del derecho sustancial que los civilistas del siglo pasado llamaban el derecho subjetivo elevado a la segunda potencia o en pie de guerra.[8]

Pero si la noción del juez instructor no es la misma que la histórica del juez inquisidor, y esto hace pensar en que para ser juzgador se necesita de otros sujetos, encargados de someter a su conocimiento y decisión un verdadero dilema jurídico; todavía subsiste el problema de aquellas legislaciones como la soviética, en que el ministerio público está autorizado para llevar al proceso penal el conflicto civil y hasta contra la voluntad del acreedor, y de someter a ejecución forzada al deudor para confiscar sus bienes a favor del Estado.[9] Y a su lado se encuentran situaciones

6 *Nemo iudex sine Actore.*
7 Op. cit., p. 141.
8 Op. cit., p. 142.
9 Op. cit., pp. 158-9.

como la del proceso administrativo, donde el juicio sirve apenas indirectamente a la tutela del interés individual, el cual es explotado con fines públicos, como un estímulo para provocar una verdadera denuncia. [10]

Se diría que el divorcio entre la pretensión y los fines de la tutela estatal se va acentuando en varios sentidos, como cuando tratándose de derechos individuales no disponibles predomina lo que Calamandrei denominara principio inquisitorio, esto es, un proceso en el que el juez, aun teniendo ante sí dos partes, está desvinculado para la investigación de la verdad, de la iniciativa y de los acuerdos de las mismas. [11]

No es extraño, entonces, que la más reciente doctrina iberoamericana, representada por Devis Echandía, [12] afirme que la **acción** protege primordialmente el interés público y general, y sólo secundariamente el interés privado del actor. La situación que justifica su ejercicio válido y le sirve de **causa** no es la de ser titular de un interés en litigio o del interés por declarar con certeza jurídica cuando no hay litigio, u obrar en representación o sustitución de su titular, sino simplemente la de pretender tener interés personal en el proceso, para cualquier efecto jurídico, y el interés público general en la solución del proceso. La **legitimatio ad causam** no es elemento o condición de la **acción,** sino del éxito de la pretensión, y aunque falte se inicia el proceso, se adelanta y concluye con sentencia, sólo que sin ella no podrá existir sentencia de fondo o mérito, sino inhibitoria de la resolución sobre existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor y de la obligación que alega tener el demandado. [13]

b) Triste parece haber sido el destino de la pretensión. Nacida con dificultades innumerables, [14] ha venido a resultar un mero pretexto para la intervención estatal en las relaciones sustantivas de los particulares. Y esto es muy grave, cuando se miden las consecuencias inquisitorias como las entiende Calamandrei.

Naturalmente, no se trata de exigir que el juzgador sea un mero sujeto contemplativo a merced de la actividad y fines de las partes. Ante todo, ya se ha distinguido entre ser sujeto receptivo y serlo pasivo. Lo primero es ineliminable puesto que no es un detective que salga en busca de entuertos y vuelva a su juzgado para deshacerlos. Aún en lo penal y en lo administrativo, el juez está constreñido a recibir noticia del conflicto. Pero la pasividad le forzaría a mantenerse inerte, a moverse cuando le movieran y a detenerse cuando le detuvieran. No es, pues, esta la idea de imparcialidad, sino el hecho de no tomar partido en el conflicto ajeno.

10 Cit., p. 153.
11 *Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio*, en *Estudios*, cit., p. 251.
12 Op. cit., pp. 181 y ss.
13 Op. cit., p. 181, donde afirma que en ello se hallan de acuerdo Couture, Carnelutti, Rocco, Rosenberg, V. Fairén Guillén, y De la Plaza.
14 Cfr. Supra Nº 75.

6 Identificación de la pretensión

La pregunta de si puede el juez ahondar en el conflicto, hacerlo completar con nuevas cuestiones no suscitadas por las partes, investigar por su cuenta el estado de cosas y aún resolver sobre pretensiones no deducidas por las partes, depende de la identificación de la pretensión. Lo que ésta sea, el cómo se forme y en qué consista, darán la pauta del cometido del juzgador.

Al identificar la pretensión no se intenta ya definirla. Esto ha quedado concluido en su oportunidad.[15] Lo que ahora interesa es el concreto de cualquier proceso, y en este sentido se advierte que los autores que, como Devis Echandía, aíslan las relaciones de las partes, hablando de una relación de **acción** entre demandante y Estado, y otra de contradicción entre demandado y Estado,[16] sin embargo llegan a distinguir entre **acción** y pretensión, afirmando que ésta se busca satisfacer con la **acción** y aparece en las peticiones de la demanda.[17]

Con el nombre de elementos de la demanda o de la causa, Calamandrei ha estudiado lo que la doctrina llama la identificación de las **acciones,** que en realidad es de las pretensiones. Se trata, dice el autor, de individualizar y distinguir la causa de otras, es una operación por la que se confrontan entre sí varias **acciones,**[18] para establecer si son idénticas o diversas.[19]

Aclarado que para Calamandrei no es el litigio en sí lo que se lleva al juez, sino la **causa,** o sea el momento en que el conflicto es llevado ante el juez en forma de **acción,**[20] queda por añadir que para este autor, el ejercicio de la pretensión ejecutiva da lugar a un procedimiento pero no a una causa, porque ésta sólo aparece en los casos en que el proceso sirve para juzgar, no en aquellos en que sirve solamente para ejecutar.[21]

Pues bien, los elementos de identificación se enumeraban en la antigua doctrina de la siguiente manera: **personae, petitum** y **causa petendi,** y hoy se indican como sujetos o personas, objeto y título. La identificación se hace, pues, a base de dos aspectos: subjetivo por razón de las personas, y objetivo en relación a los otros elementos. Los sujetos son un primer punto discutible, bien se hable del Estado o del juez como destinatarios de la **acción,** o se niegue.

Ya sin discutir la naturaleza de la acción, su calidad de acto proyectivo,[22] se puede advertir que hay en la doctrina una confusión insalvable por falta de cuantificación de ella. Ese pensar en si la dirección de toda

15 Supra Nº 76.
16 Op. cit., p. 182.
17 Cit., p. 183.
18 *Rectius;* pretensiones.
19 *Instituciones del derecho procesal civil,* Op. cit., p. 203-4.
20 Cit., p. 207.
21 Cit., p. 209.
22 Supra Nº 74.

la conducta del actor al demandar, es hacia el juez, al Estado o al demandado, sólo puede provenir de la multivocidad del vocablo. Quien demanda busca que un juez, órgano del Estado, conozca del conflicto y lo resuelva en determinado sentido. Pero, tanto el conflicto como la resolución, están vinculando a las partes. Luego hay una actividad que relaciona al actor con el juez y el demandado de una manera dinámica, y otra conducta que relaciona a las partes en primer lugar y al juez en segundo de manera estática.

Si se deja, como es debido, al accionar en el plano proyectivo, en el cual, el ciclo de la instancia no se cumple sino hasta que vincula a los tres sujetos; lo que resta es la pretensión. Marginalmente debe quedar precisado que la demanda no es sino el documento en que se objetivan lo mismo la acción que la pretensión.

Ahora bien, cuando Calamandrei habla de identificación de la acción lo hace por seguir la idea de Chiovenda, quien la consideraba como un derecho potestativo; pero como tal derecho, viene a ser el poder jurídico de determinar el nacimiento de la condición para la actuación de la voluntad de la ley.[23] Se trata, entonces, de la pretensión que es la que se dirige al pronunciamiento.

Los sujetos de la pretensión, que es como debe decirse, son: la persona a la que corresponde obtener la providencia final y la persona contra la cual se dirigirá la providencia. En términos generales, las partes serán las personas en cuya esfera jurídica operará la sentencia. Para que haya identidad de personas, explica Calamandrei,[24] no basta la identidad física, es necesario que la demanda sea propuesta por los sujetos en la misma calidad. Este punto deberá ser estudiado más cuidadosamente con posterioridad, al hablar de las partes; pero ahora es necesario mencionar el aspecto subjetivo de la pretensión, que queda perfilado por los accionantes inicialmente, pero que, como explica el mismo autor, puede abarcar a quienes tenían derecho de proponer una demanda, aunque no participaran en el juicio, si se trata, por ejemplo, de promover la interdicción o la inhabilitación.[25]

Calamandrei comete el error ya anunciado, de considerar que en el proceso hay dos objetos: uno inmediato y otro mediato, el primero sería la sentencia, y el segundo la satisfacción del interés de las partes. Esto podrá ser admisible tratándose del fin o finalidad, pero no del objeto que es el contenido del proceso. Como sea, el autor reconoce que para individualizar la demanda o la causa, no basta tener en cuenta el fin inmediato ni la finalidad mediata, sino que es necesario coordinar estos aspec-

23 Op. cit., p. 168.
24 Cit., p. 210.
25 Cit., p. 211.

tos para identificar el **petitum.** No basta buscar la condena del demandado, sino que es preciso indicar el derecho no satisfecho cuya tutela se invoca, y a la inversa, no es suficiente determinar ese derecho que puede ser tutelado con sentencias diversas. Si el actor trata de obtener la mera declaración de certeza de un derecho de crédito, y si intenta obtener la condena a su pago, en los dos casos la finalidad mediata es la misma para Calamandrei, pero son dos pretensiones distintas por ser diverso el fin inmediato. [26]

Sin embargo, una exacta identificación del aspecto objetivo de la pretensión no se puede hacer si el **petitum** no se pone en relación con la **causa petendi.** La identificación trata de establecer: quiénes son los litigantes, sobre qué litigan o **petitum,** y por qué litigan o **causa petendi.** Esta es llamada también el título y para definirlo, Calamandrei lo divide en dos momentos: la concreta individualización de los hechos de los 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, protección. [27]

La individualización de los hechos de que surge la insatisfacción, es la necesidad o interés procesal de dirigirse a la autoridad para obtener sentencia. No basta pedir una suma de dinero, que es el **petitum,** sino que debe especificarse que es debida como pago de una cosa vendida, y es necesario afirmar el derecho al pago del precio no satisfecho. Esto marca una estrecha compenetración entre el **petitum** y la **causa petendi,** elementos de los que surge el aspecto teleológico de la pretensión. La concreta individualización del **petitum** no puede obtenerse sino poniéndolo en relación con la **causa petendi.** Aparentemente, ejemplifica Calamandrei, hay la misma finalidad por obtener una casa en la demanda reivindicatoria y en la que hace valer el derecho de inquilino; pero la diversidad del título en que se basan las pretensiones hace que el fin sea distinto. La cosa materialmente es la misma, pero económica y jurídicamente es diversa.

Semejante es el criterio aportado por Prieto Castro, [28] al indicar que conforme a la ley de enjuiciamiento, deben describirse tanto los hechos como los fundamentos de derecho, y a este relato de las circunstancias y su calificación jurídica es a lo que se llama título, causa, o fundamento, **causa petendi** de la petición concreta que se formula por el demandante. En su opinión, la ley española ha tomado partido entre las teorías de la sustanciación y de la individualización; pero agrega que no tiene gran importancia práctica esta distinción, porque es la naturaleza de la relación lo que da la pauta sobre los elementos que la demanda debe contener,

26 Cit., p. 212.
27 Cit., p. 213.
28 *Derecho procesal civil*, T. I., p. 255.

y de ahí que la aplicación legal no sea absoluta, pues si bien en la demanda se configura la litis, la alegación de los hechos causales del **petitum** no es **preclusiva** y cabe su modificación y adición en los escritos de réplica y dúplica. Para evitar la incertidumbre, basta pues alegar los hechos con la amplitud necesaria para basar la petición y que ambos individualicen la pretensión. A pesar de todo, el autor reconoce que estas teorías tienen importancia en orden a los conceptos de cambio de demanda, litispendencia, caso juzgado y congruencia del pronunciamiento. En fin, el **petitum** es la conclusión de los hechos que constituyen su causa, y entre ambos elementos ha de haber ilación lógica, porque conjuntamente individualizan la pretensión. La petición comprende el fin inmediato del pronunciamiento y el mediato que es la cosa o bien cuando se trate de una condena. La determinación precisa de ambos es de importancia para la clasificación de las pretensiones y su diversidad hecha valer en dos procesos puede llevar a estimar o no las excepciones de litispendencia y de caso juzgado. [29]

c) Para la solución de este problema de la identificación, parecen claras e indicadas las palabras de Redenti, [30] cuando explicando la confusión de los términos acción y pretensión, enseña que a veces en la práctica se utilizan las expresiones accionar y acción para expresar en sí y por sí la actividad procesal desplegada ante el juez para pedirle que provea. Por ello, agrega, terminológicamente se puede componer esta especie de retruécano: que con la acción [31] se propone al juez la acción [32] y el dirá si existe la acción. [33]

Es, pues, cierto que no sólo en la práctica forense, sino en la doctrina, en la ley y en la jurisprudencia, las anfibologías son frecuentes; pero como indica Redenti, el contexto basta de ordinario para aclarar en cada caso el significado en que el nombre se emplea.

Desde el ámbito sustantivo, las leyes determinan, por ejemplo, que el propietario puede reivindicar la cosa de quien la posea o detente. En orden de enumeración habría que establecer: primero la existencia de una cosa, después la existencia del título de propiedad en el actor, y por último la existencia de la posesión en el demandado. Aunque aquí hay conceptos jurídicos indudables, se les califica de hechos, de situación fáctica, a la que se agrega un elemento que ya es netamente jurídico y que también en la ley sustantiva recibe un nombre: reivindicar.

29 Cit., p. 257.
30 *Derecho procesal civil*, T. I., p. 52.
31 Actividad procesal.
32 Pretensión
33 Derecho.

10 Individualización y sustanciación

Los problemas de la sustanciación y de la individualización interesan a la identificación de la pretensión, sólo por cuanto las leyes exigen en un caso la detallada enumeración fáctica y en el otro la precisa determinación jurídica. Pero no hay en el fondo contrariedad, porque la enumeración fáctica, ayuna de determinación jurídica es impensable. Lo que sí acontece es que, por un lado, el aspecto fáctico sea presentado en una perspectiva siendo posible hacerlo desde varias; o que la determinación jurídica sea elegida entre varias.

Cabe, pues, que el actor afirme ser propietario o heredero, esta diversa posición trascenderá a la determinación jurídica de reivindicación o petición de herencia. Si el actor asegura ser heredero y quiere reivindicar, probablemente encuentre inadecuada su petición y la vea rechazada. La ley puede permitirle el cambio, y entonces será factible que en lugar de reivindicar peticione la herencia con resultados favorables. Esta es la razón de que el aspecto fáctico tenga trascendencia hacia el aspecto jurídico.

En otro sentido, el propietario puede no querer la devolución de la cosa sino el pago de una indemnización. También entonces la petición trascenderá al aspecto fáctico, y podrá acontecer que la ley no le faculte sino a recuperar el bien, lo que implicaría una sentencia desfavorable.

Cualquiera que sea el ejemplo tomado, la necesidad de identificar la pretensión se apoya en la íntima conexión que hay: entre el estado de cosas que produjo el conflicto, el fin perseguido al demandar y el pronunciamiento que recaiga. Conocer si una demanda ha sido variada, si dos juicios tienen el mismo objeto, determinar quiénes han quedado afectados por el pronunciamiento; todo ello es consecuencia de la identificación de la pretensión.

155 Individualización y sustanciación.

Las enseñanzas de Calamandrei son determinantes para la definición del objeto del proceso. Pero este mismo problema ha sido un tema secularmente considerado desde otro ángulo, que aunque tratado también por Schwab, no lo fue con la amplitud que lo hiciera Víctor Fairén Guillén en una obra monográfica ejemplar. [34]

Se tiene ahora en el campo de observación a una cuestión de la mayor importancia para todo el derecho procesal, aunque también, como lo hiciera Schwab, se analiza con relación al civil; pero ya habrá oportunidad de llevar las conclusiones a otros ramos. La transformación de la demanda, dice Fairén, [35] supone una transormación del litigio y no una

34 *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela 1949.

35 Op. cit., p. 17.

de carácter externo del proceso. Significa una alteración del proceso ya invocado, que viene determinada por una transformación del **petitum** o la fundamentación, formulados en aquel instrumento. Es el ejercicio de una nueva pretensión independiente al lado o en lugar de la ya ejercida. Es una alteración de la esencia de la demanda por alterarse la de la pretensión hecha valer, por lo que los efectos del caso juzgado no afectan en nada a la que a través de dicha transformación se hubiera retirado del proceso.

Los problemas a que se enfrenta el autor son de dos órdenes: sobre la esencia de la transformación y sobre su procedencia. Uno predominantemente doctrinal y el otro de tipo técnico.

La demanda, como acto de incoación del proceso tiene dos elementos que son la fundamentación y la petición o súplica. En la primera se comprenden las bases fáctica y jurídica de la pretensión, y en la segunda el pronunciamiento solicitado y la producción de efectos materiales. La transformación puede afectar tanto a uno como a otro elemento. Pero el autor deja para un tercer lugar el cambio de partes, tercer elemento, y sus repercusiones sobre el tema. [36]

a) Sobre la fundamentación de la demanda se presentan dos tesis. Según la tradicionalmente llamada doctrina de la sustanciación, corresponde esencialmente a la suma de hechos constitutivos, a la relación fáctica aportada por el actor. De ella fueron partidarios Wetzell, Struckmann, Planck, Nikisch, Goldschmidt, Weissmann y Schönke. La doctrina de la individualización entiende por fundamentación de la demanda solamente la exposición de la relación sobre la cual se basa la pretensión. Este fue el pensamiento de Wach, Schmidt, Bolgiano, Heilwig y otros. [37]

La controversia es por tanto, el punto de si los hechos constitutivos del derecho que se evidencia en la demanda como violado, forman por sí la **causa petendi** o sólo sirven para individualizar la relación controvertida. La teoría de la substanciación concede importancia predominante a la alteración de la parte fáctica para la transformación; en tanto que la de la individualización considera relevante la alteración de la parte jurídica. Es por ello que el problema inquiere si es preciso que la demanda contenga una enumeración sustanciada del supuesto de hecho histórico, o simplemente basta para identificarla que se exprese individualizadamente la relación jurídica que se esgrime como existente y desconocida o violada por el demandado. [38]

36 P. 21.
37 Cit., p. 22.
38 Cit., p. 23.

b) La sustanciación quiere decir desintegración de la demanda en sus componentes fácticos. El actor quiere acreditar la veracidad de su afirmación jurídica por la fundamentación de su pretensión, pero como la ley liga las consecuencias a los hechos, una pretensión sólo puede estar basada en hechos. Es necesaria una enumeración ordenada de los hechos para acomodarse a la norma en que los ha de subsumir la sentencia. Esta exposición de hechos es capital para la identificación del proceso. Se deben aportar los hechos jurídicamente apropiados y exigibles para fundamentar el **petitum** de la demanda, ha dicho la jurisprudencia alemana. [39]

Pero la moderna diferenciación entre la consignación de los hechos para las demandas de prestación, y la aparición de las consecuencias en las declarativas y constitutivas, marca el que sea exigible la sustanciación o la individualización; además, si se trata de pretensiones de prestación, según la doctrina de la individualización, también deben aportarse los fundamentos o títulos del derecho alegado. [40]

Fairén Guillén procede a una revisión histórica del derecho español, para aclarar y sistematizar los cuadros legales y doctrinarios. La primera cuestión que le preocupa es el que esto constituya una faceta del problema de la aparición, coexistencia, absorción y desaparición en España de diversas influencias y consecuentes sistemas de normas a partir de la decadencia del Imperio Romano.

En la Alta Edad Media, la exigencia de la sustanciación fáctica era muy imperativa y a veces las demandas iban acompañadas de pruebas, lo que supone la sustanciación al máximo; pero estos hechos no pueden considerarse absolutamente seguros, porque los juicios se desarrollaban de modo preferentemente oral y los escritos dan cuenta del sucinto desenvolvimiento, por más que no falten casos de demandas escritas según la interpretación del Fuero Juzgo. [41]

Los fueros incluyeron en ciertos casos disposiciones o fórmulas en las que se adhieren a veces a la doctrina de la individualización y otras a la de la sustanciación. [42] La evolución hacia la necesidad de sustanciar las demandas, en opinión de Fairén, proviene de las complicadas necesidades de la vida judicial, argumento que también expresa Calamandrei. [43] Pero un elemento contrario dirigido hacia la individualización fueron las disposiciones medievales que exigían la individualización de la **acción,**

39 Cit., p. 24.
40 Id, p. 25.
41 Cit., p. 28.
42 Id, p. 31.
43 *La génesis lógica de la sentencia civil*, en *Estudios*, cit., p. 374.

lo que no obstó para el movimiento evolutivo de la sustanciación que apareció en el derecho italiano y en el alemán hasta muy entrado el siglo XVI. [44]

De este tratamiento histórico se infiere la tendencia predominante de la individualización en la Baja Edad Media, la individualización ligada con la exposición de hechos que en España ofrece el fenómeno contrario, esto es, el mantenimiento de la idea de la sustanciación, lo cual no puede precisarse definitivamente en virtud del atraso de los estudios jurídicos de la época con respecto a Italia. La mezcla de contrarias influencias hizo que en España se aceptara en la práctica la doctrina de la individualización como en Italia y Alemania, a la vez que se comienza a adoptar un procedimiento basado en la eventualidad para evitar dilaciones por la mutación del objeto del proceso. [45]

c) La teoría de la sustanciación ha preponderado en España desde el siglo XVI a la actual ley de enjuiciamiento; pero la polémica se desató en Alemania, en virtud de que la exposición de motivos de la Ordenanza procesal explicó que era necesario consignar en la demanda los hechos que según las prescripciones del derecho civil, son adecuados para hacer aparecer la pretensión como nacida en la persona del actor, así como también el derecho violado por el demandado.

Para Stein y Schönke, tales hechos constituyen la totalidad de la fundamentación de la demanda, lo que implica, según Fairén, [46] que un cambio de los puntos de vista jurídicos expuestos en la demanda, no constituiría una transformación, con grave perjuicio del demandado que por ejemplo, habiéndolo sido por reivindicación, lo fuera por simple posesión o usufructo. Los sostenedores de la doctrina conocieron el riesgo y opinaron que la exigencia de la sustanciación no era un principio de derecho material, sino efecto de la forma procesal; el primero determina qué hechos son necesarios para que exista un derecho, y la segunda cómo y en qué momento del proceso se han de aportar y alegar. [47]

Los partidarios de la individualización parten del derecho sajón, en el que la necesidad de articular la demanda estaba expresamente excluida, aunque la práctica entendió que debía comprender una corta y concluyente narración de hechos. [48] Como ya se ha dicho, también en España y durante cierto tiempo de la Baja Edad Media, predominó prácticamente la individualización por influencia de los modelos italianos y alemanes. Pero el formulismo se fue atenuando. Los partidarios de la individualización han creído que basta con que en la demanda se exprese

44 Op. cit., p. 34.
45 Cit., p. 46.
46 Cit., p. 57.
47 Id, p. 58.
48 Cit., p. 59.

lo suficiente a fin de que pueda ser diferenciada de otras. Para ello sobran muchos hechos y a menudo basta un determinado principio abstracto referente a una relación jurídica. Una demanda, decía Wach, está expresada de modo indudable si se promueve una pretensión determinada entre ciertas personas, pues la cosa juzgada no afecta a los hechos sino a la pretensión en sí misma. [49]

Rosenberg trató de conciliar ambas teorías, sosteniendo que el objeto de la litis es la afirmación de un derecho, pero que puede hacerse de modo relevante exclusivamente a través de la alegación de hechos. En unos casos bastaría una mera sustanciación fáctica, pero en otros la importancia de la misma queda desbordada por la del **petitum**, y el cambio de hechos aportados no determinará un cambio de demanda, si el **petitum** no se altera. [50]

Fairén estima que se puede determinar el valor de la individualización si se independiza la polémica sobre el término y se hace referencia al objetivo fundamental de la demanda. El objetivo de la fundamentación no es el probar que la demanda es fundada, ni mostrar el programa del litigio por completo, porque puede ampliarse por obra del demandado; el objetivo es determinar el objeto del proceso, la afirmación jurídica, la pretensión procesal, individualizándola de las demás. Esta necesidad es notoria, puesto que la demanda produce litispendencia. [51]

La importancia de adoptar una u otra de estas teorías, se encuentra concretamente para Fairén, en el caso de la transformación. Según la de la sustanciación, una alteración en las alegaciones de hecho que altere el objeto fáctico constituye una transformación, en tanto que no ocurre así si se acepta la individualización. [52]

d) En el fondo, las doctrinas de la sustanciación y de la individualización, no sólo no se excluyen, sino que han llegado a compenetrarse y su finalidad es también coincidente, al buscar la individualización del objeto del proceso. Lo que les separa es el punto de vista que toman para conseguirlo. En un caso se va a la diferenciación de los hechos, en el otro a través del derecho.

En realidad, lo único que parece discutirse es el momento en que ha de efectuarse la individualización o la sustanciación, y el sujeto procesal que ha de llevar a cabo tal labor. [53]

Se buscaría, por ejemplo, que el actor sintetice los hechos, de modo que en vez de enunciarlos, exprese el resultado ideal, o sea la pretensión jurídica individualizada. El problema queda aclarado para Fairén

49 Op. cit., p. 64.
50 Cit., p. 66.
51 Cit., p. 69.
52 Cit., p. 70.
53 Op. cit., p. 72.

al precisar que, para que recaiga una sentencia de fondo, la cuestión ha de estar fácticamente sustanciada y jurídicamente individualizada. En las pretensiones reales es que se mira mejor la diferencia, pues la doctrina de la sustanciación exige que en la demanda se manifiesten el título y origen del derecho real, no sólo su designación sino la indicación de cómo se adquirió. La doctrina de la individualización exige la simple inducción del mismo derecho. Por ende, en la primera postura, un cambio de alegación de los títulos constituiría una transformación de la demanda, cosa que no se daría en la segunda. [54]

Como la fundamentación constituye parte importante de la demanda, su alteración es trascendental, pero no menos importante es la petición. En ella, Fairén distingue: la inmediata o de un pronunciamiento dado, y la mediata sobre la cosa u objeto material del proceso. La mutación de la petición supone un cambio en la fundamentación, que se producirá por alteración de la parte fáctica o de la jurídica, según se acepte la sustanciación o la individualización. Para que la alteración del **petitum** constituya una transformación, es preciso que sea de modo que entrañe la interposición de una nueva pretensión independiente de la primera, o sea una acumulación sobrevenida, o el cambio de la primitivamente interpuesta por una distinta. [55]

De la acumulación de pretensiones se debe distinguir la concurrencia de normas. La jurisprudencia española no ha estimado como transformación la adición en la réplica de una petición de indemnización de daños y perjuicios, ni la nulidad y rescisión de operaciones divisorias. Se admite que la concurrencia de normas alegada en la réplica no produce transformación, y se extiende el criterio a la concurrencia de pretensiones, lo que significa que el tribunal español parte del cambio o no cambio de la fundamentación de la demanda. [56]

La transformación de la demanda ha sido un fenómeno combatido por las legislaciones, no sólo por la agravación de la defensa del demandado sino por la trascendencia que tiene hacia el caso juzgado. En el fondo, se trata de proscribir la transformación por las razones que impiden el desistimiento unilateral. [57] Fairén lleva a cabo una revisión del tratamiento dado en los diferentes regímenes históricos, desde el derecho romano hasta España en la actualidad, y no sólo mirando al cambio de la fundamentación, sino al de las partes. [58] En realidad, concluye el autor, lo

54 Cit., p. 77.
55 Cit., p. 80.
56 Cit., p. 82.
57 Cit., p. 104.
58 Cit., p. 122.

que hace la parte que transforma esencialmente su demanda es cambiar de pretensión, con lo que se produce un desistimiento y una sustitución por otro proceso y de ahí la prohibición. [59]

156 El objeto del proceso.

Por lo mismo que en una construcción volumétrica del derecho procesal, la pretensión es el centro; cuando se desciende hasta el procedimiento, cualquier procedimiento, pero en especial el procesal, el punto común de referencia debe hacerse hacia el objeto.

Algunas veces la palabra objeto se toma por fin o finalidad, si bien en lo general de la doctrina, la diferencia entre objeto y objetivo es manifiesta. Objeto es el tema a veces designado contenido de la figura correspondiente. Objeto mental es el contenido del pensamiento, objeto del convenio es la o las relaciones pactadas, objeto del proceso es el debate. No hay, por tanto, sinonimia entre objeto y objetivo, como no existe entre contenido y fin o finalidad. Sin embargo, en el lenguaje cotidiano también se emplean como sustitutivos otros términos: propósito, materia, cosa, etc.

Así pues, el significado de objeto, técnicamente hablando, es el de un sujeto gramatical de la proposición. El objeto es de lo que se predica, de lo que se discute y decide en el proceso.

Con todo, en el derecho procesal se ha formado una muy larga polémica, un extenso conjunto de estudios elaborados por la mejor doctrina, análisis que han llegado a oscurecer más que a dar claridad al tema. De ahí que Karl H. Schawb haya dedicado toda una monografía a la presentación de las más relevantes opiniones. [60]

Su obra parece limitada al litigio como objeto del proceso civil, pero con poco que se extiendan las consideraciones, se podrán aplicar a otros campos todos y cada uno de los criterios. Esto es inexcusable para quienes piensan que el proceso es uno, y no pueden detenerse en lo meramente civil, cuando también el proceso en lo penal, en lo administrativo, mercantil, laboral, constitucional, canónico, castrense, internacional, etc., contienen sendos objetos.

Por su minuciosa revisión de las tesis de distintos autores, por su empeño en depurar los criterios, y por su personal aportación; la obra de Schwab es básica y de obligado estudio. En lo que sigue, se ha de tomar su información como la mejor fuente de consulta, con independencia de las observaciones que puedan hacerse en cada caso; en la inteligencia de que buena parte de los trabajos que él menciona, están ya al alcance del estudioso, sea en traducciones como en los casos de Rosenberg, Schönke y otros, o bien en las exposiciones de autores de ha-

59 Cit., p. 127.
60 *El objeto litigioso en el proceso civil*, Trad. Tomás A. Banzhaf, Bs. As. 1968.

bla castellana. Y a ello debe añadirse que el defecto de Schwab, consistente en limitarse a la doctrina alemana, se puede remediar con la revisión de obras italianas e iberoamericanas.

Conviene advertir que el objeto del proceso, con otros nombres, ha sido ponderado desde la remota antigüedad; que ya Aulio Gelio o Quintiliano han comentado el tema desde distintas perspectivas y para fines diversos. De manera que no se está ante algo novedoso, algo que sólo fuera pensado en la llamada corriente del procesalismo científico. Si en ésta se ha profundizado, es por razones de sistematización que todavía están en el plano de las discusiones. Por otra parte, la legislación de cualquier país ofrece ejemplos claros sobre este particular, por lo mismo que todo proceso tiene siempre un objeto.

a) Schwab comienza por advertir que pese a los esfuerzos de largas décadas, no se ha hallado un concepto unitario, válido para todas las especies de procedimientos; que hay una desconcertante plétora de opiniones sobre la esencia de este fenómeno, en la cual no hay dos doctrinas similares. Sin embargo, ya se ha logrado bastante advirtiendo que su naturaleza es procesal y no se identifica con la pretensión material. El debate gira ahora en torno al contenido y alcance del concepto procesal, y así se unifican los estudios que provienen de los campos procesal y administrativo en las jornadas de Heidelberg en 1952.

Como el fenómeno no es exclusivo del derecho procesal alemán, según confiesa Schwab,[61] conviene anticipar que, a diferencia de la Ordenanza procesal civil alemana, los códigos mexicanos, por ejemplo, sí hablan del debate con neta distinción de la pretensión, y no ya de la civil que es el título correlativo de las prestaciones, sino de la procesal como afirmación del hecho y exigencia del pronunciamiento.

Para la doctrina alemana, es punto menos que evidente, el que la pretensión procesal sea el objeto litigioso, porque a ella se refiere la dicha Ordenanza, si bien semánticamente son datos diversos. La pretensión expresa la petición del actor, el objeto litigioso es un concepto neutral y objetivado que plantea la cuestión de su contenido; es el molde que la pretensión procesal viene a llenar.[62]

La pretensión procesal, o simplemente pretensión, como se le llamará en lo que sigue, es para Schwab el objeto del litigio y su resolución, y sobre ese objeto va a resolver el tribunal. Sin embargo, hay que discrepar de este planteamiento porque es una sutil transposición. En el conflicto, y no sólo en el litigio, se asienta la pretensión; pero el conflicto no contiene la pretensión sino la colisión de derechos, de normas, de intereses o de opiniones. Pretender que esa colisión se

61 Cit., p. 4.
62 Cid., p. 6.

resuelva en cierta manera y no en otra es la característica de la pretensión. Lo conflictivo de ella no es lo conflictivo de la pretensión sustantiva, pues acá se origina la colisión y allá se origina el debate.

Ciertamente, la significación de la pretensión procesal da el alcance del caso juzgado, pero sólo a través del debate que viene a ser el objeto propio del proceso. Así es como debe admitirse lo dicho por Schwab, en cuanto a que varias pretensiones procesales constituyen varios objetos litigiosos. [63]

Para la práctica, la identidad de la pretensión tiene la importancia de resolver los problemas de modificación de la demanda y de la litispendencia. La nueva pretensión alterará el debate y se modificará el objeto del proceso al modificar la pretensión original. Cuando por litispendencia se prohibe el nuevo conocimiento, se está determinando que una misma pretensión no puede ser objeto de dos procesos.

b) En la moderna literatura procesal, dice Schwab, se distinguen tres corrientes principales. La primera ve en la pretensión la afirmación de un derecho material. La segunda ha abandonado toda vinculación con el derecho material y concibe el objeto litigioso integrado por factores puramente procesales, como el estado de cosas que el actor debe exponer y la solicitud que presenta; estos factores son de igual valor. La tercera corriente va más allá y asigna la gravitación exclusivamente en la solicitud. [64]

Para percibir las diferencias, hay que contrastar también los efectos a que lleva cada posición. En la primera al afirmarse varios derechos materiales se configuraría una acumulación de pretensiones, y la afirmación de un derecho material distinto entrañaría una modificación del objeto litigioso, por lo que la resolución recaerá sobre la afirmación del derecho material.

En la segunda, si los estados de cosas son varios, también lo serán los objetos litigiosos aunque sea una la solicitud; y varias solicitudes basadas en un mismo estado de cosas implicarán la acumulación de pretensiones, y con mayor razón habrá acumulación si son varias solicitudes apoyadas en varios estados de cosas. La modificación del objeto se operará por la modificación del estado de cosas y por la modificación de la solicitud, y naturalmente cuando ambos elementos cambien.

En la tercera no se han extraído las consecuencias, pero la acumulación supone pluralidad de solicitudes; y si es una la solicitud, será una la pretensión, uno el objeto, aunque los estados de cosas sean varios.

63 Id, p. 6.
64 Cit., p. 7.

Cabe concluir, con Schwab, [65] que las piedras de toque de esta teoría, han de ser: la acumulación de pretensiones, la modificación de la demanda, la litispendencia y el caso juzgado. Esto, por lo demás, vendrá a precisar esa diferencia que va de proceso a proceso, no por la naturaleza de éste, sino por su objeto, y con tal afirmación, se está ya presentando nueva objeción a la idea de Schwab de que de la naturaleza del proceso derivan también el contenido y el alcance de ese objeto litigioso.

c) Tres son los procesalistas alemanes que en la actualidad han dado mayor impulso y profundidad al tema: Rosenberg, Lent y Nikisch, y a ellos destina Schwab la primera parte de su investigación.

En Lent, la determinación del contenido de la pretensión se hace por el derecho material, con ciertas reservas que explican el que la pretensión material no sea propiamente el objeto litigioso sino la procesal. Mientras la pretensión material se dirige contra el demandado, la petición es al juzgador. Pero el objeto litigioso sigue apoyado en el derecho material, no en el estado de cosas o en un hecho aislado; lo que destaca es la relación jurídica sustantiva.

Esta idea contrasta con las de Nikisch y Schönke, para quienes fuera de las pretensiones de declaración de derecho o de relación jurídica, la afirmación de un derecho es la afirmación de una consecuencia jurídica. Si se demandan daños y perjuicios sufridos en un accidente, el derecho al pago es lo afirmado por el actor. Para Lent, el actor afirmaría varias pretensiones materiales: la nacida del acto ilícito, la derivada de la ley de responsabilidades y la resultante de la violación de un contrato.

Pero Lent no es congruente con su terminología, a veces llama al objeto litigioso derecho o relación y luego consecuencia jurídica, y no termina ahí, porque después llama a la consecuencia el último eslabón de la cadena que va de los hechos a la norma y de ésta a la consecuencia concreta. [66] Ni es consecuente en la equiparación del derecho material y la consecuencia jurídica, pues separa la consecuencia del derecho, cuando se peticiona por una prestación siendo varias las pretensiones materiales; de manera que aquí, el objeto litigioso no es la afirmación de un derecho material sino de una consecuencia jurídica.

El objeto litigioso, argumenta Schwab, no puede ser tanto lo uno como lo otro, porque la petición contiene la afirmación de un derecho pero no es éste; de manera que el objeto litigioso será o la petición o la afirmación del derecho. Como sea, queda constatado que para Lent, el derecho material determina el contenido del objeto litigioso. [67]

65 Op. cit., p. 15.
66 Op. cit., p. 15.
67 P. 17.

Respecto a la acumulación objetiva, supone una pluralidad de pretensiones procesales, y para Lent, se da cuando el actor sostenga varias pretensiones materiales u otros derechos sustantivos, sean una o varias las solicitudes, porque el objeto litigioso sería la afirmación de un derecho material o de la consecuencia que deriva de este derecho y le está vinculada. Pero luego varió su tesis en lo tocante a la pretensión de condena, diciendo que si el actor peticiona una sola resolución habrá un solo objeto litigioso, aunque sean varias las pretensiones materiales. En este caso, al menos, para Lent ya no es la pluralidad de derechos materiales lo que decide la unidad o pluralidad de pretensiones procesales, sino la solicitud. [68]

De todo ello, Schwab desprende que el derecho material no puede ser objeto litigioso si se peticiona una sola condena, pues en caso de ser fundados varios derechos materiales, la condena sólo puede basarse en uno de ellos, debiendo quedar sin resolver los restantes. Acierta, pues, Lent al suponer que hay un solo objeto litigioso si la solicitud es unitaria aunque los derechos materiales sean varios, pero su nueva teoría se limita a las pretensiones de condena, cuando la situación es igual para las de constitución. [69]

Por los ejemplos puestos, tanto por Lent como por Schwab, se desprende que el problema subsiste. La duda que plantean es si existiendo varios derechos materiales se podrán dictar varias sentencias condenatorias, y los dos responden que esto no se da en la práctica por absurdo. Así, la pretensión redhibitoria fundada en incumplimiento de garantía y en la existencia de error, sólo dará un objeto litigioso consistente en la afirmación de la pretensión redhibitoria; las relaciones materiales serían **razones.** Ahora bien, en este y en el caso de terminación del contrato de arrendamiento fundado, tanto en la necesidad de la cosa para uso propio, como en la conducta perturbadora del inquilino, la condena será una sola; pero no es, ni indiferente, ni imposible, como quieren estos autores, que se deseche una **razón** y se acoja la otra, o que se desechen y acojan ambas. Falta, pues, determinar la trascendencia de las **razones** que, en determinadas circunstancias, podrían provocar dos o más procesos con la misma pretensión procesal. Si se siguieran al mismo tiempo, podrían acumularse por conexidad, pero si se esgrime primero una razón y se pierde, no parece lógico que ya no pueda alegarse la otra por existir caso juzgado. Por lo demás, la importancia de la acumulación aparece cuando se justifica la apelación adhesiva con la defensa de la **razón** desestimada aunque el juicio se haya ganado. No es cierto, como quiere

68 Id, p. 19.

69 Id, p. 25.

Schwab, que al actor sólo interese la condena, sin importarle el motivo, porque si el juez admite el equivocado, procederá invocar el correcto, tanto en apelación como en casación. [70]

Lo que parece acertado es que para determinar si hay acumulación de pretensiones procesales, se identifiquen las solicitudes con independencia de la unidad o pluralidad de relaciones materiales o estado de cosas. [71]

d) Rosenberg determina el objeto litigioso con criterios procesales. Es la petición dirigida a obtener la declaración, susceptible de autoridad de **cosa juzgada**, de una consecuencia jurídica, que se caracteriza por la solicitud presentada y, cuando es necesario, por el estado de cosas expuesto para fundamentarla. [72]

El centro de gravedad en esta tesis está colocado en la solicitud, pero ni ésta ni el estado de cosas son el objeto litigioso, constituido por la petición de sentencia. El estado de cosas es el suceso histórico, el suceso mismo sin derivación sobre el derecho material que nace a raíz de los hechos: la pretensión fundada en una letra de cambio y en una compraventa tiene pluralidad de sucesos.

Habrá acumulación para Rosenberg, cuando se presenten varias solicitudes, pero no cuando una misma se funde en diversos sucesos, y también cuando varias solicitudes se funden en un estado de cosas o varios: si, por ejemplo, se peticiona por el mismo estado de cosas una indemnización por daños y perjuicios y además una renta, o si por varios sucesos, se exige la devolución de la cosa arrendada y una indemnización por daños. El factor decisivo es el número de solicitudes. [73]

La modificación de la demanda se opera por la modificación de la solicitud; pero también una modificación del suceso tiene consecuencias si la solicitud o el objeto litigioso necesitan ser fundamentados para su individualización. Hay modificación si una demanda de desalojo se apoya primero en la nulidad del contrato y luego en la rescisión del mismo o en la expiración del plazo, aunque la petición o solicitud de condena de desalojo siga siendo la misma. [74]

Es interesante observar que para Rosenberg, si todos los estados de cosas fueran expuestos conjuntamente, habría un solo objeto litigioso, pero si se exponen uno después de otro, habrá modificación de la demanda y cambio de objeto litigioso. Sólo para las demandas de declaración de un derecho o de una relación, la modificación del estado de cosas no tiene como consecuencia una modificación. Si la declaración de propiedad es fundada primero en un acuerdo y en la tradición y luego en usu-

70 P. 26.
71 Id, p. 27.
72 Op. cit., p. 39.
73 Id, p. 43.
74 Op. cit., p. 45.

capión, el objeto litigioso, para Rosenberg, no se modifica, si bien se ha modificado la fundamentación. [75]

Por otra parte, para Rosenberg, hay litispendencia cuando una demanda nueva plantea la misma pretensión procesal que una ya pendiente. Dos procesos tienen un mismo objeto litigioso, cuando se demanda por la declaración de un mismo derecho o de una misma relación, o se presenta la solicitud sobre la base de un mismo suceso. Si en el caso del accidente de tranvía, se solicita indemnización por daños y perjuicios, habrá litispendencia, si en el segundo proceso se solicita la indemnización, aunque se cambie el criterio jurídico: contrato en lugar de responsabilidad legal o delito. Esto sólo significa que se destacan distintos tipos abstractos de las normas jurídicas aplicables, es decir, distintos aspectos del mismo suceso histórico: en un caso el contrato de transporte, en el otro la culpa, etc. Fundamentalmente, pues, la litispendencia no se opondrá a una nueva demanda, si ésta se apoya en un nuevo estado de cosas. [76]

e) Nikisch sostiene que el objeto litigioso es la afirmación de un derecho planteada por el actor, sobre la que peticiona una resolución susceptible de autoridad del caso juzgado. No es pues, como quiere Rosenberg, la petición misma, por el solo hecho de que entonces sería idéntica a la **acción** como acto. Pretensión y **acción** no son sinónimas en la Ordenanza alemana, la que dispone en varias partes, que la pretensión es hecha valer mediante una **acción.** Esta ley habla de que una pretensión es estimada, desestimada o declarada, lo que sería ininteligible si se definiera la pretensión como petición. [77]

Conforme a la ley alemana, la pretensión se hace valer contra la parte, en tanto que la petición se dirige al tribunal. Por ello el objeto litigioso no podría ser sino la afirmación que el actor hace de un derecho.

La tesis de Nikisch sobre la individualización de la demanda, parte de la idea de que un derecho es determinado ante todo por la solicitud. En ella dice el actor sobre qué ha de resolverse; al peticionarse una sentencia de determinado contenido, se plantea la correspondiente afirmación de un derecho, afirmación que debe ser señalada en la demanda con toda precisión para distinguirla de otras pretensiones. Pero esto no supone que el actor esté obligado a afirmar un determinado derecho individualizado o un derecho con determinada calificación jurídica. Si el actor afirma un derecho o una relación ya individualizada, también estará individualizada su afirmación. En la mayoría de los casos, la causa originaria de la pretensión, forma parte de sus características individua-

75 Id, p. 46.
76 Op. cit., p. 48.
77 Op. cit., p. 59.

lizadoras. En términos generales, el objeto litigioso es determinado por el estado de cosas y la solicitud, pero en las demandas de declaración se hace por la solicitud únicamente. [78]

Como en la actual concepción de Nikisch, el objeto litigioso se caracteriza por la solicitud y el estado de cosas en demandas de condena y de constitución, habrá acumulación si el actor funda la solicitud en varios estados de cosas, y naturalmente, si formula varias peticiones. Sin embargo no habrá acumulación si el actor apoya su afirmación en varios estados de cosas que no ayudan a individualizar la pretensión de declaración. [79]

Sin embargo, Nikisch se contradice, cuando textualmente afirma que sólo habrá pluralidad de pretensiones procesales, si el actor plantea diversas afirmaciones de derecho y peticiona una resolución susceptible de autoridad del caso juzgado sobre cada una de ellas. El actor, comenta Schwab, [80] no peticiona varias resoluciones si demanda el divorcio por adulterio y por enfermedad contagiosa, o si el actor demanda un pago por compraventa y la emisión de una letra; en tales casos sólo quiere un divorcio o una suma de dinero, aunque la demanda esté fundada en diversos estados de cosas.

En cuanto a la transformación de la demanda, Nikisch explica que se presentará cuando se modifique la solicitud o el estado de cosas; pero no toda modificación de la solicitud, ni menos del estado de cosas, da lugar a una transformación de la demanda; por ejemplo, no la hay en la transición de una demanda de declaración a una de prestación, porque la pretensión permanecería inalterada, o sea la afirmación del derecho. La modificación del estado de cosas repercutirá en la demanda cuando aquélla individualice la pretensión procesal: condena y constitución. [81]

f) Stein-Jonas-Schönke, elaboraron un **Comentario** en el que definieron el objeto litigioso como la petición del actor, de que se pronuncie mediante sentencia, la consecuencia jurídica de un hecho tipo material. Por hecho tipo material, se entiende el estado de cosas con el que el actor funda su demanda. Pero el actor no debe contentarse con alegar el estado de cosas, sino presentar una solicitud, de la que resulte la consecuencia jurídica peticionada. Tanto el estado de cosas como la solicitud, son necesarios para establecer el objeto litigioso. En esta obra, como en las de Rosenberg y Nikisch, el objeto litigioso se determina en su contenido por criterios procesales; en cambio, Lent lo define en términos materiales. [82]

78 Cit., pp. 60-1.
79 Op. cit., p. 64.
80 Op. cit., p. 66.
81 P. 66.
82 Op. cit., p. 73.

Pero Stein-Jonas-Schönke, se distinguen de Rosenberg y Nikisch por cuanto los últimos exigen que la demanda se fundamente con un estado de cosas, sólo en cuanto el objeto litigioso lo requiera para su individualización, de manera que en las demandas declarativas el objeto litigioso se determina únicamente por la solicitud. Para Stein-Jonas-Schönke, también en este tipo de demandas, de declaración positiva o negativa, el objeto litigioso se determina por la solicitud y el estado de cosas.

Esa regla no admite excepciones, y los autores suponen que siempre hay acumulación de pretensiones cuando de diversos complejos de hecho deriva una misma consecuencia jurídica, es decir, cuando una misma solicitud se apoya en diversos motivos de hecho. Y la acumulación existirá cuando un mismo complejo de hechos apoye diversas consecuencias autónomas.

Según Stein-Jonas-Schönke, el fundar una demanda en varios estados de cosas da lugar a una pluralidad de pretensiones, aun siendo una la solicitud. Además, contra lo que sostiene Nikisch, la acumulación nunca será en forma alternativa, sino cumulativa o eventual. Y no habrá acumulación si la solicitud se deriva de un mismo hecho tipo, porque no toca a las partes señalar las normas que funden sus solicitudes y si lo hacen, es indiferente si señalan una o varias. Ni habrá acumulación si una consecuencia es fundada en un único complejo de hechos, destacándose diversos hechos particulares, como el engaño malicioso cometido mediante diversas declaraciones. [83]

Para Schwab, la fragilidad de esta teoría se manifiesta al afirmar que no puede resolverse por separado mediante sentencia parcial, sobre un motivo de demanda, un estado de cosas, porque existe la posibilidad de que otro estado conduzca a una resolución opuesta. De haber una pluralidad de pretensiones, dice Schwab, deberá existir también la posibilidad de dictar una sentencia parcial, si un objeto litigioso está en situación para que sobre él se dicte sentencia definitiva. Pero si la sentencia parcial origina dificultades por adelantarse a una sentencia plena, encerrando el peligro de resoluciones contradictorias, ello demuestra que no se está en presencia de una acumulación, sino de estados de cosas diversos. [84]

La modificación de la demanda para estos autores es causada por la de la solicitud o del estado de cosas, y también por la de ambos factores. A diferencia de Rosenberg y Nikisch, afirman que la modificación operaría en las pretensiones de declaración si se modifica el estado de cosas o si se añade uno adicional, como si a la tradición se agrega la usucapión. [85]

83 Op. cit., p. 74.
84 Cit., p. 75.
85 Cit., p. 76.

g) Todavía sigue Schwab analizando las teorías de Schönke,[86] de Baumbach-Lauterbach y de Bötticher; pero aunque muestran nuevos matices, lo principal se ha conseguido con la reseña anterior, es decir, ha quedado manifiesto que hay gran diversidad de opiniones sobre el concepto y sobre las consecuencias prácticas, en especial las siguientes: la acumulación, la modificación, la litispendencia y el caso juzgado.

Es ahora que Schwab procede a investigar por su cuenta, pero desde el ángulo de esas consecuencias, la primera de las cuales es llamada acumulación de **acciones.**

En realidad se trata de la unidad o la pluralidad de pretensiones, como el mismo autor expresa.[87] El problema radica en el hecho de que haya una demanda y una solicitud, pues si son varias solicitudes en una demanda, la acumulación resulta evidente.

Ahora bien, la mayoría de los autores es de opinión que la unidad o pluralidad de pretensiones, depende únicamente de la unidad o pluralidad de solicitudes, tesis sostenida primeramente por Stein y luego por Nikisch aunque después la contradijo. Para decidir el problema, Schwab acude a un caso práctico. Un actor reclama el pago de una suma de dinero alegando que por ese precio el demandado le compró mercancía y que pocos meses antes de la entrega suscribió también un reconocimiento de deuda. La demanda vendría fundada en dos **causas,** pero contendría una sola solicitud, pues el actor no quiere la suma dos veces; pero a cada suceso corresponde una pretensión material. Rosenberg, Schönke y probablemente Baumbach-Lauterbach negarían la existencia de una acumulación; Stein-Jonas-Schönke sostendrían la acumulación cumulativa o eventual; y Nikisch una acumulación alternativa. Lent diría que hay un solo objeto litigioso si el actor peticiona una sola condena y le es indiferente el por qué triunfa; pero si reclama la condena a base de ambos criterios, habrá una acumulación. Serán, pues, cuatro soluciones: acumulación cumulativa, acumulación eventual, acumulación alternativa y unidad.

Schwab procede a analizar la primera. En la acumulación cumulativa, hay varias pretensiones. Esta especie de acumulación se da cuando en una demanda se presentan varias solicitudes, estén fundadas en uno o varios sucesos, lo que es irrelevante para el problema que se refiere a la existencia de una solicitud determinada que se apoya en varios sucesos. La pretensión procesal es el objeto del litigio, si en una demanda se presentan varias pretensiones, habrá varios objetos. La consecuencia de la acumulación cumulativa sería que el tribunal dictara dos resoluciones que, según estén fundadas o no las pretensiones, se convertirán en cuatro resoluciones distintas. Como no es posible esto, Schwab considera

86 Expuesta en su *Derecho procesal civil*, Trad. Prieto Castro con la colaboración de José Ma. Cabrera Claver y Víctor Fairén Guillén, Barcelona 1950, pp. 166 y ss.

87 Op. cit., p. 101.

que no se trata de una acumulación cumulativa de pretensiones que tendrían que ser resueltas todas por la sentencia, sino de una acumulación cumulativa de estados de cosas.[88]

Como los resultados serían igualmente ilógicos si se acude a la acumulación eventual o a la alternativa, Schwab concluye sosteniendo que en el caso hay una sola pretensión y un solo objeto litigioso, lo que vendrá a explicar que el tribunal sólo tendrá que dictar una resolución y no sentencias parciales.[89]

h) Los resultados ofrecidos por Schwab son aplicados por igual a toda clase de demandas: de condena, de declaración y constitutivas. La unidad o pluralidad de pretensiones procesales es determinada por la unidad o pluralidad de solicitudes presentadas en una demanda. Si hay una solicitud, el objeto litigioso es uno aunque se fundamente en un suceso o en varios, de manera que el estado de cosas no es parte del objeto litigioso.[90]

Pero la solución será más difícil si lo peticionado no es una unidad sino una pluralidad. En tales casos, los hechos básicos deberán revelar si se han presentado varias solicitudes peticionando varias resoluciones. Por ejemplo, si se demanda el pago de una suma, afirmando el mutuo, el vencimiento del plazo y la mora, la petición será de una sola resolución. Pero si se demanda el pago de una suma integrada por dos préstamos, habrá dos peticiones realmente. Pero estos casos en que se requiere interpretar la solicitud para examinar si hay unidad o pluralidad, son raros si lo peticionado es una unidad.[91]

En la modificación de la demanda, igual que en la litispendencia, el problema reside en la comprobación de la identidad de las pretensiones. El objeto litigioso cambia al pasar de una pretensión procesal a otra. Los autores están contestes en que la modificación se opera al modificarse el objeto, es decir, cuando se plantea una nueva pretensión, sea que sustituya a la anterior o se acumule a ella.[92]

La cuestión que se plantea es cuándo pasa a ser otra la pretensión, cuándo pierde identidad el objeto litigioso. Como la unidad o pluralidad de pretensiones depende de la unidad o pluralidad de solicitudes o de resoluciones peticionadas, la respuesta debe ser que la identidad del objeto se basa en la identidad de la solicitud o resolución peticionada, aunque en muchos casos, sobre todo en pago de sumas y deudas en especie, sólo es posible determinar la identidad de la solicitud a base del estado

88 Op. cit., p. 105.
89 Op. cit., p. 116.
90 Op. cit., p. 118.
91 Cit., p. 124.
92 Cit., p. 141.

de cosas como ya sucedía respecto a la unidad o pluralidad. [93] Y el mismo criterio ha de regir para los casos de litispendencia: si en un proceso nuevo se plantea la misma solicitud del proceso pendiente, a la nueva demanda se le opondrá la excepción. [94]

Cuando se dicta resolución, la situación cambia y desde ese momento la atención no está en el objeto litigioso sino en la sentencia que será caso juzgado en la medida que haya resuelto la pretensión. Schwab exige congruencia con sus conclusiones anteriores, y opina que si el objeto es determinado por la solicitud, entonces la resolución deberá recaer sobre la petición, de manera que el objeto determina necesariamente el contenido de la resolución. [95]

Al ahondar en la esencia de la resolución, el autor sostiene que si la parte dispositiva contiene el elemento más importante, necesita ser complementada por los resultandos y considerandos. En autoridad del caso juzgado pasa la resolución en su totalidad. Los resultandos deben contener las solicitudes de las partes, y en los considerandos ha de ir la decisión. Conjuntamente en los resultandos y considerandos se funda la parte dispositiva. Considerandos, resultandos y fórmula hacen el contenido de la resolución. [96]

Schwab se adentra más tarde en el alcance de la cosa juzgada y el efecto de exclusión; pero como ya esto corresponde al estudio de la sentencia, se volverá a su teoría con ocasión del análisis de la última.

157 El debate procesal.

Todo el camino recorrido para precisar el objeto del proceso, desde la identificación de la pretensión, la distinción entre individualización y sustanciación de la demanda, y las funciones de sus elementos: **personae, causa petendi** y **petitum;** permiten entender que el tema, a más de arduo es decisivo.

A esta altura del estudio, el objeto del proceso surge en toda su complejidad y explica las dificultades que provocaron no pocas confusiones en la definición de otros términos, como la acción o la jurisdicción, los tipos de sentencia, los fenómenos de unidad o pluralidad de pretensiones, la litispendencia, el caso juzgado, la acumulación y la escisión procesales, la pluralidad de partes, excepciones y defensas, y tantos otros que enumerarlos sería revisar el plan de la obra.

En el tema de la concreción de la pretensión procesal, surgen varias cuestiones, las que conviene ir tratando programáticamente:

93 Op. cit., p. 146.
94 P. 165.
95 Cit., p. 187.
96 Op. cit., p. 195.

a) En primer lugar, aparece el punto discutido de la existencia de la pretensión procesal.

Aunque se trata de un concepto jurídico que ha entrado de lleno en la terminología corriente de la doctrina moderna, no faltan expositores que niegan su existencia. Destaca en este sentido Santiago Sentís Melendo, quien se ha referido a sus distintas manifestaciones en otras tantas monografías. Una de ellas, **Ambito y contenido del derecho procesal,**[97] de especial interés por su sentido generalizador, se refiere a los conceptos básicos, entre los que incluye a la acción, a la pretensión, a la demanda, a la excepción, a las defensas y a la contestación.

De estos conceptos, afirma Sentís, uno es netamente sustancial: la pretensión del actor y la defensa del demandado.[98] Más adelante[99] explica que para él, pretensión es lo que se exige de otro, y recordando a Carnelutti, repite que es la exigencia de la subordinación de un interés ajeno al interés propio.[100] Por tanto, sigue en su criterio de que frente a la demanda se produce la contestación, frente a la acción se ejercen las excepciones y frente a la pretensión las defensas. La pretensión se formula contra el demandado por medio del juez. No hay, pues, necesidad de considerar pretensiones materiales y pretensiones formales, porque las pretensiones dirigidas al juez son manifestaciones de la acción.[101]

Y la postura de Sentís Melendo es inconmovible. A lo largo de todas sus monografías va aplicando tal criterio que distingue entre formular una pretensión, ejercer una acción y utilizar el vehículo de la demanda;[102] la acción es absolutamente procesal, y es sustancial, identificándose con el posible derecho subjetivo la pretensión, a la que no ha accedido la parte contraria o para cuya realización, aún accediendo, es necesaria la intervención judicial.[103] El verdadero proceso, dice y esta cita concluye la referencia a este autor, se inicia con la interposición de la demanda, en la que se asientan afirmaciones, se ejerce una acción y se formula una pretensión.[104]

Sentís Melendo, buscando la simplificación de las construcciones jurídicas,[105] duda que el legislador alemán haya intentado definir la pretensión en el párrafo 194 del código civil, y supone que sólo la consideró como un valor admitido y una terminología recibida en el mundo del derecho.[106]

97 En *Estudios de derecho procesal*, Bs. As. 1967, T. I., pp. 5 a 28.
98 Cit., p. 20.
99 *Acción y pretensión*, op. cit., T. I. pp. 143 a 197.
100 Cit., p. 195.
101 Id, p. 196.
102 *Deberes del juez y cargas de las partes*, *Estudios*, T. I. p. 376.
103 *Derecho probatorio*, *Estudios*, T. I. p. 566.
104 *Iniciativa probatoria del juez*, *Estudios*, T. I. p. 648.
105 Op. cit., T. I., p. 194.
106 Id, p. 160.

Ahora bien, si la discusión de la paternidad o de la patente de invención es tema de alta erudición, para la teoría viene a resultar de otra entidad, seguramente menor o de escasa importancia. Asimismo, hay que recordar que el término no ha surgido pacíficamente en la doctrina, y que si el código alemán acogió la tesis de Windscheid, la **sistematización** del derecho positivo fuerza a ponderar otra noción: la de la pretensión procesal.

Pero a fin de cuentas, tiene razón Sentís Melendo al señalar que es Francesco Ferrara quien ha entendido mejor la evolución del fenómeno, pues este autor advierte que Windscheid llenó la laguna que significaba la separación del derecho público de la acción y el derecho privado subjetivo. La tendencia del derecho subjetivo de actuarse contra alguno es la pretensión. Los derechos tienen una tendencia a sujetar la voluntad ajena, se dirigen contra un obligado, del cual pretenden alguna cosa: son y producen pretensiones. [107]

Pues bien, si así pudo llenarse un vacío y surgió la idea material de la pretensión, nada se ha dicho para desterrar el nuevo concepto de pretensión procesal. Es obvio que pueden buscarse denominaciones más adecuadas, y ya en la doctrina alemana se emplean las palabras petición y solicitud. A través de ellas, no parece que haya duda de que si en el ámbito material el acreedor pretende que el deudor le pague, en el ámbito procesal, el actor busca que el juez condene al pago.

Por simple necesidad de la cuantificación evidencial, es urgente establecer la separación. Pretender del deudor es, si se quiere, una conducta material, económica o patrimonial. Pero esta pretensión no pasa de ser requerimiento directo, de parte contratante a parte contratante; de acreedor a deudor y viceversa cuando éste pretende la liberación por pago o prescripción, etc. Por tanto, si es correcto buscar la simplificación, [108] la validez de la postura depende de que no se vea la necesidad de que la tesis sea más complicada, [109] porque cuando esto sucede por razones lógicas, la simplificación queda en idea simplista. Y si ya Windscheid advirtió el vacío que dejaba la concepción publicística de la acción, no queda sino reconocer que ese vacío subsiste al negar la duplicidad de pretensiones o, si se quiere, de elementos: uno pretensión material y otro petición procesal.

Porque si después de que el acreedor ha pretendido extrajudicialmente el pago, subsiste el incumplimiento; por virtud de la **sistematización** legal vigente, tendrá que pretender otra cosa y de otro sujeto. La doctrina ha llamado pretensión también a esta actitud, porque si le

107 Op. cit. T. I., p. 160, nota 39.
108 Sentís, cit., I. p. 194.
109 Idem, p. 198.

denominara petición o solicitud, se estaría dando lugar a nueva confusión que Alcalá Zamora,[110] trató de evitar remitiendo el término solicitud a la **jurisdicción** voluntaria.

Hay, pues, una pretensión material que los sustantivistas o civilistas pueden caracterizar como mero hecho o como tendencia a la sujeción de la voluntad ajena. Esto, en realidad, viene a explicar el binomio pretensión-prestación. Lo que no se puede negar es que hay otra pretensión: la procesal, y que ella consiste en un vínculo jurídico entre ciertos sujetos.

Puesto que un vínculo jurídico sólo puede establecerse entre conceptos, aquí no cabrá duda de su naturaleza jurídica. Pretensión, sin norma que la prevea, que la ligue o relacione con una prestación debida, es inconcebible. Pretende el actor y alguien debe prestar. Como ya no se está en el campo sustantivo, lo que se pretende es sentencia y lo que se debe prestar es un pronunciamiento. Si por razones procesales la sentencia no llega, como acontece en todos los casos de conclusión del proceso sin fallo, entonces procede explicar la causa de la omisión del pronunciamiento, pero nunca será lógico negar que existe la relación pretensión-sentencia.

Más aún, se ha venido hablando de pretensión sustantiva, como un hecho a veces concebido como tendencia a sujeción de la voluntad ajena. Pero mirando al **supuesto** del proceso, no acontece siempre que haya dicha pretensión. No la hay, indudablemente en el delito, conducta punible, precisamente porque el delincuente no pudo pretenderla legalmente. Y también se da el fenómeno en la sentencia constitutiva, extremo que Sentís Melendo rozó sin profundizar,[111] porque resultaría inútil que un cónyuge pretendiera que el otro le dé el divorcio. Aquí, dada la causal legal, nada importa si la parte demandada se resiste o allana; la pretensión va al juez y éste, con apego a la ley pronunciará o no la disolución del vínculo. Ni siquiera cabe, como en esos casos de **jurisdicción** voluntaria que contempla Sentís, que se pueda constituir la situación extrajudicialmente, sea ante notario o ante el oficial del Registro Civil; procesalmente. tendrá que ser el juez el único destinatario de la pretensión. Y como no hay posibilidad de hablar de pretensión sustantiva, la única que se verá en el proceso es la pretensión de sentencia, la estrictamente procesal.

b) La identificación de la pretensión tiene una primera e inexcusable importancia: su conocimiento directo e inmediato.

Con posterioridad, el concepto que se tenga de esta identificación, tendrá que relacionarse o invariarse con distintas hipótesis, muchas de

110 *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico*, Rev. Esc. Nal. de Jurisprudencia, Abril-Junio 1948 p. 20, nota 63.

111 Op. cit., T. I. p. 184.

las cuales se han visto conectadas con las teorías de la individualización o sustanciación de la demanda y con el objeto del proceso. Pero ante todo viene la identificación.

Es obvio que la pretensión entra en una función de interdependencia con el pronunciamiento: se pretende sentencia. Pero a diferencia de la instancia, necesita justificación histórica. La acción no pasa de ser el requisito de la pretensión y por su carácter proyectivo, produce esa relación tripartita entre actor, juez y demandado. Pero la pretensión es tanto la exigencia de resolución, como la afirmación del supuesto.

Extraprocesalmente hay un conflicto: litigio en lo civil, controversia en lo penal, desacuerdo en lo administrativo, acuerdo en lo arbitral; pero siempre una colisión jurídica que da lugar a una pretensión de sentencia, exista o no, también, una pretensión sustantiva.

Ahora bien, cuando el conflicto entraña la discusión de una pretensión material, la pretensión procesal revertirá sobre aquélla a través de la sentencia favorable. Esta es la causa por la que una parte de la doctrina habla de pretender contra el demandado y otra de pretender contra el Estado o sus órganos judiciales. La confusión se deshace cuando se separan las pretensiones material y procesal. Una sentencia que acoja la pretensión procesal, no tendrá sentido si no regula la pretensión material.

Sin embargo, el conflicto real no es, como ya lo dijera Calamandrei, el que se presenta al juez. Sencillamente se puede pretender la modificación del contrato de arrendamiento para aumentar la renta y, ante la negativa del arrendatario, lo que se lleva al proceso es la pretensión material de desalojo. Todo postulante sabe que en el gabinete de trabajo se ha conformado una pretensión material que puede discrepar de la deducida por el acreedor contra el deudor antes del conflicto. Este problema sugiere ya, la conveniencia de una reforma procesal, pero entre tanto, lo que resulta indudable es la diferencia entre el conflicto material y la pretensión material hecha valer en juicio.

Naturalmente, la pretensión material exige una razón suficiente. Si el deudor ha firmado un contrato de compraventa y ha aceptado una letra por el importe del precio, sustantivamente el conflicto se originará por falta de pago; pero ante el juez el actor puede optar entre pretender sentencia que condene al cumplimiento del contrato o al pago de la letra. Se habla de negocios causales y negocios abstractos, y la doctrina se divide tajantemente; pero en lo procesal, es cierto que en el segundo caso, la naturaleza del título de crédito será suficiente para pretender materialmente el pago, si la ley así lo estatuye. Otro será el caso si la ley exige le expresión causal del documento, entendido apenas como acreditamiento y no como título autónomo.

En cualquiera de estas circunstancias, la pretensión procesal vendrá a integrar el objeto del proceso, sobre el cual se dictará la sentencia. Pero como aquí hay pretensión material, el fallo hará lugar a la deducida en juicio. Si se admite el título abstracto, bastará identificar esa pretensión material por el pago del crédito; si, en cambio, se exige la exposición de la causa, la demanda tendrá que sustanciarse.

La diferencia, entonces, entre individualización y sustanciación, no atañe directamente a la pretensión procesal, identificada siempre por la sentencia exigida, por la resolución buscada. Casos hay en que los hechos no prejuzgan de la pretensión material, y es menester individualizar; por ejemplo, si el contrato ha sido incumplido, se puede pretender materialmente su cumplimiento, la rescisión o el pago de daños y perjuicios. A menos que se individualice, el juez no sabrá que pretensión acoger, aun ante la fehaciente probanza de la existencia de la relación y su incumplimiento, pues no toca a él ordenar que siga en vigor o no el contrato.

Pero al lado de estas hipótesis, se dan las correspondientes a la pretensión procesal, sin pretensión material susceptible de ser satisfecha por las partes. Si se elimina de un **sistema** legal el divorcio por mutuo consentimiento o por declaración unilateral, la voluntad de las partes es inoperante extrajudicialmente.

Otro tanto puede decirse de la materia penal. Cuando los procesalistas de este ramo sostienen que la gran diferencia con lo civil, es que el segundo, por regla general, sirve para encontrar una sentencia que venga a sustituir a la voluntad de las partes, mientras que el penal es indisponible; en realidad están partiendo del hecho de que en materia criminal no puede haber pretensión sustantiva que pueda satisfacer voluntariamente el acusado.

De nada serviría, físicamente hablando, que el indiciado estuviera conforme en resarcir, porque además de que ha desaparecido el régimen de compensación, lo cierto es que el delito es una conducta perjudicial e irreparable, sin que importe a esta caracterización el que las leyes positivas hayan aumentado el catálogo para castigar con pena aun conductas que pueden repararse, porque aquí ha prevalecido otra razón: la ejemplaridad, es decir, la persecución de ciertos tipos de conducta por su peligrosidad social.

De cualquiera manera que se entienda el delito, lo trascendental es que en los **sistemas** vigentes, no hay en el proceso sino una pretensión, la de obtener una sentencia de punición. Por ello en lo penal se busca, primero probar el delito y, segundo, la responsabilidad para que el culpable sea penado. Tenía razón Carnelutti al negar que en lo penal haya un litigio, porque ciertamente ni el ofendido, ni el ministerio público pueden pretender extraprocesalmente una satisfacción, ni el indiciado o

culpable puede acceder a ella. Y en esto se basa la doctrina que niega la existencia de delitos privados, esas figuras que admiten perdón o composición por obra de las partes; tal vez si estos casos se llevaran al proceso civil exigiendo una indemnización, el problema se resolvería más rápida y adecuadamente.

Pues bien, en los casos de simple pretensión procesal, la sustanciación y la individualización son inseparables. Cuando las leyes procesales penales permiten que en **conclusiones** se cambie el tipo pero no los hechos, se está introduciendo la figura de modificación de la demanda; pero no se está excluyendo ni la sustanciación ni la individualización. E igual sucedería si una demanda de divorcio por abandono de hogar, fuera cambiada por una de divorcio por sevicia. Ni en el caso penal, ni en el civil, sabría el juez qué sentencia dictar con sólo la sustanciación o la individualización.

Otro es el problema del momento en que puede individualizarse o sustanciarse la demanda. Para los **sistemas** positivos que admiten la réplica y la dúplica, o para aquellos en que no sólo se permite sino que se exige la ampliación de la demanda, el momento de cada uno se ubica en la ocasión procesal en que se abre a prueba. Y cuando la modificación viene después de la prueba, como en lo penal, tendrá que permitirse nueva prueba so pena de dejar inaudita a una de las partes. Esto viene a resolver el temor de Fairén Guillén, porque ni se puede negar que haya leyes que autorizan el cambio de pretensión, ni se puede dejar a una parte indefensa ante la variación de lo pretendido. Marginalmente debe recordarse con Sentís,[112] que en la doctrina se suele denominar razones a la pretensión, de manera que el cambio de razones no pasa de ser la modificación de la pretensión, en lo que respecta a la sustanciación de lo materialmente pedido, o a la individualización de lo procesalmente exigido en la demanda o la acusación.

c) La pretensión procesal es la exigencia de pronunciamiento favorable sobre la causa expuesta en la demanda o acusación.

La polémica suscitada en torno al objeto del proceso, ha tenido un erróneo planteamiento, primero por la confusión entre pretensión procesal y pretensión material; segundo por la confusión entre conflicto y causa; y tercero por la visión unilateral o parcial del objeto mismo.

Efectuada la separación entre pretensión material y procesal, ha quedado advertido que la segunda puede existir sin la primera. En estos casos, se debe distinguir entre la hipótesis en que la pretensión procesal ha de sustanciarse y aquélla en que basta la individualización. Por ejemplo, cuando el segundo proceso, llamado de alzada o apelación, sólo

112 Op. cit., I. p. 131.

confronta un problema de interpretación legal: inexacta aplicación del derecho, la individualización es suficiente.

Ahora bien, el problema principal surge respecto a la consistencia de la causa. Queda indicado que por causa hay que entender lo que explica Calamandrei: el estado del conflicto como es llevado al juez por el actor o acusador. Si hubo pretensión material cuya discusión originó el conflicto, la pretensión procesal aducirá probablemente la misma pretensión sustantiva y la apoyará sustanciadamente en el estado de cosas del derecho material.

Pero si acontece: primero, que la pretensión sustantiva discutida, no sea la misma deducida como pretensión procesal; segundo, que no haya existido pretensión material por no estar en las posibilidades jurídicas de la contraparte satisfacerla; y tercero, que la pretensión material nazca de un título abstracto, no necesitado de justificación fáctica; entonces las situaciones provocan un cambio de tratamiento.

La demanda, documento en que se objetivan todos estos datos, relacionada con un título abstracto, ofrece una pretensión procesal individualizada. El extremo se presenta en los regímenes de origen hispánico que han convertido el sumario determinado en juicio ejecutivo. Aquí la pretensión se asemeja a la de una vía de apremio, pero estando invariada con un régimen procesal, realmente se sustancia en un contradictorio que concluye condenando. Esto es un resultado impuesto empíricamente, en virtud de la discusión intraprocesal de la pretensión, de manera que suponiéndose legalmente que sólo se ha de pretender la ejecución, por razones de la técnica implantada, se configura un verdadero proceso ante la oposición del presunto ejecutable y la decisión recae de manera condenatoria, aunque los dispositivos sólo expresen que procede el trance y remate de los bienes previamente embargados. El tema será considerado con más amplitud en su lugar oportuno, pero ahora conviene adelantar esta circunstancia singular, que convierte un juicio ejecutivo en un proceso de condena.

En cuanto al caso en que la pretensión procesal no coincide plenamente con la material, aunque la circunstancia fáctica cambie y se acomode a lo pedido, sustanciación e individualización son necesarias. Y otro tanto puede decirse del supuesto en que no hay pretensión material, sea en lo civil o en lo penal, porque será en la demanda o en la acusación, que se haga la descripción fáctica y la individualización derivada. Como antes se expuso, el problema que resta es el concerniente a la posibilidad de cambio de individualización.

d) En el fondo, la preocupación por la pretensión material, hizo pensar a la doctrina en un fenómeno que no debiera computarse en este

problema. Se ha dicho,[113] que cierta doctrina intenta vincular las consecuencias del estado de cosas extraprocesal con la pretensión procesal.

Los motivos que han originado esta posición, se explican o comprenden, al advertir que el pronunciamiento puede acoger o no esas consecuencias. Así, de la existencia de una obligación de dar en especie, se sigue un conflicto que provoca el proceso, al final del cual, el juez condena el pago material o sustancialmente reclamado. Es, pues, en las leyes sustantivas que se prevé una cierta consecuencia: si una obligación de hacer es violada, es el código civil el que ordena condenar a su respeto y al pago de una indemnización en su caso. Cuando el asunto va a los tribunales, el juez que acoge la demanda condena en términos de la ley civil, mismos términos que el deudor pudo satisfacer antes y fuera del proceso. Luego, se piensa, la pretensión no hace sino afirmar un derecho material y la acción procesal viene a ser un mero vehículo en el que la dicha pretensión se transporta desde el campo sustantivo al procesal y finalmente al pronunciamiento y aun a la vía de ejecución.

Pero como sobran los ejemplos de pretensión procesal sin pretensión sustantiva, y de cambio o diferenciación entre ambas; ese criterio de pretensión única como afirmación del derecho material resulta insubsistente. De ahí se ha pasado a revisar las primeras hipótesis, y se ha advertido que aun en ellas, es decir, cuando la pretensión procesal coincide con la material, hay verdaderamente dos tipos de pretensión.

Y no podía ser de otra manera, porque ya la misma realidad está mostrando la separación. Si el acreedor, con apoyo en la ley sustantiva, pretende del deudor el pago; del juez no puede pretender lo mismo, desde luego porque el juez no ha de pagar, y después, porque la pretensión material fue resistida y ahí concluyó su eficiencia. Entonces, del juez se pretende que haga uso de su facultad legal o constitucional; se pretende que decida el conflicto, el cual se formó al no ser satisfecha la pretensión material. Si ésta hubiera de llevarse ahora al juicio, lógicamente tendría, como efectivamente lo tiene, otro sentido diverso al de la pretensión procesal, esto es, tendría el sentido de que el demandado efectuara la prestación material incumplida. Queda, de todas maneras, evidenciada la doble presencia de las pretensiones, y en la demanda se pedirá al juez que condene y al demandado que pague; si éste cumple antes del fallo, el juicio dejará de tener justificación, y se advertirá más claramente que la pretensión procesal no tuvo necesidad de ser favorecida.

Visto el problema retroactivamente, acontece también que se discute si la sentencia resuelve sobre la pretensión procesal o sobre la material, y se tiende a optar por lo segundo, dado que la condena viene a imputar al demandado la prestación material que debió haber satisfecho.

113 Supra Nº 156.

Pero aquí, nuevamente se levanta toda la aporética mencionada por Schwab, y se comienza a observar que si el actor demandó una cantidad por el contrato y por el título de crédito, la sentencia tendría que acoger sólo una pretensión material y sobreseer sobre la segunda, que resultaría caso no juzgado.

Para que no acontezca este absurdo, se tiene que admitir que la pretensión procesal es única, aunque en el estado de cosas material, el acreedor tuviera dos pretensiones sustantivas. Y esta hipótesis está lejos de ser imaginaria, es un problema cotidiano, vista la manera como se efectúan las convenciones mercantiles a plazo, con reserva de dominio o sujetas a otras condiciones. Por tanto, sea que en la demanda se expresen conflictivamente las dos pretensiones sustantivas, o que sólo se haga valer una, y ya se esté bajo una ley que exija la presentación simultánea, la autorice simplemente o la prohiba; la sentencia tendrá que resolver sobre la pretensión procesal de condena a un pago, y al hacerlo, las pretensiones sustantivas acumuladas tendrán una sola solución, las escindidas estarán afectadas de litispendencia primero y luego de caso juzgado.

En resumen, la sentencia acogerá una pretensión procesal cuando conceda la tutela que exige. Esta tutela individualizará una responsabilidad para el vencido, acorde con la prestación material incumplida cuando ésta pudo realizarse extraprocesalmente pero no en los demás casos. La prestación material acertada tendrá el apoyo de las razones aducidas y con ello se penetra en el terreno de la litispendencia, la conexidad y el caso juzgado.

e) La cuestión, ya vista por la doctrina alemana al polemizar sobre el objeto litigioso,[114] se puede plantear de la siguiente manera. Si por un suceso histórico cabe deducir dos o más pretensiones procesales, se dará el caso de que acumuladas en una demanda, justifiquen dos o más resoluciones. Si en lugar de un suceso son varios, también podrá acontecer que se deduzca una pretensión procesal o varias, y en el último extremo, que ello se haga simultánea o sucesivamente, y todavía aquí, es factible que se deduzcan en el mismo proceso o en diferentes.

El primer supuesto no parece entrañar dificultad para su solución. Si en virtud del incumplimiento se demanda rescisión e indemnización, habrá realmente dos pretensiones procesales y ambas deben ser decididas. Un ejemplo se encuentra en el llamado juicio de desahucio distrital mexicano. La ley alude a la pretensión de desalojo y al pago de rentas vencidas. Pero la sentencia favorable sólo decide sobre el desalojo, de manera que los bienes embargados no pueden ser rematados según práctica

114 Supra Nº 156.

forense. Entonces, tendrá que deducirse nueva pretensión en otro juicio y no puede alegarse litispendencia, si en vez de demandar las dos pretensiones, se formula una y se reserva la otra para diverso juicio.

Ahora bien, el segundo extremo se puede contemplar desde dos perspectivas. Ante todo se da el caso de un suceso que conduce a tipificaciones legales distintas: accidente de transporte, en virtud del cual se puede demandar indemnización por razón del contrato, por razón del delito o por razón extracontractual. La segunda perspectiva es la efectiva realización de dos o más sucesos vinculados: emisión del título de crédito y confirmación del contrato por recepción de las mercancías.

Se ha visto que Rosenberg opina que el cambio de razón no se puede alegar como litispendencia tratándose de varias tipificaciones. Pues bien, la regulación positiva es determinante aquí, de manera que habrá algunos regímenes que impongan la conexidad y hasta la litispendencia, como sucede en el amparo donde el cambio de conceptos de violación no autoriza la presentación de nueva demanda.

Pero en teoría y con abstracción de las soluciones del derecho positivo, habrá que tomar partido por una conclusión lógica. En realidad, un solo suceso no puede ser tipificado en dos o más formas. Lo que acontece con el ejemplo del accidente de transporte es que unas veces se le aísla y otras se le encadena. Si se demanda pago por incumplimiento, el accidente puede omitirse o mencionarse sin alterar el resultado. Si se demanda responsabilidad extracontractual acontece algo semejante, porque lo discutido es la culpa del porteador. Si, en cambio se demanda por delito, es el suceso accidental lo invariado.

Pero con esto no se resuelve el problema de litispendencia, cambio de demanda y caso juzgado. Sencillamente, una sentencia no puede condenar tres veces, ni puede haber tres sentencias condenatorias sucesivas. Esto obedece a que la pretensión procesal acogida inutiliza las razones no consideradas. Pero si acontece lo contrario, y una sentencia rechaza el incumplimiento de contrato, no puede hablarse de caso juzgado respecto a las otras causas.

Resulta de lo comentado, que la tesis de la autonomía de la pretensión procesal y su correlación con la sentencia, se reafirma; porque si las razones se acumulan, la pretensión es una y si se escinden para llevarlas a diferentes procesos, el problema radicará en si procede o no la acumulación: de pretensiones procesales.

Es decir, si en un juicio se demanda un bien por razón de contrato de compraventa, y en otro se demanda el mismo bien por virtud de usucapión; si las demandas son simultáneas, cabrá acumular las pretensiones para unificarlas en su exigencia de condena de entrega del bien. Si ya se ha concluido un juicio desfavorablemente, cabrá ejercer la nueva pretensión por la diversa razón y será o no acogida según se justifique.

Lo interesante es que, a fin de cuentas, se trate de un suceso del que se desprendan diversas tipificaciones, o de varios, pero todos susceptibles de unificación en la pretensión procesal; la sentencia se apoyará en las razones conducentes. Si todas fueren concedibles, la sentencia tendrá una sola resolución. Si unas fueren concedibles y otras no, la sentencia será favorable por las primeras. Si ninguna fuere concedible, la sentencia será desfavorable. Pero en todos los supuestos, habrá caso juzgado respecto al total.

Como la pretensión procesal es autónoma, lo que no significa ser independiente, cuando la legislación lo permita, se podrá deducir sucesivamente una demanda por cada razón y, el resultado será el mismo que antes, porque si unas fueren rechazadas, procederá demandar por el resto. Si la primera fuere favorecida, la prestación acertada en la sentencia inutilizará al resto, fueren procedentes o no.

Esta es la explicación de por qué toda sentencia determina una responsabilidad y no se limita meramente a reproducir la prestación material debida. Si así fuera, tendría que admitirse que en virtud de que el derecho material configura diversas tipificaciones, la sentencia tendría que aplicar todas; de modo que el deudor pagaría: cumpliendo el contrato, indemnizando por delito y por responsabilidad extracontractual. Hay cierta dependencia entre la pretensión sustantiva y la procesal, cuando la primera existe, como en un contrato, pero ello no impide la autonomía de la segunda, lo que aclara la influencia que ejerce en el todo o en la parte, según que se hayan deducido todas o unas en juicio.

f) La interdependencia de las pretensiones materiales trasciende a la unidad de la pretensión procesal, por una razón jurídica que condiciona a la última: el interés procesal.

Tener interés para el proceso es necesitarlo. Las acumulaciones de pretensiones materiales pueden originar una sola pretensión procesal o varias, según el interés en el pronunciamiento de las primeras. Si se demanda el pago de una suma formada, parte por un préstamo y otra parte por préstamo distinto, las pretensiones procesales serán dos, en virtud de que hay interés en cada una.

Cuando la doctrina acentúa el extremo de las razones, que en realidad vienen a ser las consecuencias tipificadas por la ley sustantiva para ciertos supuestos jurídicos, no está sino determinando las posibles pretensiones sustantivas. Así, en un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, el incumplimiento puede originar: i) el dar por vencido el plazo haciendo exigible el total del adeudo, ii) la rescisión del contrato, iii) la procedencia de la pretensión hipotecaria, iv) el pago de una pena convencional, v) el pago de intereses moratorios.

Aunque se pudieran escindir los sucesos históricos, para dejar en un renglón lo atinente al préstamo, y en otro lo concerniente a la hipoteca; todavía subsistirían dos o más pretensiones sustantivas.

Pues bien, en abstracto cabe: demandar todas las pretensiones, demandar algunas o demandar una. Como no se está frente a un régimen legal determinado, para efectos de una solución **a priori**, se tendrían tres órdenes de acumulación: i) cumulativa, ii) eventual, y iii) alternativa.

El problema, dice Schwab,[115] consiste en determinar si en (i), la acumulación cumulativa estriba en varias pretensiones procesales o en varios sucesos. Lo primero carece de importancia, porque varias pretensiones procesales, naturalmente formarán varios objetos del proceso y provocarán varias resoluciones, unas favorables y otras desfavorables o todas favorables y todas desfavorables. La cuestión de si ha lugar a sentencia parcial, resulta absurdo porque condenaría al pago por una razón y absolvería por otra, no tiene sentido sino en los casos en que la acumulación cumulativa supone varias pretensiones de una misma resolución; pero esto es ajeno a la hipótesis aquí presentada. La acumulación cumulativa que lleva a varias pretensiones del mismo sentido, se ejemplifica con el caso en que se demanda un pago por celebración de contrato y por reconocimiento consistente en la recepción de la mercancía; si una pretensión prospera lo hace implícitamente la otra aunque fuere infundada, porque lo definitivo es el interés procesal: alcanzado el pronunciamiento condenatorio ya no tiene razón de ser el rechazo de una de las pretensiones.

Mientras que en la hipótesis de mutuo con garantía hipotecaria no hay duda sobre la acumulación cumulativa, y apenas si habría el problema de pretensiones sustantivas excluyentes: rescisión y vencimiento anticipado; en el extremo de acumulación cumulativa de pago por celebración de contrato y pago por reconocimiento al adquirir la mercancía, se trata de dos sucesos interdependientes, cada uno suficiente para pretender sustantivamente el mismo pago, y que unidos no hacen sino reforzar un solo interés procesal. Pero la existencia de este tipo de acumulación se confirma al pensar que el actor puede reservar la pretensión material vinculada con uno de los sucesos para otro proceso. Si en el primero es vencido, habrá nuevo interés procesal porque no ha sido juzgada la interdependencia sino uno de los sucesos en ella vinculado. Rechazada la pretensión de pago por no comprobarse el contrato, en nada prejuzga sobre la procedencia de pretensión de pago porque hubo reconocimiento al admitir la mercancía.

En (ii), la acumulación eventual estriba en que una pretensión es subsidiaria de la otra y ambas persiguen la misma resolución.

115 Op. cit., p. 104.

Fuera del hecho de que una ley admita la figura o la rechace, en abstracto acontecerá que ambas derivan del mismo suceso. Antes de la reforma constitucional mexicana referente al juicio laboral, prácticamente se admitía que demandada la reposición del trabajador, o sea el cumplimiento del contrato, si no se alcanzaba por resistencia del patrón, subsidiariamente se condenaba a la indemnización.

Desde luego, también se habla de acumulación eventual respecto de varios sucesos, cada uno suficiente para alcanzar la prestación sustantiva; pero este caso no ofrece mayores dificultades. En efecto, si el actor afirma que ha recibido un bien por donación y también por legado, puede acumular eventualmente sus pretensiones procesales. Concedida una dejará de tener interés procesal la otra. Pero negada la primera, no hay duda de que puede ejercerse la segunda.

Sobre lo que no se han puesto de acuerdo los autores es cuando las pretensiones materiales originan sendas pretensiones procesales: una principal y la otra subsidiaria y ambas basadas en un solo suceso. Por ejemplo, si se presenta la hipótesis de la compraventa y la adquisición de la mercancía como dos momentos de un mismo suceso, y se hace valer la pretensión de pago por la compraventa como principal, y la de pago por la adquisición como eventual; autores como Schönke o Lent, afirman que no cabe una sentencia parcial sobre una pretensión y que el pronunciamiento no puede desechar la principal y favorecer la eventual, porque el actor pretende una sola consecuencia jurídica.[116] Rosenberg y Schwab, en cambio, consideran, acertadamente, que es razonable la sentencia parcial sobre la pretensión principal cuando no se ha resuelto aún sobre la subsidiaria.[117] En el fondo, lo que ha acontecido es que el actor no adujo dos sucesos configurantes de la misma relación, sino dos estados de cosas de un mismo suceso, y esto provoca confusión en la doctrina. Pero basta pensar en que cada acontecimiento es suficiente para conducir a la consecuencia del pago, a fin de advertir que pueden presentarse dos pretensiones procesales en otros tantos procesos. En realidad, el tratamiento eventual no debe aplicarse sino al caso de dos consecuencias legalmente tipificadas para un mismo suceso: reconstrucción del inmueble dañado y eventualmente indemnización en dinero. Lo otro, la vinculación de dos sucesos con una sola prestación y la presentación de dos pretensiones acumuladas eventualmente, origina esas confusiones doctrinarias que se han comentado; porque verdaderamente no ha habido dos pretensiones procesales, sino una apoyada en dos razones sustantivas que son: la procedencia de la pretensión sustantiva de pago por contrato y eventualmente la procedencia de la misma pretensión material por adquisición de la mercancía.

116 Schwab, op. cit., p. 111.
117 Id, p. 112.

En (iii), la acumulación alternativa, aparece la sustitución de una prestación por otra en razón de una sola pretensión.

La opinión preponderante, dice Schwab [118] es en el sentido de estimar improcedente la acumulación alternativa. Pero se hace salvedad para las obligaciones materiales alternativas, para la facultad de sustitución y para el caso en que el actor autorice al demandado a liberarse mediante prestación distinta de la adeudada.

Acontece que si las obligaciones materiales son varias, el cumplimiento de una libera al resto; pero procesalmente habrá varias pretensiones y objetos litigiosos. La condena sería al pago de todas las prestaciones, con la prevención de que la realización de una extingue las demás; y sobre esto hay consenso doctrinario. [119]

Parece que las aporías que se presentan a la doctrina son causadas por motivos injustificados. Así, Nikisch, acude al ejemplo del pago por compraventa y por reconocimiento. Verdaderamente no se comprende cómo puede suponerse alternatividad ahí donde la pretensión procesal es única. [120] Tal vez acontezca que la semántica impresiona demasiado a Nikisch y estima que habrá pretensiones alternativas por el hecho, por la circunstancia fáctica de que un actor así las presente en su demanda. Pero de que alguien cometa tal error, no se desprende que teóricamente sea aplicable un término técnico como el mencionado. La acumulación alternativa sólo puede corresponder a los extremos citados de la prestación y no de la pretensión materiales.

g) Otras invariaciones podrían formularse sobre esta base de la acumulación; pero ahora sólo se le ha atendido para reconocer la complejidad que puede presentar una demanda.

Todo el tema de este capítulo es sencillamente: el objeto del proceso.

Sustanciación e individualización, litispendencia y transformación, acumulación y caso juzgado son, como quiere Schwab, piedras de toque de un problema central: el objeto del proceso.

Pero el autor ha comenzado por hablar del objeto litigioso y esto es equívoco. El litigio, como quiera que se le defina, es un conflicto fuera del proceso, y lo que ahora interesa es el objeto dentro del proceso, lo que el proceso exhibe como **thema decidendum.**

La pretensión procesal puede invariarse con la pretensión material, y para identificarla será conveniente distinguir entre las razones, los sucesos, el estado de cosas y la condición de la prestación; pero una vez efectuada esta labor, se observa que aún no se conoce el objeto del proceso.

118 Cit., p. 113.
119 Id, p. 114.
120 Cfr. Schwab, cit., p. 116.

Y esto es así, primero porque hay pretensiones procesales que no pueden invariarse con pretensiones materiales o prestaciones sustantivas; y segundo porque la sola pretensión del actor o del acusador es insuficiente para el juzgamiento.

Si se tratara de una instancia simple: petición, denuncia, querella, queja, reacertamiento; lo afirmado y confirmado por el promovente sería bastante para conceder o negar; pero ahora, la bilateralidad de la instancia está haciendo suponer que habrá otra pretensión: la del demandado o acusado. El juzgador no podría concluir el dilema con un solo punto de vista si se le ofrecen dos.

Las actitudes del demandado pueden ser diversas, y ya habrá ocasión para estudiarlas. Pero de entre ellas hay algunas que necesariamente implican una pretensión de sentencia expresada en la contestación.

Si por obra del actor, el conflicto ha surgido como causa, esto es como un punto de vista, un criterio jurídico unilateral; por obra del demandado o acusado, esa causa puede: revertir en el conflicto ampliándolo, o puede concretarlo todavía más.

Esto es a lo que se llama debate. Algunos códigos, como el distrital mexicano, [121] hablan precisamente del debate.

Ante la expresa literalidad de tal dispositivo, no puede haber duda sobre el objeto del pronunciamiento. Y este objeto no estaba formado antes o fuera del proceso, en él se integró con el contraste de pretensiones procesales.

Aquí podría recordarse que algunos autores llaman a la pretensión del demandado la contrapretensión, y otros, para evitar que esta palabra lleve a confusión con la contrademanda o reconvención, prefieren aludir a la pretensión del demandado simplemente. Pero esta es cuestión de ínfima entidad y, en la tesitura de optar, sería recomendable hablar de contrapretensión; mas no habiendo empeño en defender lo nimio, se pueden aceptar los términos pretensión del demandado.

Ciertamente, esta segunda pretensión, que la insegura terminología legal hace sinónima muchas veces de la **excepción,** ofrece todas las vicisitudes de la pretensión actora. Baste recordar que el artículo 275 de la ley distrital citada, prohibe la práctica de oponer **excepciones** o defensas contradictorias aunque sea con el carácter de subsidiarias.

Como ya se tendrá oportunidad de revisar cada extremo de esta complicación, por ahora cabe adelantar que, sea cualquiera el régimen que

121 Art. 81; *Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducida oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*

se adopte legalmente, lo trascendental está en que el objeto del proceso se constituirá con el debate. Algunas veces, el debate será tan ajeno al conflicto sustantivo, que la sentencia decidirá sobre un tema procesal; por ejemplo, sobre la legitimación para accionar, sobre la habilidad procesal y aún sobre el interés procesal, como se ha visto por las hipótesis anteriores, sobre todo cuando se alega caso juzgado o litispendencia.

Resulta de lo anterior, que la pretensión del demandado o acusado es determinante para el debate, al grado de que éste puede resultar conformado con problemas atinentes a la condicionalidad procesal. Se dice en la doctrina que la resolución no es sentencia que juzgue el caso en el mérito o fondo del conflicto sustantivo. Pero en la práctica este pronunciamiento puede recorrer todos los estados de una verdadera sentencia de fondo, y de ahí derivan otros problemas, como el de distinguir entre caso juzgado y fuerza del fallo. No es difícil suponer de antemano, que habrá sentencias inimpugnables aunque no hayan juzgado el conflicto sustantivo. Las derivaciones que esto tiene para la vía impugnativa son materia de otros tantos capítulos posteriores.

Hay manifestaciones procesales que muestran la individualidad del objeto procesal con toda precisión. Una de ellas es el compromiso arbitral, cuando los compromitentes exponen conjuntamente el tipo del conflicto. Por ello es que se puede hablar del acuerdo como supuesto del arbitraje, pues las partes han coincidido, entre otros puntos, en delinear sus discrepancias jurídicas.

También en los regímenes sajones se conocen ciertas formas de audiencia informal, en la que los litigantes resumen su disputa, hasta un grado de simplicidad, que el objeto del proceso queda prácticamente preparado para ser el tema de la confirmación o las conclusiones de las partes.

Otra técnica es la que aplicaba el código procesal civil distrital, antes de su reforma de 1967, exigiendo la fijación de la litis. Aunque la fórmula fue derogada en esta circunscripción, subsiste en otros Estados de la República, y aún puede decirse que, visto el sentido en que se regula la prueba en el Distrito Federal, todavía se mantiene la idea de la fijación, por más que ahora deba entenderse que opera automáticamente con los escritos de demanda y contestación.

En fin, en lo penal, los autos de sujeción a proceso y de formal prisión deben contener el delito por el que se acusa al indiciado, y con ello se prevé la concreción del objeto, al menos en su primera parte, pues la defensa del procesado podrá variar al tenor de las conclusiones del ministerio público y, es así que el fenómeno de la transformación de la demanda tiene, en el proceso penal mexicano, una calidad de le-

galidad que puede faltar y hasta encontrarse prohibida en otros campos, particularmente el civil o el mercantil.

Pero debe agregarse a cuanto viene expuesto, que el objeto como concreción de un dilema, no es exclusivo del proceso. En todos aquellos procedimientos en que la audiencia es bilateral y aún plurilateral, su aparición resulta poco menos que indispensable. Lo mismo en el amparo con su carácter de procedimiento impugnativo de control constitucional, que en diversos procedimientos de **jurisdicción** voluntaria, o en procedimientos típicamente administrativos en que versan intereses de una pluralidad de sujetos, el objeto puede ser un contraste de pretensiones.

Si en el amparo la autoridad responsable no contesta la demanda, en cambio rinde un informe que justifica su conducta y en el cual se esgrimen razonamientos de legitimidad o constitucionalidad de ella. En la **jurisdicción** voluntaria concerniente al apeo o deslinde, se prevé la audiencia de los colindantes y sus discrepancias, en caso de no formar un litigio, pueden ser ajustadas sobre el terreno. En el procedimiento administrativo de exención de impuestos a industrias nuevas o necesarias, se toman en cuenta las opiniones en contra de terceros interesados. En último extremo, dentro del mismo procedimiento parlamentario, se oyen opiniones contradictorias y se vota una resolución.

El objeto, formado por pluralidad de puntos de vista, se puede encontrar en los acuerdos de la masa de creedores, o en los acuerdos de los herederos sobre la partición. Por todos los rumbos del derecho, el objeto de una discusión jurídica, se viene constituyendo en los contrastes de las afirmaciones y pretensiones. No podía ser una excepción el proceso, sino por el vehículo usado: la instancia proyectiva.

CAPITULO II

158 Las partes. 159 Doctrina sobre las partes. 160 La capacidad procesal. 161 La legitimación. 162 Sucesión y sustitución. 163 El interés jurídico. 164 El interés para obrar.

158 Las partes.

El factor subjetivo del proceso es sencillamente obvio, porque la normatividad no es sino un sistema de lenguaje inteligible por el hombre y, por tanto, el sentido de sus contextos tiene un destino: el cumplimiento de conductas humanas.

Tal vez obsesionada por la importancia del individuo en la construcción jurídica procesal, la doctrina suele considerar el tema de las partes a continuación de la naturaleza del proceso, [122] entre los presupuestos para la existencia del juicio, [123] o inmediatamente después de estos. [124]

La ubicación puede variar ligeramente, como cuando se coloca el tema de las partes después de estudiar a los órganos judiciales y al ministerio público, y antes de analizar la acción. [125] Frente a este tratamiento, aparece el que sitúa los sujetos procesales y partes después de la relación procesal y antes del juez; [126] o bien el que habla del concepto de parte en seguida de la competencia, [127] o antes de ella pero después del proceso. [128]

'A veces, la ubicación se hace al iniciar el estudio de la comparecencia ante los tribunales; [129] pero el predominio está en quienes colocan el tema en seguida de la competencia y del proceso, [130] o de la competencia y los principios reguladores del proceso, [131] inclusive después de la competencia y la preclusión. [132]

122 Carlos, *Introducción*, pp. 153 y ss.

123 Couture, *Fundamentos*, 1ª Ed., p. 51.

124 Devis Echandía, *Nociones*, pp. 328 y ss.

125 Alcalá Zamora y Levene hijo, *Derecho procesal penal*, T. II, pp. 7 y ss.

126 Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, T. I. pp. 241, y ss.

127 Chiovenda, *Instituciones*, T. II, pp. 283 y ss

128 Carnelutti *Instituciones*, T. I., pp. 174 y ss.

129 Hugo Pereira Anabalón, *Derecho Procesal del Trabajo*, Santiago de Chile 1961, pp. 68 y ss.

130 Eduardo R. Stafforini, *Derecho Procesal social*, Bs. As., 1955, pp 399 y ss.

131 Fernando Della Rocca, *Instituciones de derecho procesal canónico*, Trad. Pacífico de Iragui, Bs. As. 1950, pp. 164 y ss.

132 J. Ramón Palacios, *Instituciones de amparo*, Puebla 1963, pp. 235 y ss.

No obstante que el tema es secular y se encuentra analizado en las mejores obras del siglo pasado, [133] por razón del esquema en ciertos trabajos comparados o especializados, desaparece o se diluye en diversos capítulos. [134]

Sin embargo, el concepto de parte está, en primer lugar, íntimamente vinculado con el fenómeno de la eficiencia procesal; en segundo lugar, se trata de una noción que viene a quedar caracterizada por el ejercicio del derecho y no a la inversa; y, finalmente, se desprende casi natural o automáticamente del objeto del proceso; y todo ello explica su inclusión en esta parte del estudio.

a) Analizado ya el concepto de persona [135] y sus condiciones jurídicas, desde la capacidad y estado a la titularidad, llega ahora el momento de contemplarla como parte, lo mismo si se trata de una gente que de un ente.

Este tema se estudia también cuando se investiga sobre la legitimación, cuando se caracteriza al interés, cuando se determina la consistencia del conflicto, y cuando se establecen los límites del caso juzgado. El concepto sería fácilmente encontrado si la atención se limitara al derecho privado, porque las promesas, los pactos y los acuerdos se hacen y cumplen normalmente sin indagar siquiera la capacidad; y por ello el ordenamiento estatal ha tenido que reconocer validez o efectos a relaciones constituidas con incapaces.

Pero cuando derecho privado y derecho público se invarían para propiciar la repercusión de sus normatividades, lo primero que sucede es una conformación de la personalidad. La construcción jurídica de tipo institucional gira en torno de ésta, y así se observa que al ser institucionalizada la relación de trabajo, el menor es sujeto hábil desde los catorce años en ciertas condiciones; al institucionalizarse las medidas tutelares coodinadas con los delitos, el mismo estado de infancia puede habilitarse para el tratamiento del ofensor; en fin, en el matrimonio, pactos privados y disposiciones públicas le dan un carácter de institución que comienza por la modificación del estatuto personal.

Si el proceso pertenece a ese tipo de construcciones jurídicas que es la institución, nada más consecuente que el efecto modificador de la subjetividad. Lo que necesita la norma procesal es un destinatario que

133 Ramón J. Feo, *Estudio sobre el código de procedimiento civil venezolano*, Edición de 1962 en la colección de obras clásicas jurídicas venezolanas, T. I, pp. 81 y ss. donde el rubro antecede a la competencia.

134 Cfr. Gaetano Morelli, *Derecho procesal civil internacional*, pp. 75 a 77 con referencia a la capacidad del extranjero para ser parte o sujeto procesal; y Angelo Piero Sereni, *El proceso civil en los Estados Unidos*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1958, pp. 48, 11 y 24 con relación a los nombres de las partes y al poder de iniciativa y disposición en ese régimen positivo.

135 Supra N° 4, c.

reciba la titulación de accionante, y como su habilidad en otros órdenes legales puede no coincidir con la resultante de la mayoría de edad o de la ciudadanía, se necesita acudir a la estructuración de las condiciones que conviertan al sujeto en **parte** accionante.

La **parte** procesal viene originariamente determinada por la titularidad de las pretensiones y prestaciones del conflicto. Pero como no siempre hay pretensiones materiales o éstas no pueden ser satisfechas extrajudicialmente, el concepto de **parte** tiene que determinarse por la pretensión procesal.

A ello deben añadirse otras circunstancias. Desde luego, ya en el ámbito del conflicto puede aparecer la inhabilidad jurídica, resultando que la pretensión material es ejercida por un sujeto hábil en beneficio del inhábil. Es, asimismo manifiesto, que tratándose de entes, corresponderá al órgano convenir y exigir las prestaciones sustantivas. Otro tanto sucederá si un sujeto hábil otorga mandato, porque el apoderado estará facultado para convenir y pretender materialmente. Y aún se conoce el extremo de la gestión de negocios, cuando un sujeto hábil actúa por un ausente.

Si se quisiera agrupar este conjunto disperso, se podría formar un cuadro de habilitaciones subjetivas, integrado con tres posiciones que se denominarían: legitimación, mandato y representación. Más adelante se ahondará en la clasificación; aquí sólo interesa anotar que en el lenguaje forense se les confunde y unifica en el término personalidad.

Naturalmente, el problema se simplifica cuando el titular de la pretensión es titular del derecho en conflicto y jurídicamente hábil, se dice entonces que actúa por su propio derecho o con capacidad.

b) Una descomposición de los derechos que pueden entrar en combinación en un momento dado respecto al proceso, ofrece la siguiente lista de títulos: derecho sustantivo individual; legitimación, mandato o representación; pretensión sustantiva; pretensión procesal y acción.

Las invariaciones que resultan son numerosas y sólo para mostrar la complicación a que llegan, se puede hacer un ensayo ejemplificativo: i) El titular del derecho es hábil jurídicamente y puede conferir un mandato, en tal supuesto, el mandatario o el titular del derecho sustantivo pueden pretender materialmente; aparecido el conflicto, el titular, el mandatario o uno nuevo, pueden pretender procesalmente; en seguida, es factible que accione el titular, el mandatario o un mandatario judicial. ii) El titular del derecho es un ente, de manera que la pretensión material será ejercida por el órgano o su mandatario, pudiendo suceder todas las combinaciones anotadas en el caso anterior. iii) El titular hábil se encuentra ausente, por tanto le representa un gestor, mismo que puede pretender judicialmente, sin perjuicio de que: en primer lugar se pre-

sente el titular ausente, o en segundo lugar, se presente un mandatario. iv) El titular del derecho es inhábil, de manera que pretende el legitimado o el mandatario y si el inhábil se convierte en hábil, podrá sustituir a los otros.

Estas invariaciones toman en cuenta apenas la unidad del titular del derecho en conflicto; pero debe advertirse que: i) pueden ser varios titulares, hábiles o inhábiles; ii) pueden ser varios legitimados; iii) pueden ser varios mandatarios; iv) pueden pretender procesalmente varios sujetos hábiles o inhábiles por conducto de otro sujeto; v) puede venir al proceso o ser llamado otro pretensor; vi) al titular sustantivo puede suceder otro hábil o inhábil; vii) al pretensor procesal puede sustituirle otro; etc.

El aumento, la disminución y el cambio de sujetos influye necesariamente en el concepto de parte procesal. Como, además, nada impide semántica ni técnicamente, que los titulares del conflicto sean llamados partes sustantivas; la posibilidad de error en las denominaciones o menciones, fuerza a distinguir **in limine** el concepto de parte procesal.

Y no siempre podrá estimarse que toca a las ramas sustantivas determinar la identidad de las partes materiales, porque no existiendo posibilidad de pretensión extrajudicial, será la pretensión procesal la que determine la subjetividad. En otro sentido, es pertinente recordar que la sentencia tiene efectos extraprocesales y que éstos pueden alcanzar a terceros en ciertas condiciones, de manera que el punto de partida, el centro de atención ha de ser la dualidad acción y pretensión procesal.

La solución que se dé estará forzosamente sometida a las observaciones y a las objeciones derivadas de las circunstancias de aquellos procesos, que como en lo penal o lo castrense, lo laboral o lo administrativo, parecen romper las ligas entre la subjetividad del conflicto y la del proceso. Importante y larga ha sido la discusión en torno a la naturaleza del ministerio público y ello en el proceso penal, pero su presencia en los procedimientos civiles, en el amparo y en la averiguación, obligan a madurar el concepto de parte frente al mismo.

159 Doctrina sobre las partes.

Recuerda Feo,[136] que en el antiguo derecho romano no era aceptado el uso de procuradores y la asistencia del interesado mismo, se consideraba consecuencia del principio **per extreneam personam nihil acquiri posse.**

136 Op. cit., T. I, p. 83.

Sin embargo, la realidad de las cosas hizo que se iniciara una representación por el pueblo, por el pupilo y por el siervo, así como por el ausente y en cautividad a causa de la República. Este fue el inicio que llevó al establecimiento de los procuradores, como se ve en Ulpiano.[137] Los textos siguientes confirman que a más del patrono u orador y del abogado o director en derecho, los romanos tenían procuradores y cognitores, quienes se constituían por palabra solemne y los anteriores por mandato.

En el Fuero Juzgo y en códigos anteriores a las Partidas ya aparecen disposiciones sobre poderes y procuradores. La ley 2ª título 5º, de la 3ª Partida, indicaba que todo hombre mayor de veinticinco años que no estuviere en poder de otro, podría nombrar personero en su pleito.

La ley 1ª, título 28, libro 2 de la Recopilación de Indias, ordenaba que en cada audiencia y cancillería real hubiera un número preciso de procuradores. La ley 2 del mismo título indicaba que nadie podía usar el oficio de procurador, ni hacer peticiones ni despachar negocios en las Audiencias, si no tuviera título u orden del rey para ejercer. Y la ley 10 indicaba que los procuradores no harían peticiones sin firma de abogado, salvo de rebeldías y para concluir pleitos, so pena de dos pesos para los estrados.

En la Novísima Recopilación se encuentran reglas semejantes, como cuando la ley 1ª, título 31, libro 5, establecía que ninguna persona hiciere auto ni diere petición sin traer poder de sus partes, presentado y firmado por bastante del letrado de la Audiencia. Otro tanto se indicaba en la ley 3ª, título 3, del libro 11.

Frente a esta corriente legal, los países iberoamericanos se mostraron liberales, permitiendo la representación y el patrocinio sin limitaciones; pero se había heredado, afirma Feo,[138] la institución española de los abogados y procuradores titulados, y la limitación de su número en los diversos tribunales. Sin embargo, la distinción entre abogados y procuradores fue desapareciendo, lo mismo en Suramérica que en México, por más que subsistió la necesidad del título para los primeros, obtenido tras largos estudios y repetidos exámenes.

La imposibilidad jurídica de admitir a juicio a ciertas personas cuya inhabilidad legal es conocida, ha consagrado el régimen de la legitimación. Respecto de las partes hábiles, Feo expresa[139] que la legitimidad es su propia identidad, ya sea para comparecer como demandantes o como demandadas, por no concurrir en ellas inhabilidad declarada en las leyes. Pero las partes pueden gestionar por sí o por medio de apoderados, y pueden tener abogados que les dirijan.

137 Lib. 14 *ad edict.*
138 Cit., p. 84.
139 Cit., p. 85.

Hay, pues, toda una larga historia para la legitimación de los inhábiles. Ya en el derecho español, las leyes 2 del título 5, 3 del título 5, 3 del título 2, 7 del título 2, y 11 del título 2 de la tercera Partida, se referían a los hijos menores, a los huérfanos, a los emancipados y a los menores sin guardián. El tema fue regulado también en la Novísima y tuvo su **fuente** en el derecho romano.

a) Explica Chiovenda,[140] que el concepto de parte tiene importancia teórica tanto como práctica, pero su criterio es que la identificación personal sirve para la de las pretensiones, lo cual ha sido ya rechazado, precisamente porque es siguiendo la ruta contraria que se encuentra mejor la solución a los problemas de litispendencia, tercería o caso juzgado.

La palabra parte puede entenderse a veces como significativa del representante, sobre todo cuando se trata de los órganos de los entes. Para este autor, la noción deriva del concepto de proceso y de la relación procesal, de manera que es parte aquél que pide en propio nombre o en cuyo nombre se pide la actuación de la voluntad de la ley, y aquel frente al cual es pedida. Sin embargo, Chiovenda agrega en seguida que la idea de parte viene dada por la litis misma que confunde con la relación procesal. Expresamente señala que no hay que buscarla fuera de la tal litis, en particular en la relación sustantiva, ya que puede haber sujetos de una relación material que no están en el proceso, como el copropietario o los codeudores ajenos al pleito, y se puede deducir en juicio una relación sustantiva por una persona o frente a una persona que no sea sujeto de ella, como cuando se pide la declaración de un derecho frente a un tercero, cuando surjen cuestiones entre acreedores concurrentes en la quiebra, cuando entre acreedor ejecutante y tercero depositario se presentan problemas y en los casos de sustitución y procesal.

Chiovenda no considera que se llegue a una idea exacta de parte, buscando el interés por el que se está en el proceso. Puede haber interesados en la litis que permanezcan ajenos a éste, y cabe que se enfrenten partes entre las que no existe verdadera oposición de intereses como en los juicios de partición, de regulación de límites y semejantes, o en los de mera declaración, como el juicio declarativo de autenticidad de escritura. De ahí que sostenga que es parte aquel frente al cual se pide la actuación de la ley y no contra el que se pide.

Menos aún habrá que atender a la naturaleza del interés defendido por una parte en el pleito. El juez es parte en el juicio de recusación y el ministerio público lo es cuando procede por vía de acción, como también la Administración pública en el contencioso administrativo. Por consiguiente, el interés inherente al concepto de parte, estriba sólo en ser sujeto activo o pasivo de la demanda judicial. La relación procesal y las

140 *Instituciones*, T. II., pp. 283 y ss.

partes existen en virtud de la simple afirmación de la pretensión que Chiovenda sigue llamando acción, independientemente de la existencia efectiva del derecho, cuya investigación es precisamente la finalidad del proceso.

Caracteriza al actor hacer la primera demanda; pero hay procedimientos en que el demandado está obligado a adoptar una participación activa sin perder su investidura. Tal participación recibe el nombre de oposición: al mandamiento de pago en el monitorio, al mandamiento fiscal, a la tasación pericial en la expropiación por causa de utilidad pública y al mandamiento o al embargo. En estos supuestos debe investigarse si el demandado continúa siéndolo o si se trata de actos con eficacia propia que el interesado debe destruir, caso en el que se convertirá en verdadero demandante: la impugnación. Al lado de estas hipótesis se ha de considerar la del demandado que se convierte en actor al reconvenir.

b) Para Carlos,[141] el término parte supone un todo que está integrado por porciones. En el proceso el todo se constituye con el juez y las partes, denominándose al actor o sujeto activo y al demandado o sujeto pasivo como partes del proceso civil, del laboral, y del contencioso administrativo, pero en el penal se les designa como acusador y acusado. Queda, por tanto, excluido el tercero que es un extraño a la relación jurídica procesal.

En la doctrina se distingue entre parte en sentido material, directamente vinculada en la relación sustantiva y parte en sentido formal, en cuanto actúa en el proceso y realiza actos procesales con prescindencia del contenido u objeto de aquella relación.

Carlos considera las consecuencias de las teorías que no admiten determinaciones derivadas del derecho sustantivo para la formulación del concepto de acción. Para ellas, la parte sólo se encara en el ámbito procesal, por la actitud que asumen los contendientes al solicitar o al resistir la petición de tutela. Por otro lado, muchos tratadistas del derecho procesal penal, consideran imprescindible destacar que en la noción de parte hay gran diferencia con el concepto procesal civil. La confusión, dice citando a Oderigo, entre parte formal y material, y la posibilidad de que en el proceso penal no exista contradicción entre acusador y acusado, han dado lugar a que se discuta la existencia de partes en el mismo, a lo que debe responderse afirmativamente.

c) Carnelutti,[142] entiende que las partes están sujetas al proceso por ser los sujetos de la litis o del negocio, y no son sujetos del proceso en el sentido de que sufren sus efectos pero no le prestan su obra. Porque

141 Op. cit., p. 161.

142 *Instituciones*, T. I., pp. 174 y ss.

el resultado del proceso beneficia o perjudica su interés, la parte es estimulada a algunos actos necesarios o útiles.

Por tanto, la parte, sujeto de la litis o del negocio, pasa a ser sujeto del proceso, en el sentido de que es una de las personas que hacen el proceso. Junto a la noción pasiva que diera antes, se perfila la noción activa. Aquí, la palabra parte tiene un doble significado, y al sujeto de la litis se le denomina parte en sentido material, en tanto que al sujeto del proceso se le llama parte en sentido procesal.

La coincidencia de la parte material con la procesal está prevista en las leyes. Pero a veces opera en el proceso la parte en sentido material y otras lo hace una persona distinta que tiene con ella determinada relación, la que le hace idónea para la operación. Conviene hablar de parte indirecta en contraposición a la parte directa. La parte indirecta presenta una escisión entre la parte en sentido material y la parte en sentido procesal. Las figuras de parte indirecta son el representante y el sustituto.

Hay representación cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte en sentido material, se debe a un acto de ella. En cambio, hay sustitución cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte, se debe, no a la iniciativa de ésta, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio. La sustitución sólo es posible cuando esté expresamente consentida, como en la **acción** subrogatoria. Según que la tutela del interés del sustituto agote o no la del interés del sustituido, Carnelutti propone se llamen absoluta o relativa.[143]

d) Devis Echandía[144] comienza por sostener que los sujetos de la **acción** son el actor y el juez; en cambio sujetos del proceso, además de ellos, la parte contra quien se piden las declaraciones o se tiene la **pretensión** y también las otras personas que posteriormente pueden concurrir a esa relación procesal. De igual manera se distinguen los sujetos del derecho de contradicción: demandado y juez, y los sujetos del proceso.

Esta descripción es demasiado expuesta a riesgos que se han superado pero como antes se ha explicado la dependencia funcional que hay entre los conceptos de acción y proceso, es inútil analizar en detalle los aspectos discutibles de la tesis; sólo queda por recordar que un instar que se limita a vincular al actor y al juez, en nada se distingue de la petición, la denuncia, la querella, la queja o el reacertamiento.

Por lo demás, Devis Echandía reproduce los conceptos de Chiovenda, Goldschmidt, Redenti, Rosenberg, Carlos, Couture, Guasp y Carnelutti de

143 Id, p. 177.
144 Op. cit., p. 352.

quien afirma no es muy claro,[145] para concluir con una amplia exposición de Rocco,[146] que considera parcialmente cierta. Finalmente, al exponer su criterio, adopta el concepto de Chiovenda en el sentido de que es parte quien demanda en nombre propio o en cuyo nombre se demanda, sea en interés personal o de otro, la sentencia o mandamiento ejecutivo, mediante el proceso, y quien interviene luego de modo permanente y no transitorio o incidental.[147]

e) En lo procesal penal, Leone[148] explica que sujetos procesales son las personas entre las cuales se constituye la relación procesal. De la relación procesal penal lo son el ministerio público, el imputado y el juez. De la procesal civil inserta en el proceso penal, son la parte civil, el imputado, el responsable civil y el juez; el ministerio público debe asimilarse a la parte civil, en el caso de que ejerza la pretensión en interés de inhábiles privados de representación. Y todavía agrega que sujetos de la relación procesal civil, entendida en sentido negativo, es decir, equivalente a no penal, en tema de obligación civil por la enmienda que es una sanción económica, lo son el ministerio público, el obligado civilmente por la enmienda y el juez.

Fuera de éstos, no existen otros sujetos procesales, y tampoco el querellante como intentan sostener otros autores, toda vez que no es titular a la prestación judicial y ni siquiera frente al imputado es titular de un derecho potestativo, aunque su voluntad incida, ya sobre la relación jurídica material, ya mediatamente sobre la relación procesal.

Es por ello, que a su juicio, parte es aquel que tiende a una decisión judicial frente a otro sujeto, y aquel frente al cual se pida dicha decisión judicial. El mismo autor advierte que la definición se separa de la prevalente que culmina en Chiovenda, ya que la **acción** penal se concreta, no en una demanda, no en un requerimiento de mérito, sino en una mera presentación al juez de una **notitia criminis**. El ministerio público no demanda ni la condena ni la absolución del imputado, por el contrario, inviste al juez de una **notitia criminis** determinada y requiere del mismo una decisión sobre ella. Por eso el titular de la **acción** penal no puede caracterizarse como el que demanda, y el imputado que no pone una excepción de todos modos está obligado a sufrir los efectos jurídicos producidos por la **acción**, y puede caracterizarse como aquel frente al cual se presenta una demanda.[149]

145 Cit., p. 354.
146 Ugo, pp. 356 a 358.
147 Cit., p. 360.
148 Cit., T. I. pp. 241 y ss.
149 Cit., T. I, p. 243.

f) Para terminar con la revisión de autores, es pertinente recordar lo que sobre el tema exponen Alcalá Zamora y Levene hijo. [150]

Advierten estos tratadistas que todo proceso, civil, penal o de cualquier otro orden, supone tres sujetos fundamentales: dos que contienden y un tercero que decide. En principio, por parte se debe entender a los sujetos de la acción, en contraste con el sujeto del juicio. Partes son los sujetos que reclaman una decisión judicial respecto a la pretensión que en el proceso se debate. Así pues, el concepto de parte liga con la doctrina de la acción.

El concepto de parte es de carácter formal, ya que las partes no han de ser necesariamente los sujetos del derecho o de la obligación controvertidos. Y esta noción se extiende al campo civil y a la esfera del proceso penal. Tales sujetos son dos, ni más ni menos, aunque cada posición abarque más de una persona y aunque intervengan terceros en ciertos órdenes de enjuiciamiento, como el civil o el contencioso administrativo, porque o el tercero se coloca junto a una de las partes, o afirma la preferencia de su pretensión con respecto al litigio de las partes primitivas, y entonces surge una nueva relación jurídico procesal, conectada pero distinta de la primera, en la que la posición de atacante es ocupada por el tercero.

g) Poco habría que decir sobre las tesis expuestas, que a primera vista parecen coincidir en denominar partes al actor y al demandado, o al acusador y al acusado.

Por lo general, predomina el criterio de que la parte procesal puede ser distinta de la material o sustantiva, y la idea se apoya en lo dicho por Chiovenda, aún en el caso de Leone, quien no quisiera aceptar una pretensión de actuación de la ley en perjuicio del acusado, sino una investigación judicial de la **notitia criminis;** pero como en el fondo, lo que Chiovenda ha exigido es la actuación de la voluntad de la ley, ni siquiera Leone puede sostener que el ministerio público se limita a instar sin pedir. Es verdad que alguna doctrina moderna ha llegado a pensar que el ministerio público tiene el deber de pedir la absolución del inocente; pero como éste ha sido procesado por acusación del ministerio público, lo único que no puede haber es el ejercicio de la acción inicial pretendiendo absolución. En último extremo, si un sujeto está prácticamente privado de la libertad por la policía, lo que cabe es una instancia de **habeas corpus,** una denuncia de hechos, una queja administrativa, un amparo, etc.; pero del consignado al juez, no puede decirse que lo fue para que éste le ponga en libertad, es decir, pidiendo su absolución **in limine.** El desistimiento o la petición de absolución pueden sobrevenir, pero no iniciar el proceso.

150 *Derecho procesal penal*, T. II., pp. 7 y ss

Ahora bien, no habría problema alguno si el proceso fuera totalmente independiente de la relación sustantiva. En una hipótesis en que el proceso sirviera para formar la normatividad, por ejemplo, si se estableciera la técnica de que la legislación surgiera procesalmente, a base de una proposición de leyes ante el juez y la consiguiente contienda intraprocesal, entonces se podría asegurar que las partes no se dan fuera del proceso. Pero como esta técnica no es propia de los sistemas legales modernos, es inadecuado hablar de independencia procesal.

Hay, pues, una autonomía procesal pero no una independencia. La pretensión procesal se caracteriza por el pedido de cierta sentencia, de pronunciamiento con determinado contenido. Quedó indicado antes,[151] que el meollo del problema consiste en precisar si la sentencia ha de resolver sobre la pretensión sustantiva o sobre la procesal. Cualquiera sea la respuesta, se levantan graves dificultades ante casos particulares. Y no se puede decir que existiendo pretensiones sustantivas, éstas son desatendidas para sólo acoger o rechazar la pretensión procesal.

Es manifiesto que en el proceso penal, así como en algunos casos civiles, por no haber pretensión sustantiva susceptible de ser satisfecha extrajudicialmente, el fallo tendrá que limitarse a la pretensión procesal. Pero aún admitiendo con Alcalá Zamora y Levene hijo,[152] que la disolución de una sociedad no es una pena en sentido exacto, como el derecho positivo sí la incluye en su catálogo de castigos penales y se regula el proceso contra ella; el resultado en todas las hipótesis será que hay una responsabilidad, acertada en la sentencia penal, que debe ser realizada en el ámbito sustantivo: disolución de la sociedad.

Desde ése, que es el extremo discutible en el proceso penal, a los casos normales de proceso penal contra la gente misma, siempre acontece que la sentencia se realiza en lo sustantivo. Entonces, al demandar la actuación de la ley frente a un sujeto, puede suceder que finalmente se realice sobre otro. Este es el caso del proceso contra el legitimado, que en el fondo viene a perjudicar o a beneficiar al titular del derecho sustantivo.

Figuras como la sucesión o la sustitución, no se entenderían si el concepto de parte se limita a quienes accionan. No puede negarse el punto de vista de Chiovenda, menos aún cuando él también considera la posibilidad de que alguien pida en nombre de otro; pero hay casos en que se pide en nombre propio por intereses jurídicos materiales de otro. Tales son los supuestos del síndico o del albacea. Si el tutor o el legitimado en la patria potestad o la representación de un ente, expresan en el proceso que su pretensión es a nombre de un inhábil; ni el síndico ni el

151 Supra Nos. 156 y 157.
152 Cit., T. II., p. 13.

albacea lo hacen, por el contrario, actúan en su propia personalidad y como responsables de una administración de la masa de bienes.

Estas situaciones se miran más concretadas en el contencioso administrativo y en los juicios de inconstitucionalidad. Cuando se demanda de un juez sentencia contra una autoridad por un acto materialmente legislativo, no se puede decir que el abogado o la Secretaría de Hacienda en lo contencioso fiscal actuando como interveniente, pidan por otro o defiendan a otro. En estas situaciones, las dificultades para la identificación de la parte no se resuelven con el criterio meramente formal.

Chiovenda quisiera limitar el concepto de parte al sujeto frente al cual se pide la actuación de la ley y no contra el que se pide. Pero los códigos suelen prever casos en que el último ha de ser llamado, so pena de que no le pare perjuicio el pronunciamiento. Si no fuera parte **a priori,** ni se exigiría en algunos supuestos su llamamiento, ni se autorizaría su entrada en los demás.

Este es el centro de la cuestión. Por lo general, bastará decir que parte es quien acciona: pretendiendo en la demanda y pretendiendo en la contestación. Pero si la determinación de parte se hace **a posteriori,** es decir, mirando a la demanda misma, entonces tendrá que negarse tal calidad a quien intenta intervenir con interés propio. Si a un juicio reivindicatorio acude el obligado al saneamiento, como las partes son el actor y el demandado, o interviene en litisconsorcio o queda fuera, porque de otra manera, tendría que ser parte, aun no estando señalado en la demanda.

Ahora bien, es factible que las palabras de Chiovenda se entiendan con cierta relatividad, y se diga que él sostuvo que son parte todos los que de alguna manera intervengan, siempre que sean los sujetos frente a los cuales, finalmente, se pide la actuación de la ley. Pero entonces, lo que intentaba ser concreto y absoluto, se convierte en indefinido y relativo. Serían partes todos los que de alguna manera intervengan al principio o después, pretendiendo la actuación de la ley unos frente a otros. El resultado sería la indeterminación, y habría que estar a lo casuístico, a la experiencia de cada ejemplo.

Cuando Alcalá Zamora y Levene hijo hablan del tercero, le colocan junto a una de las partes como adhesivo o coadyuvante, o como interventor principal o excluyente que inicia otro proceso en el que las partes iniciales vienen a ser demandadas. [153] La tesis se sostendría inalterable si las legislaciones no conocieran otras figuras; pero ante el tercero interveniente, que ni es coadyuvante ni es tercerista, la solución pierde valor. Buena o mala, la legislación procesal civil distrital, regula a la figura de un tercero que puede entrar al juicio por interés propio y distinto al de las partes iniciales, quien puede seguir el juicio aunque el actor o el deman-

153 Op. cit., T. II., p. 10.

dado se aparten de él. Claro está que puede decirse que se está ante una hipótesis en que el coadyuvante se convierte en principal; pero como la ley no sigue este criterio y dispone que ambos: parte inicial y sobrevenida, accionen, se tiene un proceso con sendas pretensiones de la parte principal y del interveniente y contra o frente a la otra. Según la ley mexicana, ninguno sale ni se convierte el tercero en principal, de manera que errónea o acertadamente, el caso existe y debe tenerse en cuenta.

Todo esto indica ya que ese dato de Chiovenda, señalando a la parte como aquel que pide y aquel frente al que se pide, está necesitado de depuración. No se puede olvidar tajantemente a aquel contra quien se pide, porque éste, señalado o no en la demanda, puede venir a juicio, sosteniendo que se le perjudica sin ser oído, ni vencido. Por lo demás, hay fórmulas, en que constituyéndose el litisconsorcio forzoso, quien acciona, a quien se le notifica y escucha, es un representante o gestor, y sin embargo, las partes materiales, presentadas inicialmente en el proceso, tendrán que soportar las consecuencias del fallo.

Verdad, pues, que hay un titular de la acción, pero no debe olvidarse que hay o puede haber, varios titulares de la pretensión procesal. En este caso, la solución de Chiovenda y de quienes le siguen consciente o inconscientemente, se muestra insuficiente. Llámese pena o responsabilidad a la disolución de la sociedad, la sentencia de un proceso en que fue parte sólo el legitimado, afecta a los socios y por tener carácter de parte **a priori,** las leyes les autorizan a impugnar o a intervenir.

h) Las explicaciones dadas sobre tres relaciones jurídicas: i) la sustantiva, ii) la pretensional procesal, y iii) la acción, obligan a concluir que existen tres grupos de títulos individuales, que si en determinada circunstancia recaen sobre un solo sujeto, nada impide que en otras se distribuyan en dos o en tres.

La discusión de las **preposiciones** frente y contra, tiene su apoyo en esa posibilidad de distribución de relaciones jurídicas. Porque efectivamente, mientras la pretensión procesal se deduce frente al demandado, la pretensión sustantiva se exige de él o contra él.

Al advertir que la noción de parte proviene de las titularidades indicadas, se puede asegurar que hay casos en que la parte se identifica sólo por el ejercicio del título correspondiente a la pretensión procesal; pero que hay otros en que la parte está prevista ya desde la relación sustantiva, ejerza o no la pretensión procesal; y, en fin, algunas hipótesis se explican por cuanto la acción es ejercida por quien no pretende procesalmente, ni menos entra en la relación sustantiva.

Las invariaciones pueden aumentar y los ejemplos multiplicarse, pero lo importante es sacar las consecuencias. Y éstas son en el sentido de que el nombre de parte procesal es insuficiente. No sirve para identificar los

distintos extremos, de modo que se presta a ambigüedades el calificar de parte sólo a quien pretende, a quien acciona o a quien es titular de la relación conflictiva.

Podría parecer exagerado el sostener que puede darse el fenómeno de que las partes que pretenden procesalmente, no sean ninguna de ellas las que pretenden sustantivamente. Pero la verdad es que esto puede acontecer con suma facilidad, y basta pensar en que los legitimados de los dos entes en conflicto, otorguen sendos mandatos a personas que accionarán sin tener interés sustantivo. Y naturalmente un albacea puede pretender procesalmente frente a un síndico, sin que haya relación sustantiva entre ellos.

En resumen, lo conveniente será hablar en lo sucesivo, de las partes de la relación sustantiva, de las partes del accionar y de las partes del pretender procesal. Como puede acontecer que, de acuerdo con la legislación procesal civil distrital mexicana, los litisconsortes activos y pasivos, designen un procurador común que no sea alguno de los litigantes, se tendrá que calificar a estos procuradores como titulares del accionar, mientras que los litisconsortes serán los titulares de la pretensión procesal. Además, puesto que el código civil indica que las sentencias que beneficien al propietario también lo harán con el usufructuario, aunque éste no haya accionado; se tendrá que admitir que hay partes de la relación sustantiva, afectadas por la sentencia, por más que no hayan sido ni accionantes ni hayan pretendido procesalmente.

160 La capacidad procesal.

La noción de parte ha sido por lo general básica para el concepto de capacidad procesal. Otra base a la que acude la doctrina casi por necesidad sistemática, es la idea de parte en la teoría general. En consecuencia, los aciertos y los errores al determinar lo que sea parte, han de trascender al campo de la capacidad procesal.

En Carnelutti,[154] el tratamiento parece distinto y hasta novedoso, al referirse a los actos procesales. Su idea pudo haber sido enlazar la capacidad con los actos y no con los individuos, pero en cuanto se lee su definición, se advierte que no cristalizó el propósito. En efecto, caracteriza a la capacidad del acto como la existencia, en el agente, de las cualidades necesarias para el ejercicio del poder o para el cumplimiento del deber, en que el acto se resuelva.

Queda, eso sí, una tendencia inmanente a considerar la dicha capacidad frente a la actividad, y por ello agrega en seguida, que una persona es capaz respecto de un acto, en tanto puede ser sujeto de la relación en que el acto tiene su principio. Pero la inteligencia de estas palabras lleva-

154 *Instituciones*, T. I. pp. 458 y ss.

ría a considerar que el menor es capaz, por lo mismo que respecto de la relación criminal ha sido un sujeto. Y es el mismo autor quien se encarga de rechazar implícitamente esta consecuencia, al decir que en cuanto la ley exige que los sujetos estén provistos de ciertas cualidades habrá capacidad.

Conviene, entonces, ante todo, revisar si la capacidad se vincula con el sujeto o con el acto, siguiendo esa idea sugerida por el tratamiento de Carnelutti. Si la capacidad jurídica fuera sinónima de la existencia del individuo, todos cuantos son tendrían capacidad. Si, por el contrario, lo fuera de los atributos o cualidades señalados por la ley, sólo tendrían capacidad quienes satisficieran estos extremos. Por último, a partir de la relación jurídica, se diría que la capacidad es la posibilidad jurídica de titulación.

Se sabe que históricamente, la capacidad ha faltado para algunas personas; también se conocen circunstancias jurídicas en las que la capacidad se otorga o reconoce en los entes. No hay, pues, una correspondencia constante e inalterable entre la capacidad y el ser somático; al grado de que no faltan ejemplos de juicios contra animales y cosas inanimadas.

El suponer que sólo la ley puede atribuir la capacidad, que por el señalamiento de ciertas cualidades se constituye o reconoce, llevaría a concluir que ahí donde la ley negara la capacidad no se podría ser sujeto, destinatario de pretensiones y prestaciones. Pero la misma realidad histórica a que antes se ha hecho referencia, muestra que cuando los hombres han caído en incapacidad, todavía conservan algo que por fuerza de las circunstancias, les permite alcanzar alguna titularidad. El esclavo ha podido siempre aspirar y alcanzar una conversión en sujeto más o menos íntegro jurídicamente.

En cuando al punto de vista que parte de la relación jurídica, no parece sino que se asiente en un círculo vicioso, porque para entrar en ella se supone la capacidad y aun la incapacidad. Esto lleva a la necesidad de replantear el problema y buscar nuevas soluciones.

a) Antes de emprender una búsqueda por nuevos caminos, es conveniente recordar lo que sobre el punto ha dicho la doctrina.

Carlos [155] advierte que el problema de la capacidad no es particular de alguna rama del derecho, sino que sus proyecciones son más amplias, y se puede afirmar que pertenece a la teoría general. En términos generales, la capacidad para ser parte se refiere a los titulares del derecho, a los que tienen calidad. [156] El menor de edad, el demente, el sordomudo, etc., a pesar de su incapacidad de hecho, son partes en el conflicto, en la relación de derecho material. Lo que ocurre es que, aun teniendo capacidad de derecho, carecen de aptitud para actuar por sí mismos en el proceso.

155 Op. cit., p. 164.
156 *Legitimatio d causam.*

En lo tocante a la capacidad procesal, corresponde a quienes tienen la capacidad jurídica. Pero para estar en el proceso [157] es menester que puedan conducir la **acción**, realizar actos procesales.

El autor concuerda con Carnelutti, cuando distingue entre sujetos de la acción y sujetos del juicio. Así, los incapaces referidos antes, siendo partes materiales, no lo son procesales, porque les falta la capacidad procesal, presupuesto para que el proceso se origine válidamente. Para que actúen han de valerse de otras personas: el padre por el hijo menor, el tutor por el pupilo, el curador por el insano, etc.

También las sociedades y las asociaciones que hayan obtenido la personería jurídica, tienen capacidad para ser parte en sentido sustancial; pero para actuar en juicio han de hacerlo por intermedio de sus representantes legales: miembros del directorio, administradores, gerentes, etc.

La capacidad procesal alude o atañe a los que pueden realizar actos procesales y conducir el proceso hasta su meta final. Estas nociones son aplicables al proceso civil y con algunas diferencias al penal, y son útiles para estudiar lo relativo a la sustitución procesal, el litisconsorcio, la representación necesaria y la convencional, los problemas que les son conexos, las disposiciones que regulan la materia del mandato para estar en juicio, la exigencia del patrocinio letrado, etc.

b) Devis Echandía [158] comprende dentro de los presupuestos de la acción a los requisitos para que pueda ejercerse válidamente, entendida como derecho subjetivo a la obtención de un proceso; es decir, las condiciones para que el juez oiga la petición que el demandante le formule para iniciar un proceso.

Estos requisitos son la capacidad jurídica y la capacidad procesal del demandado o **legitimatio ad processsum** y la adecuada representación. Más adelante [159] indica que ser parte en el proceso equivale a ser sujeto de la relación jurídico procesal; por consiguiente, la capacidad para ser parte se identifica con la de ser sujeto de esa relación, como demandante, actor, demandado u opositor o interveniente. La capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquiera relación jurídico material, por lo mismo que la relación jurídico procesal es una especie de las relaciones jurídicas en general.

Al criticar a Carlos, señala que confunde la capacidad de ser parte con la legitimación en la causa, que mira a la aptitud para convertir determinada relación material en objeto del proceso.

La capacidad para ser parte, agrega en seguida, se tiene siempre, porque corresponde a todo sujeto de derecho. Esa identificación de la capa-

157 *Legitimatio ad procesum.*
158 Op. cit., pp. 319 y ss.
159 Op. cit., p. 472.

cidad para ser parte procesal y material, tiene una excepción: al proceso pueden concurrir como partes ciertos patrimonios o masas que no tienen esa condición en la vida jurídica general. Además de las personas naturales y jurídicas, por circunstancias especiales, la ley y la doctrina reconocen capacidad a ciertas uniones y a algunas masas de bienes o patrimonios autónomos; esto sucede con ciertas juntas y comités, y con ciertos conjuntos de bienes como la herencia yacente, la masa de bienes del concurso de acreedores o de la quiebra.

Así como la capacidad jurídica que en general tienen todas las personas no implica su habilidad para usar de ella en forma personal y libre, así también la capacidad de esas personas para ser partes en un proceso no implica que siempre puedan intervenir de manera personal, directa e independiente. La regla es la misma: es capaz para comparecer al juicio o ejercer actos procesales válidamente toda persona que lo sea para la celebración de actos jurídicos en general. No se trata de que los incapaces no puedan contraer obligaciones ni adquirir derechos procesales, ni concurrir al juicio, sino de que no pueden hacerlo por sí mismos, y lo tienen que hacer por intermedio de sus representantes.

c) Para Della Rocca,[160] el concepto de parte es elaborado principalmente por el derecho procesal e indica las personas que demandan o contestan en el proceso en nombre propio, y ante todo son privadas o públicas según hagan valer en la causa derechos subjetivos, aun cuando correspondan a entidades públicas o intereses privados que constituyen materia de la relación controvertida, o bien tengan que desempeñar en el proceso funciones de interés público, concernientes al mantenimiento de la legalidad o a la defensa de intereses superiores a los deducidos en el pleito. Las partes pueden cambiar en el proceso, lo que acontece cuando cambian los elementos subjetivos de la relación de derecho sustancial sujeta al proceso: sucesión.

El proceso supone al menos dos partes ligadas entre sí por una relación de necesaria reciprocidad, se llaman en materia contenciosa actor y demandado, en la criminal acusador y acusado, y en la ejecutiva acreedor y deudor. Pero no es indispensable que la oposición entre ellas sea efectiva y simultánea con el juicio, lo que importa es que sea virtual, que la providencia requerida obre en la esfera de la persona contra la cual se pide, de manera que pueda determinar el estado de sujeción de la misma. Así como no deben ser confundidas con los sujetos de la relación sustancial, tampoco deben serlo con los sujetos de la acción, puesto que es evidente que la figura de parte se asume por el solo hecho de formarse el proceso, es decir, independientemente de la subsistencia efectiva del derecho sustantivo y de la acción.

160 Op. cit., p. 164 y ss.

La capacidad de ser parte no es sino la capacidad jurídica aplicada al proceso, es la idoneidad para ser sujeto de derechos procesales, al paso que la capacidad procesal o de intervenir activamente en el juicio es la aptitud para ejercer los derechos propios en el campo especial del proceso. La capacidad de accionar que en materia de procesos coincide con la capacidad y requiere una capacidad efectiva de querer, hay que distinguirla entre personas físicas y jurídicas.

En cuanto a las personas físicas, entre la incapacidad y la capacidad plena hay situaciones intermedias que se configuran en las formas de la asistencia o de la autorización. Las voluntades integrantes pueden después superponerse y combinarse de manera que lleguen a concurrir más de dos voluntades al perfeccionamiento de un acto. En el proceso tienen lugar por lo común, tres situaciones: representación, asistencia y autorización; pero nada se opone a que la capacidad de accionar pueda no corresponder enteramente a la capacidad procesal; lo que cabe cuando la ley otorga al penado con interdicción o inhabilitación el derecho de accionar en pro de la revocación de una u otra de esas penas.

En las personas jurídicas es obvia la necesidad de un representante legal que se apersone en juicio por ellas, por la naturaleza especial de la entidad que aun cuando se la tiene en virtud de una **fictio iuris** por persona jurídica, necesita accionar a través de la voluntad de las personas físicas que constituyen sus órganos. Pero en la causa son parte el representado y el asistido, a quienes pertenecen los intereses que en el proceso se debaten, y no el representante o el asistente, a los cuales en cambio competería la llamada **legitimatio ad processum.**

Según el derecho canónico, la capacidad de ser partes, lo mismo que la jurídica, dentro de la Iglesia, les viene a las personas físicas del bautismo. En las jurídicas reconocidas, en las asociaciones simplemente aprobadas y en aquellas que son meramente privadas, la capacidad de ser parte se identifica necesariamente con la capacidad jurídica y vale tan sólo en orden a los derechos para cuya adquisición son idóneas.

En cuanto a la capacidad procesal, puesto que se identifica con la capacidad de intervenir activamente en el juicio, las reglas dictadas al respecto por el derecho sustantivo son aplicables. Para los religiosos se aplica la regla de que pueden comparecer en juicio sobre asuntos propios con el consentimiento del superior; y respecto de los excomulgados hay que tener en cuenta que los **vitandos** y los **tolerados después de la sentencia,** poseen capacidad procesal plena si intervienen para impugnar la justicia o la legalidad de la pena, y sólo una capacidad relativa necesitada de procurador si su legitimación para comparecer la exige el bien público.

Las personas jurídicas se equiparan a los menores y tienen que intervenir en juicio por medio de quien las representa. Las personas jurídicas colegiadas seculares son representadas por el superior con el consenti-

miento de la comunidad a tenor de los propios estatutos. Los superiores religiosos no pueden comparecer en juicio en representación de su comunidad sino a tenor de las constituciones. Las personas jurídicas no colegiadas se hallan representadas en juicio por los rectores y administradores y en caso de conflicto con éstos, por el procurador especial que el Ordinario haya designado al efecto. El Ordinario del lugar representa a la Iglesia Catedral y a la mesa episcopal, pero precisa **ad liceitatem** el consentimiento del cabildo catedral o del consejo administrativo en litigios de cierta suma. Y en las mismas condiciones se exige el consentimiento del consejo de fábrica, donde exista, para que el cabildo pueda comparecer en juicio por la iglesia colegiata y el rector por la iglesia **sui iuris.** Los beneficios son representados por los titulares que se consideran como curadores para la administración. Las vicarías parroquiales no erigidas a pepetuidad, las capellanías laicales, coadjutorías con futura sucesión o sin ella, etc., que de suyo no son beneficios, desde que les falta junto con el requisito de la perpetuidad la consiguiente personalidad jurídica, comparecen en juicio por medio de su administrador. Los seminarios diocesanos son representados por su respectivo rector a no ser que se trate de bienes temporales, para cuya defensa el representante es el ecónomo con el consentimiento del Ordinaio. Los hospitales, orfanatorios, escuelas e institutos similares destinados a obras de religión o de caridad, ya espiritual o temporal, son administrados y, por tanto representados, por su respectivo director.

En las causas criminales la acusación en juicio está reservada al promotor de justicia o fiscal, pero los fieles pueden denunciar privadamente el delito al Ordinario, además de entablar ante el tribunal contención para pedir satisfacción o reparación de daños, pretensión que puede promoverse en el mismo juicio criminal o en uno contencioso. Mas en las causas de injuria y difamación el fiscal no puede actuar sin que preceda denuncia o querella de la parte agraviada.

Distinta de la representación procesal voluntaria es la procuraduría en los pleitos. Con ella resuelve la parte el problema del **ius postulandi,** especialmente cuando es incapaz de demandar en juicio por falta de aptitud para ejercer la actividad de carácter técnico en la que se basa el desarrollo del proceso, estableciéndose el contacto con el juzgador a través del ministerio del defensor, que a su vez es simplemente representante o procurador o bien asistente o abogado. La representación procesal a cargo del letrado puede realizarse de dos maneras: existe el nombramiento de procurador cuando posee la función de representar a la parte en el proceso y de ejercer por lo mismo en su nombre y en su lugar los actos meramente procesales: se da en cambio el mandato de abogado cuando el letrado en nombre y en lugar de la parte invoca la aplicación de la ley favorable.

Los procuradores **ad lites** son principales si los ha nombrado directamente la parte, o sustitutos si han recibido el nombramiento de otro procurador; necesarios o libres, si la parte los nombra espontáneamente o por disposición de la ley. Los abogados son públicos o privados, según ejerzan su ministerio en causas públicas y a beneficio de un órgano de la Iglesia o bien en causas privadas; ordinarios o extraordinarios si se hallan provistos de los títulos o requisitos que prescribe la ley o bien si se les admite por motivos excepcionales a ejercer la defensa en juicio; voluntarios o necesarios, si desempeñan su oficio espontáneamente o lo ejercen constreñidos por la ley.

La relación jurídica que se establece entre patrocinador [161] y patrocinado es tal que no resulta difícil descubrir aspectos y elementos de carácter público. Si generalmente le da vida la voluntad de las partes, no son raros los casos en que esa relación deriva de la providencia del juez. Además, el patrocinador, si es abogado, en realidad no ejerce siempre atribuciones recibidas del poderdante, sino una función pública, regulada por normas de derecho público que no es dado quebrantar, aun cuando la voluntad del poderdante sea contraria a su observancia. Por tanto, en el caso del abogado o del procurador, bien puede hablarse de mandato representativo de carácter legal.

d) Como en otros temas, también aquí podría continuarse la exploración doctrinaria en infinidad de textos; pero los criterios discreparían muy ligeramente de lo observado en los autores que se eligieron al azar. Es pues, necesario analizar el tema desde la perspectiva sistemática que se ha venido empleando hasta ahora.

Por lo general, al mencionar la capacidad se tienen en mente dos situaciones jurídicas diversas: la aptitud y la actitud. Por aptitud se ha de entender la significación de un objeto de conocimiento que jurídicamente resulta el centro de imputación de titularidad estatutaria. En cambio, por actitud se hará referencia a la conducta jurídicamente calificada.

Ahora bien, a todo lo largo de la historia y del derecho positivo, se encuentran subjetividades que no corresponden al individuo somático, a la gente; y aun respecto de ésta, puede acontecer que, o bien se le elimine en mayor o menor medida de la aptitud jurídica, o bien se le incluya antes de nacer. [162] Y en cuanto a los entes, si por lo general están formados por agrupamientos de gente, no faltan manifestaciones en que la entidad es un conjunto de bienes y, se admita o no que hay regímenes jurídicos especiales para fenómenos económicos tales como la herencia, el patrimonio de familia, la sociedad conyugal, los concursos, la quiebra o la fortuna de mar; lo cierto es que en un momento dado, el conjunto de bienes

161 Abogado o procurador.

162 Cfr. Devis Echandía, Op. cit., p. 473.

recibe derechos y obligaciones desligados de las gentes que en cualquier forma se relacionan con la **masa** particular. A esta tendencia doctrinaria se le ha llamado del patrimonio de afectación, y así, la fortuna de mar está constituida por la nave y el flete con todos sus accesorios y responde preferentemente a los acreedores marítimos, teniendo los acreedores terrestres como prenda la fortuna de tierra, constituida por la universalidad de los bienes del deudor, de manera que la ejecución se hace sobre ésta y sólo cuando es insuficiente se acude al patrimonio marítimo, pero sólo en los excedentes, después de ser liquidados los acreedores de mar. Y todavía se habla de dos o más fortunas de mar, según que existan dos o más embarcaciones, cada una respondiendo a un grupo distinto de acreedores marítimos. [163]

Si respecto de los patrimonios de afectación se podrían levantar serias objeciones contra su **capacidad** jurídica, en cambio se conocen actualmente juicios en los que se sostiene la personalidad de la sociedad conyugal, al menos para efectos fiscales, considerándola como unidad económica distinta de los cónyuges. Correcta o incorrecta, esta interpretación tiene calidad jurídica, es absolutamente imperativa y sus efectos en el mundo del derecho son innegables.

Pues bien, ser capaz es tener aptitud jurídica. Toca al derecho, arbitraria y convencionalmente, ir determinando qué tipos de agrupamientos de gente o de cosas pueden estimarse como receptáculos de derechos y obligaciones. Pero una vez que lo ha determinado, resulta inútil negar u oscurecer el concepto, hablando, como lo hace Della Rocca, de ficciones jurídicas. Todo el derecho tiene el mismo nivel de lenguaje y la gente como los entes, son capaces por imputación legal, no por condiciones físicas o biológicas. Señala el derecho una individualidad o una universalidad, y le imputa aptitud, creando la capacidad jurídica.

e) Obviamente, el derecho no puede perseguir otra inteligencia que la humana. Cuando ha creado una **capacidad** y ello ha dado lugar a una personalidad, si el sujeto jurídico está imposibilitado para actuar, es menester buscar la conducta idónea, conducta que sólo puede ser exigida de la gente.

Es aquí que, ya se trate de gente por nacer, de infantes sin discernimiento jurídico, o de entes, que el derecho acude a una gente que llene condiciones especiales de actuación. Ciertamente toda la conducta social puede ser sometida al derecho, pero no toda tiene la misma eficiencia ni la misma eficacia. Por conducta social habrá que comprender a la manifestación humana entre gente. De esta manera, es sólo la actitud, la que puede servir para adquirir, modificar, transmitir o extinguir títulos jurídicos.

163 Cfr. Ignacio Luis Melo y Ruiz, *Fortuna de mar*, México 1956, pp. 9 y ss.

Ni el hombre mismo, por el solo hecho de nacer, o por el hecho de existir, adquiere naturalmente esos títulos jurídicos. Se necesita que otros hombres, directamente o a través de las leyes, se los confieran. El hombre toma títulos estatutarios de la normatividad objetiva, y toma títulos subjetivos de su conducta al pactar; por sí y ante sí, el hombre está imposibilitado de calificarse nacional, ciudadano, mayor de edad, profesionista, etc.

Por tanto, cuando se habla de capacidad procesal, o de capacidad para ser parte, capacidad de contratar, capacidad para heredar, capacidad para votar, capacidd para contraer matrimonio, etc.; se está haciendo mención de la aptitud en cada relación jurídica. Una menor de edad o un ente, no tienen capacidad para votar, porque no son aptos para recibir la titulación respectiva. Una sociedad o una asociación no pueden contraer matrimonio porque carecen de aptitud jurídica para ser imputados de estos títulos.

En realidad la capacidad absoluta sería un absurdo, porque no se puede tener aptitud para recibir todas las titulares jurídicas posibles, así, un hombre no es capaz legalmente para ser sociedad o asociación, por más que en la doctrina se estudie y discuta sobre las sociedades unipersonales, pero se trata de las que por reducción de personas quedan en la unidad, no de las que nacen con un solo individuo. Otro caso se encuentra en las leyes bancarias, en virtud de las cuales, no puede un individuo convertirse en institución de este tipo.

Hay, pues, un atisbo certero, cuando Carnelutti habla de aptitud con referencia a las cualidades para el ejercicio del poder o el cumplimiento del deber; pero sólo se trata de una orientación y no de una captación de la clave para resolver el problema. Es correcto poner la atención en las cualidades, si por ello se entiende la conformación subjetiva que hace apto al centro de imputación para recibir titularidades estatutarias; porque lo importante en la **capacidad** es su concepción de receptáculo y no su misma conducta. El capaz no es quien obra, sino el que puede obrar válidamente, porque la operación misma no depende del derecho sino de circunstancias sociales o económicas.

Ahora bien, si al obrar, hecho físico, válidamente se adquieren, modifican, transmiten o extinguen títulos, se habla de capacidad para ese acto. La incapacidad no significa imposibilidad de adquirir, modificar, transmitir o extinguir títulos, sino imposibilidad jurídica de hacerlo por sí.

f) Si a lo que antecede se le invaría con la institución procesal, se encontrará que la noción de capacidad procesal es, como se ha observado en Della Rocca, multívoca. Unas veces atañe a la acción, otras a la pretensión procesal y otras a la pretensión sustantiva.

Si las partes del conflicto, las del accionar y las del pretender procesal [164] pueden ser diversas, y esto se mira críticamente en todos los órdenes, civil, mercantil, canónico, administrativo o penal, entonces habrá que distinguir en el concepto capacidad para ser parte, lo atinente a cada renglón.

Para ser parte en una relación sustantiva, es menester tener la aptitud concerniente a la institución en que ella está invariada. Para serlo en la relación de la instancia proyectiva habrá que satisfacer otra aptitud; y para pretender procesalmente deberá tenerse la correspondiente a esta relación. Los téminos **legitimatio ad causam y legitimatio ad processum** son equívocos, porque o no se refieren a la aptitud sino a la actitud, o intentan aludir a la legitimación misma que es, como se verá después, un medio jurídico para complementar la inhabilidad.

Limitada a la aptitud para aparecer en el proceso, la capacidad procesal tiene que referirse a la que mira al accionar y la que se dirige al pretender una sentencia. Indudablemente, la aptitud para accionar es más precisa o limitada, porque se corresponde con una conducta que sólo la gente puede emitir. No sería factible que la sociedad anónima, la institución de crédito o un ente cualquiera, fueran titulares de la instancia, aunque así lo indicara la ley. Cuando se ordena que las Cámaras de Comercio sean síndicos, se está previendo una aptitud para pretender que habrá de resolverse en representación personal para instar.

Esa aptitud procesal, desenvuelta en sus dos posibles relaciones de instar y pretender, suele estar caracterizada como la misma **capacidad** o aptitud sustantiva. Pero ni es cierto que siempre el capaz para pretender sustantivamente pueda pretender procesalmente, ni hay una capacidad básica, general que resulte adaptable a todas las circunstancias.

La capacidad para ser parte pretendiente o parte accionante, supone una aptitud que puede ser por completo ajena a la aptitud para la titulación sustantiva. Es así como los emancipados pueden ser aptos para ciertas convenciones sustantivas y carecer de aptitud para ser parte accionante en un proceso. Importa, pues, dejar aclarado que si las leyes procesales hacen frecuente remisión a las sustantivas para calificar la aptitud de las partes procesales, no se trata de una delegación total ni constante. En la mayoría de los procesos la capacidad para accionar podrá coincidir con la aptitud para contratar, pero no puede negarse que en otros juicios la capacidad procesal viene dada por la ley de esta rama; y así sucede que en lo laboral, el menor de edad puede accionar y pretender sentencia o laudo.

Lo conveniente será, por lo mismo, considerar a la capacidad como la aptitud en cuanto nota que tiene el carácter de común denominador para toda relación jurídica. De esta manera, al llegar al proceso, no se

164 Supra Nº 159.

dirá que la capacidad para ser parte es la misma capacidad civil, sino que podrá explicarse que se trata, como en lo civil, de tener aptitud, lo que equivale a significar que se es un centro de imputación de derechos y obligaciones procesales.

161 La legitimación.

La función interdependiente que corre entre aptitud y actitud, puede ser bastante para una determinada relación jurídica. En los regímenes en que se conoce la llamada acción popular, que no debe confundirse con la denuncia popular del derecho mexicano, cualquiera persona apta para ejercer derechos civiles, puede accionar procesalmente pretendiendo el castigo de un presunto delincuente.

Pero a veces, la actitud no puede corresponder al titular de la aptitud. Las razones para que esto suceda, pueden ser varias y diversas según las distintas instituciones en que se observen. Para el derecho procesal, que es lo que aquí interesa, la aptitud insuficiente para tomar una actitud en este ámbito, exige un complemento que, brevemente dicho, consiste en la actitud de otro sujeto apto.

Ya desde el campo sustantivo se observa que no toda la gente apta para recibir titulaciones jurídicas, puede actuar constituyéndolas, modificándolas, transmitiéndolas o extinguiéndolas por su propia voluntad. A estos individuos se les suele llamar incapaces o inhabilitados, los primeos, por lo general, son los menores de edad, los segundos, también en sentido genérico son mayores de edad sujetos a interdicción o inhabilitados por disposición de la autoridad.

Pero a tales individuos se deben añadir los entes, cuya naturaleza jurídica es precisamente de sujetos aptos jurídicamente. Sin embargo, como se ha venido repitiendo, necesitan de una gente que emitiendo su voluntad, permita que se impute al ente. Se llaman comúnmente órganos, y si en ocasiones están designados por la ley, también acontece que deriven su designación por acuerdo de los particulares, en especial cuando éstos constituyen el ente conjunta o individualmente, lo último se mira en las fundaciones y en los fideicomisos.

Por último, aunque se tate de gente apta y susceptible de una actitud procesal válida, hay un sector jurídico en el que los sujetos de la relación sustantiva no pueden ser los mismos de la relación procesal. Se trata específicamente del proceso penal, sobre todo en países que como México, conocen de la institución del ministerio público, monopolizadora de la acción y de la pretensión procesales. En este ámbito, la pretensión punitiva no es actitud que corresponda ni al ofendido por el delito ni a cualquier particular, por más que lo último se contemple en regímenes como el español que conocen, tanto de la acción penal con la llamada preten-

sión privada, como de la que ya se mencionó, acción popular ejercible por cualquier individuo civilmente apto.

En estas condiciones, por todos los rumbos del derecho aparece un sujeto que, sin ser titular de la pretensión sustantiva, unas veces porque no sea el **dueño** del derecho en conflicto, otras porque la solución del mismo no le perjudique ni beneficie, y otras porque la ley ha establecido que únicamente él pueda accionar y pretender procesalmente; este sujeto viene a ser el titular de la acción y de la pretensión procesales. Su nombre debe ser el de **legitimado.** Pero como la palabra se ha venido empleando para calificar otras situaciones jurídicas, es menester, primero recordar cuales han sido las acepciones, y segundo justificar la conveniencia de que el nombre designe univocamente una situación especial y que es el común denominador de estos fenómenos.

a) En diversas partes, Carlos [165] se refiere a la **legitimatio ad causam** como al tener derecho, interés y calidad. Y cuando habla de la actitud posible del demandado, afirma que éste puede oponer una defensa sustantiva sosteniendo la falta de cualidad del actor o sea que no tiene legitimación en la causa, por no ser la persona a quien la ley confiere la titularidad del derecho. En cambio, explica, la **legitimatio ad processum** puede circunscribirse a la capacidad procesal, cuya inexistencia autoriza la oposición de la excepción procesal o presupuesto de este nombre en la doctrina y que la legislación suele denominar falta de personería o de personalidad.

b) Della Rocca, [166] se refiere a las condiciones de la **acción,** entre las que menciona a la **legitimatio ad causam** que es a la vez legitimación para demandar y para contradecir, y que no se identifica con la **legitimatio ad processum** que es un presupuesto procesal, o sea, la **legitimatio standi in iudicio.** [167]

c) Calamandrei [168] considera a la legitimación para obrar o para contradecir, la **legitimatio ad causam,** como la cualidad o investidura para obrar que no deben confundirse con la **legitimatio ad processum** que es un requisito del proceso. En el campo del derecho privado, la **legitimatio ad causam** debe estar necesariamente incluida en la esfera de autonomía individual en que tiene cabida el derecho subjetivo, o sea que la legitimación ha de pertenecer de un modo exclusivo a aquella misma persona a la que pertenece de un modo exclusivo el derecho subjetivo sustancial. Cuando se controvierte en juicio sobre una relación de derecho privado, la legitimación para obrar y para contradecir corresponden, respectiva-

165 Op. cit., 153, 163, 164, 289, 291 y *Passim.*
166 Op. cit., pp. 38 y ss.
167 P. 63.
168 *Instituciones,* pp. 184.

mente, al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida. [169]

Pero la legitimación en la causa no es inseparable del derecho sustantivo, de la manera que la escisión se puede ver, primero, en la sustitución procesal que luego se estudiará, luego en el caso que Calamandrei llama de legitimación por categoría y, finalmente se llega al extremo, cuando la legitimación para obrar corresponde, aun en materia civil al ministerio público.[170]

d) Rosenberg [171] comienza por advertir que la facultad de gestión del proceso corresponde por lo regular a los titulares de la relación jurídica controvertida; pero en el derecho actual les es con mucha frecuencia retirada y transferida a otras personas extrañas al derecho.

Por eso ya no es acertado considerar como las partes verdaderas al sujeto activo y pasivo de la relación jurídica a juzgar, como lo hacía la antigua doctrina. La designación elegida por ella de legitimación para la causa, parece no ser ya apropiada; porque legitimación para la causa no es otra cosa que el aspecto subjetivo de la relación jurídica controvertida, la **competencia para el derecho** que debe ser separada absolutamente de la facultad de gestión para el proceso; ella es un presupuesto de fundamento de la demanda; la facultad de gestión del proceso lo es, en cambio, de su procedencia. Se trata, pues, de una posibilidad de provocar una resolución material.

e) Carnelutti [172] se refiere a los requisitos que debe llenar quien realiza los actos procesales, y que se refieren a la capacidad y a la legitimación. Si la capacidad es la expresión de la idoneidad de la persona para actuar en juicio, inferida de sus cualidades personales; la legitimación representa dicha idoneidad inferida de su posición respecto del litigio.

No hay duda de que se encuentra en mejor condición para ejercer la **acción** el propio titular del interés en litigio, puesto que nadie mejor que él puede sentirse estimulado a servir de **medium** entre los hechos y quien los haya de valorar. Es así como la tutela del interés protegido se convierte en su impulso. Pero dicha interferencia no llega a ser conicidencia; frecuentemente se ve actuar en juicio a quien no es titular del interés en litigio, y basta pensar que ello tiene que suceder por fuerza cuando aquél sea un incapaz para inferir que la legitimación no puede confundirse con la cualidad de sujeto del interés litigioso.

169 p. 187.
170 P. 190.
171 *Sistema*, T. II, pp. 25 y ss.
171 *Derecho procesal civil*, T. I., pp. 254 y ss.
172 *Sistema*, T. II., pp. 25 y ss.

Así, mientras la regla es que actúa en juicio el sujeto del interés en litigio; hay casos en que la **acción** del interesado no es oportuna, y otros en que la **acción** de otro es oportuna en lugar o en apoyo de la **acción** del primero.

La noción de legitimación se conecta, por lo menos en parte, con la noción de la capacidad, ya que la incapacidad del interesado constituye el motivo de la legitimación para obrar de una persona distinta, o sea precisamente de su administrador, y esta figura comprende también a los casos de administración de las personas jurídicas y los de representación voluntaria. La legitimación procesal expresa, por tanto, la idoneidad de una persona para actuar en el proceso, debida a su posición, y más exactamente, a su interés o a su oficio.

f) Leone [173] se refiere al tema al abordar el concepto de representación, explicando que la última consiste en la escisión entre el sujeto legitimado para el cumplimiento de un acto procesal, o sea el representante, y el titular de la relación jurídica deducida en el proceso y en cuya esfera jurídica están llamados a incidir los efectos típicos del acto mismo, que es el representado. Está caracterizada por la actuación del representante en nombre y en interés del representado y puede ser: voluntaria si se debe a la voluntad del titular de la relación jurídica; legal si está previamente dispuesta por la ley en caso de incapacidad del titular de la relación; y técnica si está previamente dispuesta por al ley a fin de obedecer a las exigencias de este orden del proceso. En el caso último, la representación viene a ser legal como obligación para las partes de hacerse representar por defensores técnicos, y voluntaria en cuanto elección fiduciaria del defensor.

g) También desde el campo del proceso penal, Alcalá Zamora y Levene hijo [174] hablan de la **legitimatio ad causam,** en contraste con la **legitimatio ad processum** que concierne a la capacidad procesal.

La primera refleja el vínculo de las partes con el litigio o conflicto objeto del proceso, y tiende a asegurar que se desenvuelva entre las verdaderas partes.

Esa legitimación es activa o pasiva, según que ataña a los actores o a los demandados. En lo penal la atención ha de fijarse en el ministerio público si las acusaciones no provienen del ofendido por el delito. La legitimación del ministerio no arranca de su interés personal o directo en el conflicto, sino que emana de la ley y responde al cumplimiento de una obligación funcional en orden a la persecución de los delitos. Hay legitimación de acusadores no ofendidos por el delito, en interés de todo ciuda-

173 Op. cit., T. I. p. 249.
174 Op. cit., T. II. pp 119 y ss.

dano para colaborar contra el crimen, caso de la acción popular. Por lo que atañe a la víctima, puede asumir el papel de querellante.

La falta de legitimación se ha involucrado doctrinal y jurisprudencialmente con la falta de acción, que no lo es en rigor y que ha sido pésimamente perfilada.

h) Un largo estudio del tema es ofrecido por Devis Echandía, [175] comenzando por la **legitimatio ad causam** que estando en íntima relación con el interés de obrar, sin embargo se distingue del mismo. Se trata de saber, dice, cuándo el demandante tiene derecho a que se resuelva sobre las determinadas pretensiones que deduce, y cuándo el demandado es la persona frente a la cual debe pronunciarse la decisión, y si son las únicas personas que deben estar presentes en el juicio para que la discusión de la relación material pueda ser resuelta. Se trata, pues, de una condición para que haya sentencia de mérito o de fondo.

Para fundar su punto de vista, el autor expone las tesis de los principales pocesalistas, a partir de Chiovenda [176] quien la entiende como la condición de la sentencia favorable y que consiste en la identidad de la persona del actor, con la persona a la cual la ley concede la **acción,** y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la **acción. La legitimatio ad procesum,** para Chiovenda, hace referencia a la capacidad para estar en juicio por sí o por otros.

Devis Echandía critica esta explicación, afirmando que la legitimación en la causa se puede confundir con la titularidad del derecho material y de la obligación correlativa: si el juez decide contra el actor por no tener el derecho material pretendido, no existiría su legitimación, pero entonces no se explicaría cómo fue posible que la sentencia se pronunciara. Sólo quien tiene interés para obrar y legitimación en la causa puede recibir sentencia de fondo que resuelva sobre la existencia o inexistencia del derecho sustancial de que pretende ser titular. La falta de legitimación no significa carencia de acción, y puede tenerse legitimación y no existir el derecho material y, por tanto, no ser titular el demandante. La legitimación no mira a la acción sino a la pretensión contenida en la demanda.

Expone después la tesis de Calamandrei que considera el mismo criterio de Chiovenda con el agravante de que su error proviene de estimar a la acción como un derecho a la sentencia favorable, porque se identifica con la titularidad del derecho material pretendido.

Se sigue con la tesis de Kisch [177] que en líneas generales continúa la de Chiovenda, y aunque afirma que no es un presupuesto procesal ni

175 Op. cit., pp. 258 y ss.
176 *Principios,* T. I., pp. 195 y ss.
177 *Elementos,* pp. 106-7.

su falta una excepción procesal, le son adecuadas las objeciones anteriores por confundir acción y derecho material.

En turno se alude a la noción de Couture,[178] para quien la legitimación en el derecho sustancial implica la titularidad del derecho que se cuestiona, en tanto que el ejercicio directo de ese derecho en el proceso es la legitimación procesal. La calidad del derecho cuestionado se refiere a la sentencia, en tanto que la **legitimatio ad processum** constituye un presupuesto procesal, sin el cual el juicio no tiene existencia jurídica ni validez formal. Tesis que, por lo dicho, viene a ser una reproducción de la de Calamandrei, teniendo aplicación la crítica que Devis Echandía hizo a éste.

Pasa luego al concepto de Rosenberg ya conocido, como facultad para seguir el proceso o condición de fondo y una relación material entre la parte y el objeto del litigio. Como su idea coincide en gran parte con la de Chiovenda, Devis Echandía se limita a la remisión de la crítica hecha al último; pero considerando que por legitimación para la causa se entiende en doctrina lo denominado por Rosenberg como facultad para seguir o gestionar un proceso, que no presupone la correspondencia real del derecho ni su existencia, sino que se refiere a la facultad de las partes para ligarse por el proceso; resulta que para Rosenberg no es la titularidad del derecho material, ni condición de la acción, lo que representa un avance en relación con Chiovenda, porque la legitimación viene a constituir un presupuesto de la procedencia de la demanda, entendida en el sentido de que sea posible resolver sobre las peticiones contenidas en ella. Pero su exposición sigue siendo incompleta y deficiente.

Adolfo Schönke[179] dice que la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, sino parte del fundamento de la demanda, y que en caso de faltar, la demanda ha de ser calificada como infundada y no como inadmisible; tampoco la resolución firme sobre el asunto se opone a la incoación de un nuevo procedimiento, por no existir el caso juzgado.

Opina Devis Echandía que para este autor la legitimación no es cuestión procesal sino sustancial, y es condición de la sentencia de fondo y no de la acción, y considera correcto el punto de vista, pero agrega que no explica cuándo existe legitimación ni en qué forma afecta la fundamentación de la demanda, o si es en el sentido de que constituye condición para tener derecho al pronunciamiento de fondo, como lo entiende Devis Echandía; pero termina indicando que también implica un progreso con respecto a Chiovenda.

178 *Estudios de derecho procesal civil*, T. III., pp. 20 y 209.

179 *Derecho procesal civil*, pp. 161 y ss.

Enrico Allorio ofrece una tesis escueta aunque acertada para Devis Echandía, al indicar que se trata de un requisito de la sentencia de mérito. En cambio Redenti, aunque no destina un número especial de su **Derecho procesal civil** al tema, indica que la legitimación procesal formal es distinta de la legitimación sustancial, porque la primera se refiere a la cantidad formal de parte, a la facultad de formular peticiones en el proceso, de oponerse, de impugnar, etc.; en tanto que la segunda mira a la relación sustancial. Según Devis Echandía, nada claro es el concepto de Redenti, aunque acierta al decir que el demandante debe afirmar o pretender ser titular del derecho y afirmar que el demandado lo es de la obligación correlativa, lo que ya supera a Chiovenda estimando que se trata de una condición de la sentencia de fondo.

Viene luego la tesis de Manuel de la Plaza,[180] quien citando a Guasp entiende que la idea de legitimación es la consideración especial en que tiene la ley a personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal.

La legitimación para obrar sería la aptitud para ser sujeto de derecho, respecto de una determinada controversia. La legitimación, frente a la capacidad o facultad de poder ser sujeto de una relación, es el serlo en realidad.

Si bien Devis Echandía acoge la idea de que la legitimación en la causa radica en la relación de las personas que ostentan la pretensión procesal, condición para que se examine la misma pretensión, o como ha venido diciendo, condición para la sentencia de fondo; explica que en de la Plaza el concepto no es claro pues en una parte se dice que la relación consiste en la titularidad jurídico material y luego se afirma que el interés que legitima el acto puede no ser un interés privado, ligado al ejercicio del derecho subjetivo.

Fairén Guillén[181] indica que la legitimación afecta a la pretensión y no a la acción; pero después agrega que no afecta a la demanda concebida como medio de iniciar el proceso, por lo que distingue entre legitimación y fundamentación de la demanda y niega que sean condiciones de la acción, sino un requisito de la eficacia de la pretensión.

Los breves comentarios de Fairén, dice Devis, son acertados, sobre todo al separar la legitimación y la acción y al rechazar que aquélla pueda ser condición de ésta, ligándola al éxito de la pretensión, como requisito para que pueda haber decisión de fondo o sobre la pura sustancia del asunto, y dándole carácter de presupuesto de admisibilidad de la demanda por razón de fondo, que no le afecta como medio de iniciar el proceso, sino para obtener decisión sobre la sustancia del asunto.

180 *Derecho procesal civil español*, T. I., pp. 287, 409 y ss.
181 *Estudios*, p. 75.

Jaime Guasp, a quien ya se mencionara, ofrece una tesis con mucha propiedad, dice Devis, estimando que es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallen en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso; agregando que, sea por activa o por pasiva, se trata de la necesidad de que una cierta demanda sea propuesta frente a ciertas personas que son las legitimadas para actuar como partes en un proceso determinado. [182]

Carnelutti rectificó su concepto de legitimación en las **Instituciones** y le consideró como el requisito del acto que atribuye a quien le ejerce la cualidad de parte formal. Por tanto, Carnelutti habla de legitimación para el acto, que consiste en un modo de ser jurídico; es la pertenencia al actuante de una relación jurídica, en vista de la cual al acto le es atribuido cualquier eficacia. Se diferencia la legitimación para actuar de la legitimación para contradecir: activa y pasiva; y hay legitimación total o principal o autónoma, y parcial o secundaria o dependiente como la del interventor adhesivo.

La legitimación es un fenómeno subjetivo y no se cofunde con el interés para obrar que es un elemento objetivo y causal. Media cuestión de legitimación, cuando la duda se refiere, no a si el interés para cuya tutela se actúa está en litigio, sino a si se actúa para su tutela por quien debe hacerlo. Si la duda es acerca de si existe litigio sobre tal interés, entonces se trata del interés en obrar. La legitimación se refiere siempre a una posición del agente y no del destinatario del acto. Los prácticos siguen aferrados a la distinción entre la **legitimatio ad causam** y la **legitimatio ad processum,** en la que se mezclan los dos conceptos de legitimación y capacidad.

Devis Echandía infiere las siguientes conclusiones de la tesis de Carnelutti: i) La legitimación no es condición o requisito de la acción sino del éxito de la pretensión. ii) La legitimación tampoco es requisito para la validez de la demanda, pues lo contrario sería confundirla con la pretensión, ya que la demanda puede presentarse por cualquiera que sea capaz. iii) La pretensión no puede realizarse eficazmente por o contra cualquiera, sino por quien está legitimado y contra quien esté legitimado. iv) La legitimación se refiere siempre a una posición del agente, exige que la parte sea sujeto del poder pretendido (demandante) o del deber discutido o insatisfecho, [183] o que obre por representación o sustitución. iv) Es mejor hablar de legitimación para pretender o resistir a la pretensión y particularmente para discutirla. vi) No se trata

182 *Derecho procesal civil*, pp. 192 y ss.

183 *Demandado.*

de que el legitimado sea sujeto del derecho o relación material, sino de que sea sujeto del interés en litigio o parte de la litis o conflicto de intereses, de que actúe para la tutela de ese interés quien deba hacerlo, y de que sea idóneo para intervenir en el proceso debido a su interés o a su oficio, sea que tenga o no el derecho material o la razón. vii) Muchas veces actúa en juicio quien no es el titular del interés en litigio, como en los dos grupos de la representación y sustitución, ministerio público e intervención adhesiva. viii) Es requisito para que el juez esté obligado a pronunciar en cuanto al fondo.

Pero Carnelutti, dice Devis Echandía, deja de explicar la importante cuestión del sentido y alcance de la sentencia desistimatoria por falta de legitimación de la naturaleza de ese interés cuya titularidad conforma la idoneidad para actuar en el juicio; y cree que se trata del interés en que se resuelve sobre la pretensión, téngase o no razón, y exista o no el derecho material o la relación jurídico material.

Se llega así a Ugo Rocco, quien además de las páginas dedicadas al tema en su **Trattato,** el cual es tomado en cuenta por Devis Echandía, publicó el volumen traducido por Alberto Vázquez del Mercado, con el título de **La legitimación para obrar;** [184] estudio que provocó uno de los más interesantes trabajos de Eduardo Pallares. [185]

En Rocco, la legitimación para obrar indica si el actor y el demandado, respecto de quienes debe declararse con certeza la existencia de una determinada relación jurídica, están realmente autorizados por la norma procesal para pretender la declaración. La cuestión de la legitimación es preliminar al juicio sobre la existencia o inexistencia de la relación jurídico sustancial.

Se trata de la posibilidad jurídica de obrar y comprende la de contradecir, establece quiénes están obligados a participar en el ejercicio de una determinada acción como actores y demandados, y para la declaración o realización de una determinada relación jurídico sustancial, así como la determinación de los sujetos que están autorizados o pueden ser llamados para obrar o contradecir. No se aplica a los demandantes y demandados solamente, sino a los sujetos que inicialmente no forman parte de la litis, pero que pueden o deben ser llamados a juicio.

La primera distinción entre los sujetos legitimados depende de que aparezcan titulares del derecho de acción y contradicción; pero puede suceder que existan otros legitimados a quienes se les debe permitir que concurran al juicio, lo que se conoce como intervención. Y puede suceder que haya otros obligados por la ley para tomar parte en el pro-

184 Incluido en el volumen en que aparece también la traducción de Felipe de J. Tena al trabajo de Rocco intitulado *Derecho procesal civil*, México 1964.

185 *La vía de apremio. La Legitimación en la causa. La acción oblicua. Cuestiones procesales diversas*, México 1946, pp. 73 a 105.

ceso. Y existe la institución de litisconsorcio necesario o voluntario. De manera que se puede distinguir entre sujetos legitimados para obrar y para intervenir pasiva y activamente. Los legitimados para obrar lo están además para intervenir; pero la situación cambia cuando la ley otorga legitimación para intervenir pero no para obrar, como sucede en Italia con la mujer casada respecto de la **acción** para la entrega de la dote prometida, que corresponde únicamente al marido, pero con facultad para aquélla de intervenir apoyando a cualquiera parte.

La ley establece cuáles son las condiciones, circunstancias y cualidades con base en las cuales es posible obrar o contradecir. La legitimación no es más que ese conjunto que se encuentra en un determinado sujeto respecto a la declaración de la existencia o inexistencia de una particular relación sustancial. Pero la ley procesal debe tener un criterio para determinar cuándo existe la legitimación en un caso dado, y tal criterio está en el conjunto de circunstancias, condiciones o cualidades de cierta categoría de sujetos, respecto a la relación o estado jurídico objeto del proveimiento que reclama cierto sujeto. Ellas son determinadas por el hecho de ser o de afirmar ser el titular de esa determinada relación o estado jurídicos, pues para los efectos de la legitimación vale lo mismo uno o lo otro. La titularidad efectiva o solamente afirmada de la relación o estado jurídicos, constituye el criterio base para determinar quiénes deben ser los sujetos del ejercicio de cierta acción, que no se confunde con el concepto de pertenencia o de existencia del derecho material.

La titularidad activa o pasiva de la relación o estado jurídico normal con base al que se determina e individualiza el sujeto para el ejercicio de determinada **acción** y los sujetos frente a los cuales se ejerce, es el concepto apropiado, que tiene la ventaja de formar un criterio único para todas las categorías de **acción,** aunque tal titularidad puede ser real o sólo aparente o afirmada.

En cuanto al contraste entre **legitimatio ad causam** y **legitimatio ad processum** entendida la última como la capacidad de estar en juicio y realizar actos procesales con efectos jurídicos, Rocco no la cree propia ni útil. **La legitimatio ad processum** es un presupuesto procesal; pero como la **acción** puede ejercerse sin que existan todas sus condiciones, también puede instaurarse un proceso y constituirse la relación procesal sin que existan todos sus presupuestos.

Rocco estima que la sustitución procesal no tiene por base que la persona esté autorizada para ejercer en nombre propio un derecho de otro sino el ejercicio de un derecho de **acción** propio y en nombre propio que tiene por objeto una relación jurídica de otro. Es una excepción a la regla general sobre legitimación, puesto que el actor no pretende ser

titular de la relación jurídica objeto de la **acción**, pero sí lo es de la propia **acción** que ejerce; y por ello es más apropiado hablar con Redenti de legitimación extraordinaria en vez de sustitución procesal.

Normalmente, pues, el titular de la relación jurídico material, está legitimado por la ley para obrar, pero puede suceder que exista otro sujeto que tenga interés igual o superior a la realización sustancial, aun en contra del verdadero titular y entonces la ley le da también el derecho de **acción**. Se tendrá una **acción** única con dos o más sujetos pero la ley puede otorgar **acción** únicamente a quien no es el sujeto de la relación sustancial, y entonces se tendrá un derecho sustancial sin **acción**; y puede suceder que el sujeto de la relación tenga ligitimación para intervenir en el juicio, pero no para obrar o iniciarlo, como en el ejemplo de la **acción** dotal.

Para Devis Echandía, el mejor concepto sobre legitimación es el presentado por Rocco, en la inteligencia, de que respecto a Carnelutti, hay coincidencia en las siete conclusiones antes encontradas, pero es más completo y preciso que éste. Desde que considera que la legitimación sea suficiente para obtener sentencia favorable, es que la estima como condición para que haya sentencia de fondo. Sin embargo, afirma Devis, le hace falta una mejor explicación, para evitar el error de considerar que se requiere que la relación o derecho material exista efectivamente. Probablemente Rocco se quiso referir a la titularidad activa o pasiva de la relación o derecho material, en el supuesto de que exista. En fin, Rocco reúne los adelantos de Rosenberg, Schönke, Allorio, Fairén Guillén y Carnelutti, y Devis le considera representativo de lo que en derecho procesal contemporáneo se ha de entender por legitimación en la causa.

De esta manera, Devis Echandía se incluye entre los autores últimamente citados, afirmando que las partes pueden estar legitimadas para la causa, tengan o no el derecho o la obligación sustanciales; porque el derecho a poner en actividad la jurisdicción y a recibir sentencia no pertenece solamente al titular del derecho material. La legitimación en la causa no es condición ni presupuesto de la **acción**; es una condición del éxito de la pretensión que no basta para la sentencia favorable y que debe ser examinada antes de entrar a resolver sobre la existencia de los derechos y obligaciones materiales. Sólo quien tiene interés para obrar y legitimación en la causa puede recibir sentencia de fondo que resuelva sobre la existencia o inexistencia del derecho material y de la relación de que pretende ser titular. Si falta legitimación en la causa no puede haber sentencia favorable. Sin embargo, la sentencia puede ser desfavorable al demandante, a pesar de que su legitimación y la del demandado sean perfectas, y puede ser favorable al demandado precisamente

por no tener éste legitimación en la causa o porque falte al demandante. Por ello, la legitimación en la causa es condición para que pueda proferirse sentencia de fondo o mérito, lo que es exacto en todos los casos. [186]

i) Uno de los mejores procesalistas de América, Luis Loreto, produjo una monografía sobre el tema a estudio, [187] en la que explicó que la cualidad, en sentido amplísimo, es sinónima de legitimación.

La cualidad no es una noción específica o peculiar al derecho procesal, sino que se encuentra a cada paso en el vastísimo campo del derecho, tanto público como privado. Donde se discute acerca de la pertenencia o titularidad de un derecho o de un poder jurídico, se encuentra planteado un problema de cualidad o legitimación. El problema de la cualidad se resuelve en la demostración de la identidad entre la persona que se presenta ejerciendo concretamente un derecho o poder jurídicos o la persona contra quien se ejerce, y el sujeto que es su verdadero titular u obligado concreto.

En nota [188] apunta que el problema de la cualidad como fenómeno de identidad lógica no debe confundirse con el que plantea el fenómeno de la identidad de la parte. Aquél presupone ya resuelto el último. En caso de divergencia esencial entre la persona y el nombre y apellido con que se presenta en juicio, lo decisivo es la persona, el ente real que se presenta directamente o por medio de apoderado haciendo valer el **res in iudicium deducta,** integrando la relación procesal. En el proceso la persona se considera solamente como portadora del nombre y apellido, no bajo la condición de que éstos le correspondan efectivamente. Si existen varias personas que lleven el mismo nombre y apellido, será parte aquella que realmente ha integrado la relación procesal, por sí o por medio de apoderado. El error o fraude cometido en la citación para la litiscontestación, es causal de invalidación.

Expresamente, Loreto afirma que la cualidad se deriva de la titularidad y sujeción a un determinado interés jurídico que se afirma existente entre las partes, único elemento externo que confiere a los litigantes el derecho de **acción** y la sujeción a la **acción.** La falta de esa correspondencia lógica entre el titular de la relación y estado jurídico sustancial y el titular de la **acción,** considerada desde el punto de vista concreto, es lo que constituye la falta de cualidad; falta que, en principio, debido al antecedente lógico en que se encuentra el interés con respecto a la **acción,** no puede discutirse sino al contestarse en el fondo la demanda, ya que, precisamente, la sentencia es la que va a determinar si las partes son realmente los sujetos de la relación sustancial litigiosa. [189]

186 Cit., p. 285.
187 *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad,* en *Estudios de Derecho procesal civil,* Caracas 1956, pp. 65 a 126.
188 P. 72, nota 15.
189 Op. cit., p. 78.

j) Si no difícil, al menos sería engorroso transitar nuevamente por los caminos doctrinarios para ir advirtiendo los errores.

Lo importante no es entrar en una polémica semántica, donde cada autor pudo utilizar un nivel de lenguaje distinto y, por ende, resultaría factible que muchos tuvieran razón en lo que están predicando de lo que íntimamente han observado. Lo importante radica en advertir que ninguna tesis convence, porque, a final de cuentas, se habla de varias legitimaciones, cuyas características se llegan a confundir en cierto momento, y todas resultan condiciones cuando empezaron siendo títulos, o como dice Loreto, identidades lógicas entre el derecho y el pretender.

Asombra el esfuerzo realizado en todas las escuelas, pero más el que no se hayan considerado las consecuencias prácticas que, unas veces, hacen inútil el concepto, y otras lo convierten en algo tan complejo y de tan difícil inteligencia, que poco ayuda a las resoluciones.

La idea de la legitimación es como quiere Loreto, un concepto que se encuentra en todo el derecho. No es algo exclusivamente procesal. Sobre todo, está ligada o más bien, deriva de la noción que se tenga del objeto del proceso.[190]

Para ubicar el tema, lo mejor es plantearse la problemática, comenzando por las situaciones más simples.

Si en una relación de derecho subjetivo,[191] aquélla en la que dos conductas quedan vinculadas por pacto, convenio o acuerdo, se presenta el incumplimiento; lo primero que sucederá es la aparición de una pretensión sustantiva: exigencia de la prestación acordada o convenida. Frente a la intransigencia, en los regímenes modernos sólo quedará la posibilidad de pretender sentencia: pretensión procesal.

Pues bien, aquí se observan dos fenómenos correspondientes. Sin complicar el problema con cuestiones de aptitud,[192] resultará que el titular del convenio será el titular de la pretensión sustantiva y el titular de la pretensión procesal. Hasta este momento, a nadie interesa ni el conflicto ni el cumplimiento, fuera de estas partes. No se ha mencionado ni el interés jurídico ni la legitimación porque no ha habido necesidad para ello.

Pero ahora supóngase que un tercero[193] interviene en el conflicto. Puede suceder que: primero, lo haga pretendiendo sustantivamente, y, segundo, lo haga pretendiendo procesalmente. Por ello, y también en virtud de la diversa calidad jurídica que pueda tener, las consideraciones varían grandemente.

190 Supra Nº 156.
191 Supra Nº 3.
192 Capacidad.
193 Acreedor, sucesor a título universal o individual, mandatario, representante, tutor síndico o albacea, etc.

Ante todo, respecto a la pretensión sustantiva, se deben distinguir dos primeros supuestos: que el tercero pretenda por el titular y, segundo, que lo haga por derecho propio. En el último caso, todo lo que puede discutirse es la transmisión de la titularidad; no se controvierte ahora la aptitud del sucesor, porque este problema es igual para el primer sujeto. En tal virtud, al tercero se le puede objetar directamente, no ser titular; y si va al proceso, también se podrá argumentar que no puede pretender sentencia por no ser dicho titular.

En el otro caso, ya se trate del titular o del tercero, se comienza por discutir su aptitud.[194] Si se demuestra que el sujeto es jurídicamente inhábil, tenga o no la titularidad de la relación sustantiva, se le niega la titularidad de la pretensión material. Pero aquí comienza la indagación de lo que se ha venido denominando legitimación en la causa.

De seguir insistiendo en la titularidad del derecho sustantivo, se estará perdiendo de vista la cuestión que ha interesado a la doctrina: que el titular no sea el llamado por la ley para pretender. Si lo fuera se volvería al caso simple inicialmente ofrecido y se carecería de problema de legitimación, sólo habría cuestión sobre si se tiene título, si hay un derecho que le pertenezca; pero como ahora importa resolver si quien pretende sustantivamente está llamado por la ley para hacerlo, entonces se entra en el capítulo de la complementación de la inhabilidad.

Sin embargo, hay una cuestión anterior. Se ha visto que el tercero puede ser un mandatario. Esta es una hipótesis singular que no tiene con las restantes similitud. El mandatario exige la prestación para el titular, no porque éste se encuentre inhabilitado, sino porque no ha querido hacerlo o, más bien, porque ha querido que sea el mandatario quien exija su pretensión sustantiva. Al mandatario, en consecuencia, sólo se le puede objetar falta de mandato, bien porque a su vez sea un sujeto inhábil, no apto para actuar como tal, bien porque efectivamente no se le haya otorgado el mandato en forma. Al mandatario no se le puede discutir la titularidad, si ésta se controvierte es respecto al mandante y será éste quien venza o sea vencido.

Lindante con el extremo del mandato, aparece la figura del gestor oficioso. Aquí hay las mismas circunstancias de habilidad en el titular y habilidad en el gestor, lo que puede rebatirse es la titularidad, no el mandato, y por ello se ha de hablar de **re-presentación:** el gestor está presente por otro que puede estarlo y que circunstancialmente no lo está: se trata de dos sujetos jurídicamente hábiles, uno de los cuales es titular y el otro pretensor por el primero. Las leyes se encargan de exigir cauciones y de establecer responsabilidades por la mala gestión, y nada más, tampoco se puede hablar de legitimación.

194 Capacidad.

Pero se llega al momento en que el titular es inhábil. Quien ejerza la patria potestad, quien sea tutor o curador, el síndico y el albacea, el administrador y el ministerio público; todos tienen en común: que el titular no puede, jurídicamente, actuar. Todo cuanto hagan estos terceros, irá en beneficio o en perjuicio del titular, o si se quiere, el resultado de sus conductas afectará la esfera jurídica del titular.

Es aquí que, comenzando por la pretensión sustantiva, se ha de estudiar si el sujeto que pretende está llamado por la ley, o por la norma jurídica en general, para pretender. No lo hará para sí, porque se caería en el extremo del sucesor a cualquier título, inclusive el de la subrogación. El pretensor, carácter que no se le puede negar desde el momento en que efectivamente pretende, viene a ser extraño a la relación sustantiva; pero no está excluido totalmente, porque ya al pretender exige el cumplimiento, aunque para satisfacer derechos del verdadero titular.

Sea cualquiera el nombre que se le quiera dar, lo cierto es que este tercero tiene, ante todo, que afirmar y confirmar su calidad de legítimo pretensor. Si acaeciera que el tutor o el administrador, el síndico o el albacea, el que ejerce la patria potestad o el ministerio público, no están designados jurídicamente para pretender por el titular, se puede decir que no están legitimados.

Cuando estos sujetos vayan al proceso, lo primero que habrá de estudiarse es si pueden pretender, no para sí sino para el titular. Poco importaría que el último sí debiera recibir la prestación, lo determinante es que el pretensor no puede exigir sentencia.

Naturalmente, no se ha hablado de accionar, de manera que el proceso, según la política legislativa aplicable, se podrá constituir y desarrollar: la acción procederá; pero habrá un momento, liminar o final, en que el juzgador deberá decidir si el accionante o más propiamente el pretensor, puede exigir sentencia para el titular.

k) En este punto, las dificultades crecen y las situaciones se complican. No todas las relaciones sustantivas consisten en derechos subjetivos: pactos, convenios o acuerdos. En lo civil, lo mismo que en lo mercantil, laboral, administrativo, castrense, penal, constitucional, o internacional y canónico; aparecen relaciones sustantivas que no surgieron privadamente. Desde la filiación al parentesco, desde las autorizaciones administrativas al estatuto personal, desde las relaciones maritales hasta los delitos, las consecuencias jurídicas no han podido ser pactadas por las partes.

Pero no sólo esto, sino que en muchas de esas relaciones, no hay posibilidad de pretender sustantivamente. Se ha dicho ya[195] que la relación sustantiva se puede constituir, modificar, transmitir o extinguir, sin posibilidad de pretenderlo material o sustantivamente. Por ejemplo, un nacional no puede pretender que un notario certifique su voluntad de dejar de serlo. Un cónyuge no puede pactar con el otro su divorcio extrajudicial. Un sujeto no puede convenir con otro la adopción privadamente. Menos aún, el culpable puede acordar con la víctima la inexistencia de un delito, y aquí se habla del delito por antonomasia y no de un perjuicio llamado delito privado, donde al menos, se puede convenir la reparación y obtener perdón. Más aún, el culpable no puede convenir con el ministerio público la aplicación de una pena sin juicio, ni el ministerio puede pretender que el culpable acepte la privación de libertad sin proceso.

En estas circunstancias, cabe imaginar cuando, desde luego, un tercero que no ha pretendido procesalmente, afirma ser el verdadero titular de la pretensión sustantiva.[196] Si se discutiera su cualidad o legitimación, sustantiva o procesal, se estaría resolviendo un problema que no existe; porque lo que debe indagarse es si puede ser parte procesal y pretender autónomamente frente al actor y al demandado. Esto es simplemente cuestión de titularidad, lo que habrá que indagar es si el tercer pretendiente es **dueño** del derecho discutido.

Pero en los otros casos, ahí donde un tercero pretende por otro o por sí pero para otro, no por mandato ni por **representación;** lo primero y más importante es decidir si está **legitimado.** Esto es, si está convocado por el derecho para pretender. En algunas de estas situaciones, no podrá pretender sustantivamente, como en caso de delito, de estado civil, etc., y sólo se estudiará si puede pretender sentencia. En otros se tendrá que averiguar si puede pretender desde el ámbito sustantivo y luego en el proceso.

Lo más crítico es el caso en que el pretensor procesal lo hace por sí y para nadie: proceso penal. Se dice aquí que obra por el Estado, o por el Ejecutivo, o por la institución, etc. Lo cierto es que ni la institución puede ser titular de la pretensión punitiva, en cuanto no puede castigar fuera de proceso, ni el Estado se encuentra **representado** sólo por el ministerio; ni el Ejecutivo es titular de tal pretensión sino aplicador de la pena. Aquí, la legitimación es totalmente por ley, sin importar la víctima ni su aptitud o capacidad. El llamado por la ley para pretender procesalmente es un sujeto independiente de la relación sustantiva constituida por el delito.

195 Supra Nº 156.

196 No sólo el tercerista, ni siquiera el coadyuvante, ni el citado de saneamiento y de garantía sino el tercer pretendiente que menciona Luis Loreto. *La cita de saneamiento y de garantía*, en *Estudios*, cit., p. 286 nota 2.

l) En estas condiciones, se puede definir a la legitimación como la titularidad de la pretensión de una relación ajena.

El autor, quien ejerce la patria potestad, el gerente o administrador, es decir el órgano de un ente, el ministerio público, el defensor del vínculo en el derecho canónico, el síndico o el albacea, etc.; son sujetos a quienes en definitiva no perjudicará ni beneficiará la satisfacción de la pretensión que deducen.

Cuando se vea posteriormente la sustitución, se advertirá que frente a la sucesión, hay una transmisión de pretensiones y no de derechos. El problema se resuelve aislando la pretensión y, sobre todo, distinguiendo entre pretensión sustantiva y pretensión procesal.

Otras figuras, bien distintas, han sido incluidas en el estudio de la legitimación y la han complicado innecesariamente. Así, considerar al tercerista, al coadyuvante, al interveniente en general, como sujetos legitimados o no, es buscar complicaciones en lo simple, porque estos sujetos ostentan otra condición: el interés jurídico, el cual se analizará después.

Pero la legitimación, explicada como la calidad del sujeto convocado por el derecho, como condición de la pretensión, como el derecho a exigir que se resuelvan las peticiones de la demanda, etc., sigue siendo un concepto brumoso, difícil de distinguir, especialmente, cuando se enfrentan las situaciones sustantiva y procesal. Con la tesis de los autores que se han mencionado, no se llega sino a observar que para estar en el proceso, basta afirmar ser titular; pero como lo que se controvierte es precisamente si ese sujeto puede estar o no en el debate, ya hay legislaciones que ordenan el estudio liminar de lo que llaman personalidad, y de llegar el juez a la conclusión de que el accionante no puede pretender esa sentencia particular, ni siquiera dará entrada a la demanda, y si lo hace, podrá dictar un auto definitivo que ponga fin al proceso ante la excepción del demandado.

Por lo demás, la mejor de las terminologías citadas por Devis Echandía, no deja de ofrecer distingos injustificados, por ejemplo el relativo a la legitimación extraordinaria de Redenti, en vez del término sustitución. [197]

Sin embargo, la doctrina ha llegado ya a un punto aceptable, cuando con Carnelutti niega la separación entre **legitimatio ad causam** y **legitimatio ad processum.** No es, desde luego, que las razones que exponga este autor sean convincentes, porque su intención es eliminar el vocablo interés procesal. Pero sí hay certeza en la afirmación, con la cual Loreto coincide, en el sentido de que se ha de hablar de legitimación sin más calificativos.

197 Op. cit., p. 279.

Para que ello sea posible, tendrá que admitirse, ante todo, que el fenómeno es el mismo en todos los casos; y después, que los sujetos legitimados pueden ir variando por circunstancias distintas en cada hipótesis: cambio de tutor, de síndico, de albacea, de agente del ministerio público, etc.

Así pues, tendrá que convenirse en que la unidad de significación impone una definición **a priori** que es: titularidad de la pretensión sin titularidad del derecho. Podrá ser por inhabilidad o sencillamente porque en el ámbito sustantivo no hay posibilidad de pretender y aun, porque cualquiera [198] lo pueda hacer en el proceso.

162 Sucesión y sustitución.

A esta altura del estudio, no deben quedar dudas sobre la significación de la palabra partes. Según la pretensión que ostente el sujeto, se podrá distinguir si se trata de la parte sustantiva o de la parte procesal, y dentro de cada sector se podrá separar al titular del derecho y al titular de la pretensión.

Hay en la doctrina casi unanimidad para considerar que en el proceso sólo existen dos partes. Esto es irrebatible, pero acontece que mirando a las personas, pueden aparecer más de dos, y mirando a las pretensiones, también es frecuente que sean múltiples. A menos de retener las explicaciones que preceden, fácilmente se caerá en error o en confusión tratando de respetar la bilateralidad procesal.

El fenómeno de la pluralidad comienza ya en las pretensiones, pero se ha podido advertir que una es la cuestión de su diversa pertenencia al campo sustantivo y al procesal, y otro es el problema de la deducción en juicio de varias pretensiones. Actor y acusador pueden pretender varios puntos resolutivos, sin que por ello se altere la unidad procesal del elemento acción. En consecuencia, también tratándose de las partes, la referencia deberá hacerse a la acción, y entonces se comprenderá que no obstante la posible pluralidad subjetiva, también se mantiene la unidad elemental.

Con todo, la casuística ofrece ejemplos complicados, y unas veces se tiene que separar lo procesal de lo no procesal, precisamente por la multiplicidad de instancias, y otras se tiene que explicar por qué la pluralidad de acciones no significa ruptura del principio de bilateralidad de la instancia proyectiva.

Conviene comenzar por una de las manifestaciones que, estructuralmente, dan lugar a la multiplicidad de partes. La perspectiva estructural permite contemplar lo que sucede en el proceso, desde un ángulo diverso a la instancia proyectiva. Cuando se observa la estructura se mira

198 Acción pública.

una totalidad ya realizada, es decir, se tiene enfrente al proceso terminado. En cambio, cuando se atiene a la relación dinámica, se toma un momento de la serie.

Si en lo momentáneo u ocasional nunca se puede dar la pluralidad de partes, en lo estructural es fácil encontrar esa multiplicidad. Ello se debe, en primer lugar, a la circunstancia de que sólo una parte puede ejercer una acción, dicho de otra manera, un accionar determinado proviene sólo de una parte y nunca de dos o más. En cualquier momento de la serie, la instancia procesal se proyecta desde una conducta a la del juez y a la contraria; no hay, pues, posibilidad alguna de que esa precisa instancia haya surgido de varias conductas o sujetos.

Pero ya mirando a la estructura, a la serie terminada, es factible que una instancia haya pertenecido a cierto sujeto y otra a uno diferente. De ahí que ahora se ubique el análisis en la perspectiva estructural, y se advierta que, desde luego, esa pluralidad subjetiva puede depender de un cambio de personas. Como ya se sabe que la pretensión procesal puede ser deducida por quien no sea, ni el titular del derecho ni el titular de la pretensión sustantiva, fácil es entender que cada uno de estos sujetos puede cambiar, sin que ello produzca una verdadera pluralidad de partes y menos de acciones.

a) Aunque no se trata propiamente de un fenómeno procesal, cuando se mira una sucesión se está considerando un acontecimiento subjetivo que puede trascender al resultado del debate. Es por ello que Eduardo Pallares,[199] incluye este problema en el capítulo destinado a las alteraciones que pueden tener lugar en el proceso. Y al hablar sobre los cambios subjetivos, comienza por atender la variación del juzgador y luego se refiere a las partes en sus dos sentidos.

Los cambios relativos a las partes en sentido material, dice,[200] son los siguientes: Muerte de una parte. Que una caiga en estado de interdicción. Que sea declarada en quiebra o en concurso civil. Que habiendo estado durante el juicio en estado de interdicción, de quiebra o de concurso civil, recupere su plena capacidad por la cesación de dichas situaciones. Que deje de ser titular del derecho litigioso.

Respecto a las partes en sentido formal, cabe imaginar los siguientes cambios: La muerte. Que caigan en estado de interdicción, de concurso o de quiebra. Que cese la representación, como cuando el albacea es separado del cargo, el apoderado judicial renuncia al poder o se le revoca, etc.

Las consecuencias, afirma, en ambos casos de cambio de parte material o formal son semejantes, de manera que acontecerá: Cuando mue-

199 *Derecho procesal civil*, México 1961, pp. 119 y ss.
200 P. 122.

re alguna de las partes, el juicio se suspende hasta que interviene en el juicio el albacea que represente a su sucesión. Si es declarada en estado de interdicción, de quiebra o de concurso, igualmente debe suspenderse el procedimiento mientras no actúan en él los síndicos o el tutor. Si la parte deja de ser titular del derecho litigioso, debe dar a conocer el pleito al comprador para que se apersone en el juicio y defienda sus derechos, de manera semejante a como se hace cuando se promueve juicio que puede terminar con la evicción del predio; sin embargo, Pallares advierte que los jurisconsultos modernos opinan que cuando la venta tiene lugar durante el juicio, éste no se altera y debe seguir entre las mismas partes, pero cabe citar al comprador para que se apersone en la contienda, considerando que el vendedor continúa actuando en el proceso como sustituto procesal del comprador;[201] de todas maneras, agrega, para que no se viole en perjuicio del nuevo titular la garantía del artículo 14 constitucional, es indispensable que éste intervenga en el juicio y se le dé oportunidad para hacerlo. Si al iniciarse el juicio se encontraba la parte en estado de interdicción, de quiebra o de concurso civil, y posteriormente recupera su plena capacidad procesal, dejarán de intervenir en el proceso las personas que lo representaban y él podrá continuarlo personalmente.

Aunque le enumeración de hipótesis es ilustrativa, en Pallares se contempla una falta de precisión que no permite distinguir dos situaciones: la concerniente a la sucesión y la que mira a la sustitución. Se habla de parte material y de parte formal; pero se concluye tratando análogamente las situaciones, producto de una falta de distinción entre el derecho sustantivo, las pretensiones sustantivas, la acción y las pretensiones procesales.

b) Para Hugo Alsina,[202] la relación procesal puede sufrir durante la tramitación un cambio en los sujetos sea respecto al juez o a las partes. El cambio de las partes es el más importante, porque supone la transmisión de las facultades y deberes procesales que significa la posición.

Esta alteración puede presentarse antes de iniciado el proceso, y en tal caso va implícita la facultad de constituirse en parte formal, porque uno de los modos de transmisión de la **acción** es la del derecho. Pero cuando la transmisión se produce pendiente el proceso, el sustituto no siempre puede asumir el carácter de parte, porque para ello se requieren determinadas condiciones que se dispone a analizar.

Comienza por distinguir entre sucesión y sustitución de partes, que en la doctrina no están fijadas con claridad. Para algunos hay sucesión en todos los casos en que exista una transmisión del derecho sustancial,

201 Op. cit., p. 120.
202 *Tratado*, T. I., pp. 496 y ss.

de manera que sería sucesor el adquirente de la cosa litigiosa a título singular. Para otros se incluyen en el concepto de sustitución a la intervención adhesiva, la sustitución procesal y otras figuras.

Alsina cree que la distinción no es difícil si se arranca de un concepto fundamental: en la sucesión hay continuación de la personalidad del causante; en la sustitución sólo hay un cambio de la personalidad del titular del derecho. La sucesión se produce en caso de fallecimiento de la parte, y la sustitución en caso de enajenación de la cosa litigiosa.

Pese a que el autor reconoce la confusión doctrinaria y afirma que los conceptos son fácilmente aclarables, no parece lograrlo, y es posible apoyarse en sus ideas para concluir con Pallares que los efectos en ambos casos son análogos.

c) Sergio Rodríguez Garcés,[203] inicia el recorrido del tema, considerando que para ser parte en un juicio debe tenerse aptitud jurídica para actuar como tal. La persona que comparece en juicio puede hacerlo ejerciendo un derecho propio en su propio nombre, o ejerciendo un derecho ajeno a nombre ajeno como el mandatario; y puede comparecer defendiendo un derecho ajeno a nombre propio.

En seguida, acude a Chiovenda,[204] para afirmar que es sustituto procesal la persona que comparece en juicio a nombre propio por un derecho ajeno. Decir que el sustituto procesal es parte no es afirmar que pueda realizar todos los actos de parte. En consecuencia, para Rodríguez Garcés, el sustituto es parte en el juicio como ocurre con los acreedores en cuanto pueden ejercer algunas **acciones** del deudor.

Pero generalmente se estima que la persona para quien se obra, a pesar de ser tercero en relación al juicio, no puede intervenir en él con tal carácter. El caso se presentaría cuando se ejercen por los acreedores del deudor, **acciones** que éste quiere ejercer en perjuicio de un acreedor. El derecho corresponde al deudor, pero si los acreedores ganan el pleito, se pagan con esos valores, de modo que actúan en beneficio propio. Igual situación se presenta en el caso de la evicción cuando el demandado cita al vendedor y éste se allana y quiere devolver el precio; el comprador puede seguir el juicio defendiendo el derecho que corresponde al vendedor, pero si gana la cosa discutida pasa a su dominio.

Rodríguez Garcés piensa que el deudor sustituido podría en el caso de la **acción** oblicua, intervenir como tercero coadyuvante o excluyente en el pleito seguido por su acreedor contra el tercero; pero recuerda que Podetti no concuerda con su opinión, y para este autor, la sustitución, considerada facultad, está constituida principalmente por el ejer-

203 *Tratado de las tercerías. Intervención de terceros en juicio*, Concepción, Chile 1967, T. I., pp. 23 y ss.

204 *Principios*, T. II., p. 283.

cicio de la **acción** oblicua o subrogatoria. El interés que mueve al tercero es propio, originario e indirecto, por cuanto la satisfacción de ese interés depende o está subordinada a la defensa procesal de un interés ajeno. Por ello, el interés del tercero no es excluyente dentro del proceso y admite la defensa conjunta con el titular del interés subordinante. Hay, pues, interés subordinante y un interés subordinado, que están presentes en todo el pleito, influyendo en las facultades procesales de los sujetos. Esta sustitución procesal puede efectuarse desde la iniciación del proceso o con posterioridad. Puede terminar como tal sustitución, permaneciendo el sujeto como coadyuvante, antes de la terminación del proceso. Puede ser provocada o espontánea, puede implicar el ejercicio de una facultad o el cumplimiento de un deber. El ejercicio de la **acción** oblicua implica una sustitución espontánea, puesto que el acreedor no está obligado a ejercer la **acción** de su deudor. La concurrencia al proceso del citado de evicción o en garantía o del fiador, implica una sustitución provocada, pues su incomparecencia puede traerles aparejado un perjuicio económico. El caso típico de sustitución procesal espontánea es el que surge de la **acción** oblicua, subrogatoria o indirecta. [205]

En estrecha relación con la sustitución, dice Rodríguez Garcés, está la sucesión que en Chile no suele diferenciarse. También vuelve a Podetti, [206] para indicar que las tercerías han sido sistematizadas sobre la base del interés en obrar o accionar, que legitima para demandar y contradecir. En general, el tercerista defiende con su intervención un interés propio o personal originario. En la sucesión procesal ese interés no es originario por no haber nacido en la esfera jurídica de quien lo ostenta. Se trata de las tercerías producidas por sucesión procesal.

La sucesión se origina por cambio de un sujeto. Por ello suele confundírsela con la sustitución. En la sustitución juegan dos intereses: uno subordinante y otro subordinado; el primero, el interés del sustituido, y el segundo el interés del sustituto. El segundo es presupuesto de la sustitución y el primero lo es de la **acción** ejercida, de tal manera que el sustituto persigue en el proceso la satisfacción de un interés ajeno como condición para satisfacer su interés propio. En la sucesión no existe más que un solo interés, que se transmite de un sujeto a otro, por lo cual lo característico es el ser directo pero no originario.

La sucesión procesal tiene origen en la sucesión sustancial, en la transmisión del derecho, que legitima sustancialmente a los litigantes. Solamente cuando la transmisión del derecho se produce habiendo ya éste originado un proceso, da origen a la sucesión procesal. La sucesión de derechos materiales puede ser a título universal o a título individual o

205 Ramiro Podetti, *Tratado de la tercería*, Bs. As. 1949, pp. 343 y ss.
206 Op. cit., pp. 441 y ss.

singular; y en el proceso ambas formas pueden originar la sucesión procesal.

A diferencia del sustituto procesal, el sucesor que es titular del derecho sustancial en litigio, puede formular reconocimientos, allanamientos y desistimientos. Pero el sucesor ingresa al proceso en el estado en que se encuentra, de manera que para él valen los actos realizados y las preclusiones cumplidas por su antecesor.

Aunque el cambio o aumento de los sujetos procesales, dice Rodríguez Garcés, sea por sucesión o por sustitución no incide sobre la competencia, por excepción cabe en los procedimientos universales; pues como explica Podetti, [207] este fuero desplaza la competencia cuando la sucesión se produce en el sujeto demandado y en **acciones** personales.

El supuesto de la sucesión procesal es el acto en virtud del cual se ha producido la transmisión del derecho sustancial, lo cual debe acreditarse previamente al ingreso al debate, y, naturalmente, la contraria puede oponerse por deficiencias en la dicha transmisión.

Podetti y Rodríguez Garcés concuerdan con Pallares, al exigir la admisión del sucesor a título singular, aun cuando no se encuentre reglamentado el procedimiento a tal fin, puesto que no se le puede coartar el derecho de defensa. Podrá exigirse la continuación del cedente, pero sólo como coadyuvante del cesionario. Por ello, la sentencia dictada en el proceso donde se ha producido la sucesión a título singular, debe comprender al cedente y al cesionario. En cuanto a la sucesión a título universal, la modificación originada por la muerte de una parte da lugar a traspaso del derecho sobre el que versa el litigio, aunque no se produce un desplazamiento o cambio objetivo de la relación sustancial. El objeto del proceso permanece inalterado y los hechos que dieron nacimiento a la **acción** también. [208]

d) Enrico Redenti [209] incluye el tema en el parágrafo destinado a considerar la vida y vicisitudes de las **acciones**. Corresponde a su naturaleza el que ellas sean susceptibles de sucesión, si la ley no dispone otra cosa.

La idea de la sucesión parece fácil de entender hasta que se la refiere a un derecho efectivamente existente. Las **acciones** viven en estado de pretensión que puede resultar infundada, es por ello que puede preguntarse cómo es factible la sucesión en ellas, sobre todo si la relación **acción** derecho no existe. Pero la ley tiene que instituir un régimen que consienta la transmisión, porque de lo contrario se sacrificarían y extinguirían las **acciones** en el momento del traspaso.

207 Cit., p. 447.
208 Podetti, op. cit., pp. 450 y 451; Rodríguez Garcés, op. cit., T. I., p. 32.
209 Op. cit., T. I., pp. 76 y ss.

El caso más sencillo es el de transmisión a título universal, por ser fácil de comprender que entre la sucesión en determinadas posiciones o situaciones del difunto, aun en aquéllas que no estuvieren necesariamente vinculadas a un derecho efectivamente existente.

El juez deberá decidir dos cuestiones: primero si existía la **acción** en el momento de la sucesión, lo que implicará, segundo, que ha habido sucesión. Y lo que se dice de la sucesión desde el punto de vista activo, se puede transportar al punto de vista pasivo. Pero quien se presenta como heredero deberá adoptar por esto mismo, la posición que respecto de la **acción** o excepción tenía el difunto. Si estaba ya deducida en juicio tendrá que entrar en el proceso y le serán oponibles tanto los actos de disposición como los procesales realizados por el difunto y contra él, ya conciernan a la existencia o a las modalidades de la **acción.**

Redenti se plantea el supuesto de sucesión, no de derechos, sino de meros intereses, y sostiene que aquí no hay, ni leyes de sucesión, ni un régimen de transferibilidad de carácter general. Habrá que ver en cada caso, si al desaparecer el sujeto originario, todo termina con él, o si surgen por reproducción o repercusión, intereses tutelables de otros sujetos, o si el traspaso por sucesión de determinados derechos, lleva consigo también el de interés que a ellos se vinculen.

Pues bien, las que Redenti sigue llamando **acciones** y que no conviene cambiar de nombre porque hasta no conocer la proposición completa, no se puede decidir si habla del derecho, de la pretensión o de la verdadera y única acción; estas **acciones** susceptibles de sucesión, son por lo común transferibles también a título particular, bien por causa de muerte como legados, o por actos entre vivos; pero siempre en conexión con el derecho en que radican, aunque puede haber casos de separación, como cuando alguien enajena una cosa pero se reserva el ejercicio de la **acción** por el resarcimiento de daños anteriormente irrogados. En realidad, afirma el autor, hay una separación del derecho primario de propiedad y de un derecho subjetivo secundario derivado, como es el crédito, y no ya solamente una mera **acción** como tal.[210] También advierte la aparente separación cuando se cede la **acción;** si el cesionario la ejerce, y vence, la propiedad de la cosa en la reivindicación, por ejemplo, debe serle atribuida como cesionario también del derecho.

Si en el momento de la transferencia la **acción** se encuentra aún en estado de pretensión, son análogas las consecuencias para el caso de la sucesión a título universal; pues si la pretensión resulta infundada, la transferencia habrá determinado sólo una sucesión a título particular en la legitimación y en la posición del causante.

210 P. 79.

Más adelante,[211] Redenti se refiere a la sucesión y sustitución de otros sujetos en la posición de parte y en el estar en juicio.

Por lo común, quien viene a ser parte del proceso en su inicio, sigue siéndolo hasta el fin. Pero en ciertos casos puede haber, aun en el hecho mismo de ser parte y en el de comparecer en juicio, mutaciones de las que sólo se puede hacer un rápido informe.

Por lo pronto, puede sobrevenir la muerte de una parte en sentido sustancial, que sea ya al mismo tiempo parte formal. En este caso, la sucesión implica que los herederos tomen la posición procesal de la parte, tal como estaba en el momento y cualquiera que fuese el objeto o materia del litigio. Incluso puede haber sucesión aunque el proceso hubiese sido institutido inútilmente. Si los herederos no acuden espontáneamente, el proceso se detiene momentáneamente, y las otras partes podrán tomar la iniciativa llamándolos a juicio. De todas maneras, los herederos sufrirán las consecuencias en cuanto al fondo y a los gastos, así como para todo otro efecto. Si nadie toma la iniciativa de la prosecución, el proceso se extinguirá. Pero debe advertirse que la **acción** y el derecho, pueden pasar a veces directamente del difunto a un legatario en vez de hacerlo a los herederos, y entonces éstos serán parte sucesora pero los efectos serán para el legatario sustancialmente.

En el último ejemplo, Redenti mira ya un caso de sustitución procesal, pues el legatario puede intervenir o ser llamado a participar y entonces los herederos serán excluidos, de manera que la sucesión de parte en el proceso se desplaza de los herederos al legatario, cesa la sustitución y el último viene a estar también de hecho en el juicio en lugar del difunto.

La misma vinculación manifiesta sus efectos en el caso de que el derecho controvertido, y con él la **acción,** sean enajenados o transferidos a otros por acto entre vivos en pendencia del proceso. En este caso, agrega Redenti, el proceso prosigue en relación a la parte originaria, pero con efectos para el adquirente. Hay una sustitución procesal, pero queda siempre a salvo la posibilidad de que el adquirente intervenga o sea llamado a participar en el proceso, y entonces el enajenante puede ser excluido y cesa la sustitución. En cambio, hay sucesión del adquirente al enajenante en la posición de parte procesal y en el estar en juicio.

Otro orden de fenómenos durante la pendencia del proceso, con efectos sobre su curso ulterior, es que cambie el estado o la capacidad, o la legítima representación de una de las partes en el proceso; ya sea que el menor se convierta en mayor de edad, que el mayor de edad sea declarado en interdicción, o que el declarado en interdicción recupere su habilidad, que muera el progenitor que ejercía la patria potestad, que

211 Id, pp. 171 y ss.

cambie el tutor, etc. En estas hipótesis no cambia ni desaparece la parte del proceso, pero las consecuencias son sobre el estar de hecho en el juicio, pues quien antes no podía estar sino por medio de legítimo representante, después no puede estar sino personalmente, y viceversa. La ley adopta en estos supuestos reglas de procedimiento análogas a las dadas para la sucesión; y las mismas serán aplicables cuando se instituya en el proceso en curso una gestión autónoma o ésta cese.

En cambio, sigue siendo dudoso, confiesa el autor,[212] el caso de cesación en curso del proceso, de un mandato con representación. Para Redenti, la revocación o la renuncia del mandato no interrumpen el curso del juicio, y dan lugar sólo a que entre el mandante o un nuevo mandatario, siempre que se haga sin solución de continuidad; lo cual es discutible para cuando el mandato cesa por muerte, pérdida de la capacidad, etc., del mandatario.

e) Chiovenda ya fue mencionado por Rodríguez Garcés y se explicó que en concepto del primero la sustitución procesal, terminología introducida por él, es el fenómeno por el que un sujeto puede comparecer en juicio en nombre propio por derecho ajeno, circunstancia que había venido siendo explicada como un caso de representación cuando en ésta se obra en nombre ajeno y por ello el representante es la parte en el proceso; mientras que el sustituto procesal obra en nombre propio y es parte en el pleito, respondiendo de los gastos y siendo incapaz como testigo. De manera que la sentencia tiene efectos sobre el sucesor a título singular. Por lo demás, puede haber actividades de parte a las cuales la ley atribuye importancia sólo en cuanto emanan del que es titular de la relación sustancial, como el juramento, la confesión, la renuncia de la **acción** o su reconocimiento, o del que es representante u órgano del titular.[213]

Pero más interesantes que las apreciaciones del texto, son las referencias doctrinales que hace el autor. Kohler introdujo la palabra **Prozesstandschaft**[214] y Hellwig habló de **Prozessführungsrecht des Nichtberechtigten.**[215] Chiovenda prefirió hablar de sustitución procesal, concepto que luego aceptó la doctrina italiana: Cammeo, Castellari, Tea, Cuzzeri, Barsotti, Diana y Galgano. En cambio, Redenti, por lo menos inicialmente, mostraba dudas, no creyendo que pudiera formarse una categoría general de estos casos. Chiovenda respondió indicando que aunque existiese uno solo, en el cual alguno obrara por otro sin ser su representante, sería siempre propio revelar este hecho y darle un nombre.[216]

212 P. 173.
213 *Principios*, T. II., pp. 31 y ss.
214 Estancia firme en el proceso.
215 Derecho de conducir el proceso en quien no es titular del derecho.
216 Op. cit., nota I, p. 31.

Además, Chiovenda anotó que si la ley autorizaba al sustituto para comparecer en juicio por derecho ajeno, ello tenía lugar en vista de la relación en que se encontraba con el sujeto de éste. Tal relación con el titular, constituye el **interés** como condición de la sustitución procesal, que se presenta distinto del **interés** como condición de la **acción** hecha valer. La relación que media entre sustituto y titular explica por qué el primero puede tener derecho para repetir del titular los gastos del pleito ganado o perdido, aunque como parte responda de ellos personalmente en la relación con el adversario. [217]

Por lo que respecta a los patrimonios autónomos, Chiovenda recordó que Kohler consideraba como un caso de sustitución procesal, la capacidad para ser parte en juicio de las uniones que no tienen personalidad jurídica, porque la tenían meramente procesal, con el fin de defender un derecho ajeno, el de los particulares miembros de la unión. Hellwig, por el contrario, consideró el caso entre los patrimonios autónomos, o sea como figura de derecho sustancial, estimando al curador de la quiebra como un administrador de patrimonio autónomo; mientras que Stegemann lo trató como sustituto procesal del quebrado. Chiovenda terminó por afirmar que las consecuencias prácticas eran ordinariamente idénticas, y que Hellwig, además, llevaba expresamente los patrimonios autónomos al lado de los casos de sustitución procesal. [218]

Ahora bien, Chiovenda se encargó de ofrecer diferentes casos de sustitución procesal, que conviene recordar. Desde luego, se refirió al supuesto en que durante el pleito tenga lugar una sucesión a título singular acerca del derecho litigioso. El pleito puede continuar entre las partes originarias, aunque una de ellas no sea ya el sujeto de la relación sustancial.

Segundo, el derecho del marido para comparecer por sí en juicio en las **acciones** relativas a la dote y a la comunidad de bienes.

Otro más: el derecho de los terceros de llevar a juicio al capitán en lugar del propietario del buque, por lo que se refiere a los hechos suyos y de la tripulación, o las obligaciones contraídas durante la expedición. Si la **acción** se propone contra el propietario, el capitán no es parte en el pleito, y puede, por lo mismo, ser llamado como testigo.

En caso de garantía por **acciones** reales, el gerente puede comparecer en juicio, y en este caso comparece también por lo que se refiere a la obligación del garantizado, de restituir la cosa que posee.

Los acreedores para la consecución de cuanto les es debido, pueden ejercer las **acciones** del deudor, excepto aquellas que son exclusivamente inherentes a su persona. Estos acreedores comparecen en juicio en nom-

217 Id, p. 32, nota 2.
218 Idem, p. 33, nota 2.

bre propio por un derecho ajeno; parte en el pleito no es el deudor, si bien es llamado.

Todo contribuyente puede, a su riesgo, con la autorización de la junta provincial administrativa italiana, hacer valer **acciones** que correspondan al municipio o a una fracción. Del mismo modo, cualquier ciudadano que pertenezca a la provincia, municipio o fracción a donde se extienda la beneficencia, puede ejercer **acciones** correspondientes a la institución de beneficencia. Se tiene aquí al sujeto de una relación procesal que comparece en juicio por el derecho de otro. Ni hay representación ni el municipio es parte en el pleito. El magistrado debe ordenar al municipio intervenir en el juicio. La obra pía no está representada por el actor popular, tanto que éste debe desarrollar la **acción** en contradictorio del prefecto y de la legítima representación del ente.

f) También en la doctrina procesal penal se habla de la sustitución procesal. Giovanni Leone,[219] incluye el tema en el rubro de la representación y la subrogación, categorías que reconoce han sido delineadas por el derecho procesal civil.

Según su explicación, la representación consiste en la escisión entre el sujeto legitimado para el cumplimiento de un acto procesal y el titular de la relación jurídica deducida en el proceso y en cuya esfera jurídica están llamados a incidir los efectos típicos del acto mismo. Se caracteriza, pues, por la actuación del representante en nombre y en interés del representado.

La subrogación procesal consiste en la escisión entre el sujeto legitimado para el cumplimiento de un acto jurídico y el titular de la relación jurídica deducida en proceso, y a diferencia de la representación se caracteriza porque el subrogante actúa, no ya en interés del subrogado, ni tampoco del subrogante, sino para la tutela de un interés superior o distinto. Como ejemplos está el caso del curador en la quiebra, o el poder del custodio de bienes embargados de estar en juicio, respecto de relaciones concernientes a la conservación de los bienes en custodia; y el poder del comandante de la nave de estar en juicio respecto de algunas relaciones jurídicas del armador.

La sustitución procesal consiste en el poder reconocido a un sujeto, de hacer valer procesalmente un derecho ajeno en nombre propio.

Al llevar al proceso penal estas categorías, Leone fija los siguientes esquemas: Hay representación en todos los casos en que un sujeto legitimado para llevar a cabo un acto procesal en nombre y en interés de otro, quede extraño al cumplimiento del acto. Esto no se da en cuanto al ministerio público por ser un órgano; pero sí en cuanto a la denuncia,

219 *Tratado de derecho procesal penal*, T. I., pp. 248 y ss.

a la querella, en la constitución de parte civil, en la intervención del responsable civil y del civilmente obligado a la enmienda.

La subrogación se presenta siempre que esté legitimado un sujeto distinto del interesado, para tutelar un interés superior o diverso, como era el derecho del defensor a proponer impugnación y sostenerla aun en contraste con la voluntad del imputado.

Y en cuanto a la sustitución, el ejemplo lo da el derecho del pariente próximo del condenado, a pedir la revisión. Este pariente hace valer un derecho ajeno, pero persiguiendo un interés propio, a saber, el interés en la restitución de la buena fama del condenado, que repercute sobre la familia y por tanto, también sobre él. [220]

g) Por último, habrá de citarse la exposición de Devis Echandia, [221] quien siguiendo el procedimiento empleado en otros problemas, también aquí comienza por recordar las tesis de Ugo Rocco, Carnelutti, [222] Chiovenda y Redenti, advirtiendo que la idea de la sustitución fue tomada del derecho privado, donde se le menciona cuando una persona es autorizada por la ley para ejercer derechos materiales de otro; por ejemplo, cuando el acreedor acepta una herencia que corresponde a su deudor, o exige la restitución de un inmueble como consecuencia de la simulación o nulidad del contrato por el que se había transmitido a tercero, etc.

Lo interesante en el estudio de Devis Echandía es, primero, el haber advertido que la sustitución y la subrogación fueron originariamente asimiladas. Segundo, el haber considerado que el sustituto procesal es titular parcial del interés en litigio, por lo que tiene legitimación en la causa, aun cuando no lo sea del derecho o relación material, porque es el interés propio de aquél, en la defensa de su propio derecho material, lo que legitima sus pretensiones. Por eso ejerce su **acción** y no la que podría corresponderle al deudor; pero no ejerce el derecho material de este último. Tercero, el considerar con Rocco y Redenti, que no existe la sustitución o subrogación procesal y que es mejor hablar de legitimación extraordinaria como lo propone el último.

Devis Echandía se apoya expresamente en Rocco, para sostener que no hay ejercicio en nombre propio de la **acción** de otro, sino el ejercicio de un derecho de **acción** propio, y por tanto en nombre propio, que tiene por objeto una relación jurídica de otro, ya que en el derecho moderno, la **acción** y el derecho material son diferentes y pueden no coincidir. Como Devis Echandía separa la titularidad del derecho y la legitimación en la causa, basando la segunda en la titularidad total o parcial del interés en litigio, que puede ser distinto del que represente para el

220 P. 256.

221 Op. cit., pp. 312 y ss.

222 *Sistema*, T. II, Nº 137, T. III, pp. 171 e *Institucioens*, Nº 311.

titular del derecho material el ejercicio de este derecho; esto basta para configurar la legitimación en la causa, aun cuando la sentencia no deba tomar decisión alguna sobre el derecho material personal y sólo resuelva sobre el derecho del deudor: hay interdependencia de intereses en ese litigio. Naturalmente, con este criterio, rechaza la afirmación de Carnelutti al sostener que en estos casos actúa en juicio quien no es titular del interés en litigio; en cambio coincide con el mismo Carnelutti al estimar que el sustituto procesal tiene una legitimación principal, puesto que es sujeto de la **acción** aun cuando no ejerza el derecho material de otro, y actúa en interés propio, ya que es un interés suyo el que le impulsa a provocar la tutela del interés del sustituido; como ejemplos, el propio Carnelutti habla de las impugnaciones del matrimonio, de reconocimiento de hijos naturales y de la **acción** pauliana.

Devis Echandía relaciona el ejercicio de una **acción** propia por el demandante sustituto con su concepto sobre la no cesabilidad del derecho de **acción** y su necesario carácter personal.

h) Si Chiovenda tuvo o no el acierto de hablar de sustitución procesal, si la noción proviene o no del campo del derecho privado, y si ha de hablarse de legitimación extraordinaria o no; todo ello, y circunstancias tales como el hecho de que casos de sucesión sustantiva lleven a la sustitución procesal, han hecho difícil su inteligencia. Pero como expusiera Chiovenda, lo importante es que el fenómeno existe y hay que explicarlo.

Desde luego, tendrán que rechazarse esas descripciones que empleando la palabra acción, la mencionan con tan oscuros sentidos, que no se sabe a ciencia cierta si se está aludiendo al derecho, a la pretensión material, a la procesal o la instancia proyectiva.

Que hay sucesión de derechos no parece dudoso, y ni siquiera discutido por la doctrina. Donde comienzan las dificultades es al advertir que unos sujetos están en la relación conflictiva y otros en el proceso. A veces las consecuencias del pronunciamiento afectan al titular del conflicto, otras al titular de la pretensión procesal, y en otras más a ambos.

Ahora bien, hay un punto interesante que debe tomarse en cuenta: En ocasiones, los títulos de la relación material originaria pasan, por disposición legal o por voluntad de los sujetos, de una persona a otra, y las prestaciones se cumplen haciendo real el derecho, es decir, satisfaciendo las finalidades de la relación sustantiva. Cuando esto suceda, verdaderamente no tendrá sentido hablar indistintamente con cualquiera de estos nombres: sucesión o sustitución. Aquí se impone la elección, para que la sinonimia no vaya a confundir la atención posteriormente. Como está ya generalizado el uso del vocablo sucesión: a título universal o a título individual; lo mejor será emplear esta palabra para las rela-

ciones sustantivas. En definitiva, la discriminación terminológica hará más fácil la comprensión de los problemas: por lo tanto, en lo que sigue, la voz sustitución, tendrá su lugar adecuado en las relaciones procesales.

Si acontece que la sucesión autoriza para recibir las prestaciones que originalmente estaban previstas para otro sujeto, apenas resulta lógico sostener que la entrada al proceso del sucesor, estará condicionada por la dicha previsión. Ahí donde la ley no confiera al causahabiente una facultad procesal, será inútil discutir si cabe que intervenga coadyuvando o convirtiéndose en principal. Naturalmente, esto no impide que doctrinalmente se sostenga, como lo hace Pallares, que forzosamente ha de permitirse su entrada al proceso; sin embargo, hay que justificar teórica o positivamente la postura, criticando las soluciones de la ley vigente en caso de discordancia.

Pero el fenómeno de la sucesión es bien preciso: se trata de la transmisión del derecho o de la obligación. Aquí no sucede, como en los supuestos de la copropiedad, la comunidad, la medianería, el condominio, la mancomunidad o la solidaridad, que un mismo título corresponda a dos o más sujetos. En la sucesión, el nuevo titular tiene lo que el anterior dejó de tener; de manera que si en cierta hipótesis un copropietario cobra una renta y en otra lo hacen los demás, no podrá hablarse de sucesión. Conviene repetir que todo ello se supone acontecido en la pacífica relación sustantiva, y que todavía no hay conflicto; éste vendrá a presentarse a partir del momento de la pretensión sustantiva.

En efecto, lo primero que da lugar a una disputa no es siquiera el incumplimiento, sino cabalmente la pretensión, la exigencia de que el cumplimiento se realice. Es entonces que la resistencia del obligado crea una situación jurídica nueva: el conflicto. Por ahora no se atenderá a la hipótesis tantas veces mencionada, de imposibilidad jurídica de pretensión sustantiva, como sería la nulidad de matrimonio o el delito.

Podrá resultar que en virtud de la ley, o por convenio entre los interesados, la pretensión sustantiva pase a un tercer sujeto. Ya no se contempla la transmisión del derecho que, implícitamente hace posible que la pretensión sea ejercida por el sucesor. Se miran casos como la venta de derechos litigiosos o la subrogación legal; pero sobre todo, los extremos de la legitimación, entendida como antes se explicó.[223] En este plano, se contemplan situaciones tan peculiares, como el derecho de tanto, en virtud del cual, el pretendiente nunca ha sido titular del derecho sustantivo y sin embargo exige serlo frente a las partes contratantes.

Por tanto, no todas las figuras se explican con la sustitución, ni con la subrogación, ni con la sucesión. Ello se debe a que hay autonomía entre el derecho de la relación sustantiva y la pretensión sustantiva. Más aún la habrá entre ellas y la pretensión procesal y la acción.

223 Supra Nº 161.

Que en la relación material de otros dos puede intervenir un tercero exigiendo la prestación, es algo que sólo se explica dando a cada elemento su base propia. Lo que Devis Echandía entiende como interés legítimo de cada persona en la misma pretensión, hace pensar en la noción de interés de Carnelutti, a quien, además, cita expresamente. Pero ese interés es un dato fáctico, es, como explica Carnelutti, la posición favorable para satisfacer una necesidad. Y esto, llevado al tema de la sustitución, es manifiestamente inadecuado; porque no parece jurídico decir que el acreedor es sustituto o legitimado extraordinario, en virtud de que su interés es interdependiente del deudor que a su vez es acreedor de un tercero. Con esta idea, el dependiente económico tendría legitimación extraordinaria o sería sustituto, según se incline por una u otra de estas terminologías el tratadista. Pero cuando esto llegara a suceder se estaría frente a una disposición legal que, precisamente, viene a dar pretensión jurídica por razones económicas al dependiente o al acreedor.

Adquirir la pretensión sustantiva de otro o simplemente recibirla por atribución legal, significa que la prestación satisfará al nuevo pretendiente. Esto no ha sido explicado por la doctrina de la sustitución, y cuantos hablan de ella coinciden en que la pretensión del sustituto si triunfa, va a beneficiar al titular del derecho. Y esto es cierto, pero no explica los posibles fenómenos que surgen cuando se separan derecho y pretensión sustantivos. Es verdad que la pretensión sustantiva del tutor o del curador, va a beneficiar al pupilo y no a los primeros; y por lo mismo, cuando el menor de edad sale a la mayoría, puede excluir a su tutor y continuar pretendiendo: sustantiva o procesalmente. Pero hay casos en que la pretensión respecto al derecho ajeno, no satisface al titular de éste; y si bien el subrogante puede ser desinteresado mediante el pago, en cambio el pretendiente del derecho de tanto no puede ser excluido por los contratantes sino vencido por razones atinentes a su personal e intransmitida pretensión sustantiva.

i) Con el propósito de emprender un análisis completo y de alcance teórico, deben plantearse distintas hipótesis y consideraciones. La idea directriz toma apoyo en la concepción volumétrica de la pretensión. Como ya se ha explicado, se trata de ubicarla como el centro de una condicionalidad que le permite alcanzar su fin adecuado.

Por razón de la estructura volumétrica, se dan dos esquemas:

Pretensión sustantiva: supuesto, un derecho; requisito, una interpelación; presupuesto, una prestación del obligado.

Pretensión procesal: supuesto, un conflicto; requisito, una acción procesal; presupuesto, una sentencia.

Ahora bien, esos esquemas deben invariarse en otras dos hipótesis: escisión de títulos la primera, y transmisión de títulos la segunda.

Por la autonomía de cada uno de los elementos volumétricos, tanto la escisión, cuanto la transmisión, pueden referirse a una dualidad o a una pluralidad de elementos.

En tal virtud, conviene iniciar la revisión desde el punto de vista de la escisión. El fenómeno consiste en la separación de los elementos y su atribución a distintos sujetos, cuya voluntad no ha sido necesaria para lograrla.

Dualidad de elementos: escisión. Un caso es la titularidad del derecho en A y la titularidad de la pretensión sustantiva en B. El segundo es: titularidad del derecho en A, titularidad de la pretensión procesal en B. Tercero: Titularidad de la pretensión sustantiva en A, titularidad de la pretensión procesal en B. Cuarto: Titularidad de la pretensión procesal en A, titularidad de la acción en B. Quinto: Titularidad del derecho en A, titularidad de la acción en B.

Pluralidad de elementos: escisión. Caso primero; titularidad del derecho en A, titularidad de la pretensión sustantiva en B, titularidad de la pretensión procesal en C. Segundo caso; Titularidad del derecho en A, titularidad de la pretensión sustantiva en B, titularidad de la pretensión procesal en B o en C, titularidad de la acción en C.

En seguida, se debe pasar a la hipótesis de la transmisión, con las mismas posibilidades de dualidad y pluralidad de sujetos.

Dualidad de sujetos: transmisión. Uno; el titular del derecho A, lo transmite a B. Dos; el titular del derecho A, transmite la pretensión sustantiva a B. Tres; el titular del derecho A, transmite la pretensión procesal a B. Cuatro; el titular del derecho A, transmite la acción a B. Cinco; el titular de la pretensión sustantiva B, transmite la pretensión procesal a C. Seis; el titular de la pretensión sustantiva, transmite la acción a C. Siete; el titular de la pretensión procesal B, transmite la acción a C.

Pluralidad de sujetos: transmisión. El titular del derecho A, transmite la pretensión sustantiva a B, y B transmite la pretensión procesal a C. Dos; el titular del derecho A, transmite la pretensión sustantiva a B, y B transmite la pretensión procesal a C, y C transmite la acción a D.

j) La estructuración de los esquemas anteriores, muestra que los términos sucesión, subrogación, legitimación extraordinaria y sustitución, son insuficientes para abarcar todos los casos, y que de mantener la terminología corriente, se dará lugar a confusiones innecesarias.

Para corroborar lo dicho, es pertinente acudir a las ejemplificaciones en cada hipótesis, comenzando por la escisión: grupo I.

Un sujeto tiene el derecho y otro la pretensión sustantiva, en las relaciones patrimoniales de menores e inhabilitados en general.

Un sujeto tiene el derecho y otro la pretensión procesal, cuando con motivo de la adjudicación de un contrato de obras públicas, se presenta demandando la nulidad un tercero.

Un sujeto tiene la pretensión sustantiva y otro la procesal, si el trabajador exige al patrón su reinstalación y el sindicato promueve la demanda ante la Junta de Conciliación y Arbitraje. [224]

Un sujeto tiene la pretensión procesal y otro la acción, cuando en virtud del litisconsorcio, la ley ordena que los demandantes [225] designen un representante o procurador común, quien será la persona que verdaderamente accione en el proceso; como el titular de la instancia peticiona a lo largo del proceso, puede acontecer que la ley admita a un tercero ofreciendo pruebas, alegando, impugnando, etc., sin que él pretenda para sí la sentencia.

Un sujeto tiene la titularidad del derecho y otro la de la de la acción, cuando en el proceso penal el ministerio público demanda la reparación del daño, cuyo pago es recibido por el primero.

El grupo II comprende la escisión plural de elementos.

Un sujeto tiene el derecho, otro la pretensión sustantiva y un tercero la procesal, cuando el acreedor de un menor, autorizado por la ley, demanda al deudor de éste, a quien no requirió el tutor.

Un sujeto tiene el derecho, otro la pretensión sustantiva, un tercero la procesal y un cuarto acciona, si en la hipótesis anterior se forma el litisconsorcio que obliga a la representación común.

Naturalmente que se puede agregar otra hipótesis: un sujeto es titular del derecho, otro de la pretensión procesal y otro acciona, si el tutor del menor, víctima del delito, impugna la sentencia que absuelve al acusado. Aquí el derecho a la reparación del daño pertenece al menor, la pretensión procesal y la acción al ministerio público, pero el tutor legitimado como coadyuvante puede recurrir. [226]

Mientras en la escisión los títulos se encuentran separados por disposición legal, en la transmisión se separan por voluntad de los interesados, o por previsión legal. Entonces, propiamente debe hablarse de transferencia o pase del título de un sujeto a otro. En la escisión puede decirse que si el derecho ha estado en una persona, no así la pretensión, sustantiva o procesal, ni la acción en su caso. En la transferencia el derecho es apenas el supuesto necesario. Ello se verá mejor con las ejemplificaciones del grupo III.

224 Art. 460 de la Ley Federal del Trabajo mexicana.

225 Y por supuesto los demandados.

226 Art. 417, fracción III, del código procesal penal distrital mexicano.

Un sujeto, titular del derecho, transmite la pretensión sustantiva a otro; ello sucede cuando embargado el inmueble productivo, el administrador judicial exige el pago de rentas al inquilino. Aquí la transmisión es legal o judicial y explica que el arrendador conserve su derecho sin poder requerir el pago, mientras el administrador puede requerir el pago sin poder hacerlo suyo por carecer de derecho. Y si esto es ejemplo de transferencia involuntaria, la administración convencional lo es de la voluntaria.

El titular del derecho lo transmite a otro. En realidad aquí entran los casos de sucesión, sea a título universal o individual; total o parcial como acontecería si se da el usufructo exclusivamente.

El derecho queda en una persona y se transmite a otra la pretensión procesal, cuando la nulidad del matrimonio puede ser demandada por el ministerio público, los descendientes y hasta los parientes. Si aquí la transmisión opera por virtud de la ley, lo mismo puede observarse en la tutela dativa, caso en que el tutor viene legitimado sin voluntad del inhábil para pretender en el juicio. En virtud de que la pretensión procesal no es sino la exigencia de sentencia favorable, cuando medie una situación sustantiva o una relación material, los efectos del pronunciamiento en el primer caso afectarán el estatuto personal del titular y no del pretensor procesal, y en el segundo, la prestación será recibida por el inhábil y no por su tutor.

El titular del derecho transmite la acción, hipótesis frecuente en el mandato judicial. Aquí la pretensión sustantiva y la procesal pertenecen al titular del derecho, y sólo la acción, o sea el instar a lo largo del proceso al mandatario.

El titular de la pretensión sustantiva transmite la pretensión procesal. Este extremo corresponde a todos los casos de concurso o quiebra, donde el titular del derecho que ha pretendido un pago infructuosamente, al ser declarado en quiebra o sujeto a concurso, queda impedido para demandarlo. De no advertirse la autonomía de los títulos jurídicos, no se podría explicar que el síndico exija una sentencia por un crédito que no adquirió él ni la masa, sino el quebrado. No puede decirse que el derecho del concursado pasa también a la masa, porque entonces habría una sucesión de derechos ahí donde sólo hay disponibilidad de la pretensión sustantiva misma. Si el quebrado no puede hacer remisión de la deuda, en cambio la relación jurídica puede ser atacada por vicios que afectaron a su constitución, como el dolo, el error y la mala fe del quebrado y no de la masa.

El titular de la pretensión procesal transmite la acción, caso que se da, cuando el demandante o el demandado, constituyen apoderado debidamente instruido para seguir el juicio. El ejemplo se mira con claridad cuando el arraigado acude a este expediente legal.

En el grupo IV entran los casos de pluralidad de transmisiones.

El titular del derecho transmite la pretensión sustantiva a un sujeto que a su vez transmite la pretensión procesal a otro. Basta que en el primer ejemplo del grupo III, el administrador judicial otorgue poder para que otro demande el pago de rentas.

El titular del derecho transmite la pretensión sustantiva y el titular de ésta transmite a tercero la pretensión procesal, pudiendo el último transmitir a un cuarto la acción. Bastará para ello, que en el supuesto de una sucesión acreedora, el interventor pretenda extrajudicialmente el pago y nombrado el albacea le transmita la pretensión procesal que éste demandará por medio de apoderado, sujeto del accionar en juicio.

Los casos enumerados pueden servir de meros ejemplos a una indefinida observación posterior. Lo importante es que resalta el hecho de que en la base de cualquier teoría que se elabore al respecto, deberá considerarse la posibilidad de separar los títulos por su autonomía jurídica.

k) En la enumeración ejemplificativa que antecede se advierte que el caso de la legitimación es inconfundible con los restantes. Se da dicha legitimación en la doble condicionalidad de: complemento de la inhabilidad jurídica y escisión de títulos. Tal fenómeno se oberva tratándose de menores, de personas sujetas a interdicción y de órganos públicos o privados.

No habrá legitimación sino otro dato jurídico, cuando el titular sea hábil o cuando se transmita uno de los diferentes títulos mencionados, desde la pretensión sustantiva en la administración, a la procesal en la subrogación, o la acción en la representación común.

Puede tratarse de un menor que fallezca y esto produzca el ejercicio de los derechos de la sucesión, de manera que se contemplará una transmisión legal, pero no una escisión. Y habrá casos en que el mayor de edad esté representado como en la gestión de negocios, la representación de ausentes o el ejercicio de la pretensión del trabajador por el sindicato. En todos los extremos que se citan, falta la doble condicionalidad: escisión y complemento de inhabilidad, y por ello no se está en ninguno de los posibles ejemplos de la legitimación.

l) La titularidad jurídica es fácilmente escindible, no ya cuando se separan derecho y pretensiones o acción, sino cuando el derecho mismo corresponde a varios sujetos, como se ve en la copropiedad, en la comunidad, en la sociedad conyugal, en el condominio, etc., y nada más conocido que el hecho de que un título complejo, como es la propiedad, se divida en nuda propiedad y usufructo, propiedad y posesión, etc.

Sería inadecuado hablar de legitimación en estos casos, porque la palabra ha sido ya elegida para designar el fenómeno de la doble condicio-

nalidad. [227] Lo que sí acontece es que al dividirse un todo complejo, surgen dos consecuencias alternativas: o la norma legal exige que todos los interesados ejerzan los consiguientes títulos, o impone una representación.

Los resultados disímbolos en el plano sustantivo, tienden a la unificación en el procesal, de manera que ya se exija que todos los copropietarios concurran a la administración, o se decrete que uno de los comuneros represente al total, sucederá que al ir al proceso, se formará un litisconsorcio con representación única.

Pues bien, la representación tiene con la legitimación, la analogía de la escisión; pero le distingue el supuesto de la habilidad jurídica. A menos que uno de los interesados esté inhabilitado y ello conduzca a la hipótesis ya vista de legitimación, es obvio que todos pueden concurrir a las pretensiones y al accionar. Por economía procesal, y no por razones de inhabilidad, se ordena que sea un sujeto de entre los interesados, o un extraño a ellos, quien actúe por todos. Esta es la representación, lógicamente diferente a la legitimación.

m) Si de la escisión se pasa a la transmisión, se advertirá que respecto de inhabilitados sólo cabe en los extremos de sucesión universal. Ni el menor, ni el sujeto a interdicción, ni los entes pueden por sí y sin utilizar la voluntad del legitimado, transmitir títulos individuales.

Pero además, la sucesión en los entes, a título universal, cae en el plano del derecho concursuario, de la fusión y de la transformación pero no se habla de herencia, la que se reserva para la gente.

Probablemente haya sido la sucesión, a título universal o particular, la que provocara mayores confusiones con la sustitución y con la legitimación. Y en realidad no se ve por qué surja la duda en el confrontamiento, ya que la legitimación carece de transmisión y la sustitución de inhabilidad jurídica; mientras que a la sucesión le es consustancial la transmisión y relativa la inhabilidad.

El sucesor hace suyo el derecho del hábil y del inhábil, si bien para que lo último sea posible es menester la transmisión universal; y por contrapartida, el sucesor universal puede ser inhábil, lo que no acontece con el legitimado ni con el sustituto.

En vista de ello, el sucesor necesita adquirir el derecho, no puede limitarse como los otros sujetos: el legitimado, el sustituto, el representante, con la mera pretensión, sustantiva o procesal, y menos con el simple accionar.

n) Viene entonces a colocarse en el haz de la atención analítica, el sustituto. Ya no puede hablarse del tutor, de quien ejerce la patria potestad, del curador, del síndico, del albacea, del administrador legal ni

227 Supra K.

del ministerio público. Tampoco cabe acudir al gestor oficioso, al representante del ausente, ni a la representación optativa del sindicato. Por último, no puede tratarse de un sucesor, ni a título universal ni a título singular.

En el sustituto se observa una transmisión de títulos, pero nunca de los que corresponden al derecho, todo lo más de las pretensiones: la sustantiva y la procesal, y la acción.

Cuando Devis Echandía rechaza la idea de Chiovenda, calificando al sujeto que comparece en juicio en nombre propio por derecho ajeno, como un sustituto procesal, y habla el primero de legitimación extraordinaria, tiene en parte razón. Ese sujeto efectivamente es un legitimado, pero no extraordinario, y en esto radica la discrepancia con Devis Echandía, pues él ha llamado legitimado a quien es simplemente titular del derecho, por más que asegure que se inclina por la tesis de que la legitimación es una condición del éxito de la pretensión,[228] pues como quiera que esto sólo significa que para vencer hay que afirmar la titularidad y además tenerla, en el fondo la idea sigue siendo que legitimación y titularidad sólo se distinguen en la forma en que lo hacen la afirmación y la confirmación de lo afirmado. Para Devis Echandía, y la doctrina que sigue, el fenómeno de la legitimación se reduciría a la posibilidad de entrar en juicio afirmando, a reserva de confirmar y vencer; pero como lo afirmado es la titularidad, la diferencia viene a consistir en la cantidad y no en la calidad: lo confirmado es más que lo afirmado, pero los dos son respecto al título.

Pero la figura del sustituto existe. Se trata del sujeto que sin alcanzar la posición del titular, por no ser su sucesor, pretende sustantiva o procesalmente, o acciona en lugar del titular. Esto se da en el mandato convencional, en la administración contactual, y en todas las circunstancias en que un sujeto actúa sin mengua del derecho del titular.

En la sustitución se observa una transmisión de títulos, ya sea convencionalmente o por disposición legal, pero al mismo tiempo una conservación del derecho. Así, el sujeto embargado que no puede exigir el pago de rentas, ve transmitida su pretensión sin perder su derecho.

Sustitución y no legitimación, existe en el caso en que la demanda de nulidad de matrimonio es formulada por un sujeto distinto de los cónyuges. Y la misma sustitución se observa en el caso del procurador, debidamente instruido y expensado, que exigen las leyes en caso de arraigo de una de las partes.

Naturalmente, la sustitución se da en grado superior, cuando el sustituto está autorizado para designar otro en su lugar.

228 Op. cit., p. 282.

o) Queda corroborado lo sostenido antes,[229] no son suficientes los conceptos de sucesión, subrogación, legitimación extraordinaria y sustitución. Desde luego, la legitimación extraordinaria debe eliminarse por inútil y propiciadora de confusiones. En su lugar, sólo ha de quedar la simple legitimación.

Pero además, hay un caso no ubicado correctamente, y es el de la representación, cuyas manifestaciones han sido calificadas algunas veces como de legitimación y otras como de sustitución.

Con esta nómina, la atomización de los títulos queda clasificada. Los puntos de vista han correspondido a cuatro principios de división: escisión, transmisión, habilidad e inhabilidad. Los elementos invariados han sido también cuatro: derecho sustantivo,[229 bis] pretensión material, pretensión procesal y acción.

Las consecuencias jurídicas en cada figura son autónomas, pero necesariamente trascendentes, en virtud de que en el fondo, hay una variable independiente a la cual afectarán las modificaciones. Así, el problema presentado por Pallares, de la sucesión pendiente el proceso, conduce siempre al derecho sustantivo, sea cualquiera la opinión que se tenga de la procedencia de la sustitución. Para Chiovenda, el actor original se convierte en sustituto, por lo mismo que su pretensión procesal y su accionar, llevarán a una sentencia que finalmente recaerá sobre la pretensión sustantiva y el derecho material. Entonces, el actor que originalmente demandó por ser tiular del derecho, continúa demandando como sustituto. Pallares, en cambio, entiende que el sucesor debe entrar por propio derecho y, en todo caso, el actor inicial se convertirá en coadyuvante. La razón está del lado de Chiovenda, porque la transmisión de un derecho sometido al debate procesal, no puede justificar la modificación subjetiva. El adquirente podrá repetir si hizo reserva al respecto, y tal vez se le llegue a admitir como coadyuvante; pero no es lógico que suplante al actor originario siendo su causahabiente. Si por razones de conveniencia se le quiere autorizar para continuar el proceso, entonces vendrá a tomar, a su vez, la posición de un sustituto, de ese sujeto que siendo titular de la pretensión procesal, no elimina la afectación del derecho discutido en el ámbito de su titular originario. En buena hora se permita al causahabiente intervenir, con el fin de que cuide sus derechos y corra todo el riesgo del juicio; pero que lo haga como lo haría un mandatario que, a partir de cierto momento procesal, continúa el proceso ya iniciado, pasando por todo lo legalmente actuado con la persona del mandante. Que el causahabiente entre como sustituto, pero que la sentencia juzgue del derecho del titular, sin importar que por convenio se haya transmitido el derecho material al sustituto. Este no inició el proceso y pudo saber en

229 Supra J.

229 bis Que puede no existir y, desde luego, en lo penal.

todo tiempo que el derecho se encontraba en litigio, de manera que no puede alegar hecho superveniente que modificara el conflicto. Si media mala fe, que repita contra el actor.

163 El interés jurídico.

Con referencia a la definición de parte, José Becerra Bautista [230] estima que es la persona que exige del órgano jurisdiccional la aplicación de una norma sustantiva a un caso concreto, es interés propio o ajeno.

El concepto de interés viene a integrar el de parte, de manera que sobre el primero, acudiendo a lo que llama doctrina tradicional, explica que consiste en la existencia de un derecho subjetivo que se hace valer frente a un estado de hecho lesivo o contrario al derecho mismo, por lo cual en su definición el término se reduce a la pretensión válida a la aplicación de una norma sustantiva en un caso concreto, precisamente a favor del promovente y a través de los órganos judiciales.

El interés es propio cuando las partes actúan en su nombre y por su derecho, y es ajeno cuando el interés está al cuidado procesal del promovente.

En cambio, Eduardo Pallares [231] acude al código de procedimientos civiles distrital mexicano, para recordar que su artículo primero, fracción IV, establece que falta el interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una **acción,** aun suponiendo favorable la sentencia.

De ahí infiere el autor que el ejercicio de las **acciones** sólo es legítimo cuando el actor tiene interés jurídico, requisito que el anterior código no consagraba. Es por esta razón, que Pallares hace un rápido recorrido doctrinario que conviene seguir.

Ante todo, cita a Miguel I. Romero [232] quien siguiendo a Demogue afirma que donde no hay interés no hay **acción.** El derecho no sería sino el interés que el Estado protege, tesis que Pallares considera sustancialmente igual a la de Ihering. Romero agrega que hay casos en que el ejercicio del derecho es contrario al interés pecuniario del actor y no obstante hay interés, porque al lado del pecuniario existe el propiamente jurídico y el de orden moral. Para que el interés pueda fundar el ejercicio de una **acción,** tiene que ser directo, legítimo y actual. Es directo el que concierne inmediatamente a la persona que ejerce la **acción;** pero la ley permite el ejercicio de **acciones** populares. [233] El legítimo es el que no está en pugna con las leyes de orden público y las buenas costumbres. El actual es el

230 *El proceso civil en México,* T. I., 1962, pp. 30 y ss.

231 *Derecho procesal civil,* pp. 148 y ss.

232 *Derecho procesal civil.*

233 En México, el ejemplo se encontraría en el artículo 20 del código distrital al conceder *acción* de obra peligrosa a quienes tengan derecho privado o público de paso por las inmediaciones de la obra, árbol y otro objeto peligroso.

que existe en el momento en que se promueve la **acción** o se interpone el recurso. Puede existir interés actual aunque la obligación que se exige sea a plazo o sujeta a condición. Y hay interés sobrevenido, cuando no existía al principio del juicio sino que nace en el curso del mismo pero antes de pronunciar sentencia, como cuando durante el juicio vence el plazo o la condición a que estaba sujeta la obligación demandada.

En seguida, Pallares acude a E. Garsonnet, quien entiende que para poder ejercer una **acción,** es requisito indispensable que exista el interés, de donde infiere dos máximas: donde no hay interés no hay **acción,** y el interés es la medida de la **acción.**

El interés puede ser pecuniario o de orden moral, incluyendo en este último las cuestiones relativas al honor. El interés debe ser inmediato y actual, pero no es necesario que el perjuicio a que se refiere se haya realizado, bastando que pueda realizarse en lo futuro. El interés debe ser legítimo y serio. [234]

Para René Foignet, [235] el interés del acreedor puede ser de diversos órdenes, puede tener interés en persiguir a su deudor cuando niega la causa misma del derecho o el monto del crédito. Es, pues, necesario tener un interés que es la medida de las **acciones** en justicia.

James Goldschmidt, [236] último de los autores invocados por Pallares, estima que para las **acciones** declarativas, constitutivas y de condena, hay una verdadera necesidad o interés de tutela judicial. Falta esa necesidad cuando se acusa de un modo claro que el actor posee otro camino más económico y corto para hacer cumplir su derecho; pero no ha de confundirse con esta necesidad objetiva de tutela, la inducción subjetiva a la presentación de la demanda. La ausencia de motivación no conduce a la repulsa de la demanda, sino a la condena en costas del actor si el demandado se allana inmediatamente.

Pallares advierte que la doctrina no concuerda con la disposición del código distrital mexicano, ya que en la primera, los autores afirman que puede faltar el requisito del interés, aún cuando el actor consiga el objeto de su demanda, y Goldschmidt indica que no hay interés en las **acciones** declarativas cuando el objetivo es simplemente aclarar relaciones jurídicas concretas y determinadas.

Por ello, Pallares entiende que entre las muchas objeciones que pueden hacerse al dispositivo mexicano, sobresale la que consiste en que confunde la imposibilidad de ejecutar la sentencia con la noción de interés, el cual no está en relación con esa imposibilidad, sino que concierne a un principio más amplio: el de la economía procesal. El interés no es sino

234 *Tratado de procedimientos civiles*, T. I., p. 940.
235 *Tratado de procedimientos civiles*, p. 102.
236 *Derecho procesal civil*, p. 97.

la necesidad de acudir a los tribunales para obtener cumplida justicia, y luego, recordando a Satta, estima que el concepto de interés sale sobrando en la doctrina de la **acción,** a la que viene a complicar confundiéndose con la legitimación en la causa y a veces con la falta del derecho. No se le puede considerar como condición procesal ni de la **acción,** pues en el primer caso el actor debería demostrar desde que se inicia el juicio, que tiene interés en promoverlo, lo que nunca se hace en los tribunales; y en la segunda hipótesis, para obtener sentencia favorable no se exige que el demandado resista. En realidad, concluye, los autores franceses han confundido al interés con la legitimación en la causa o con la circunstancia de que el actor carezca de derecho; de manera que según Pallares, el interés únicamente tiene trascendencia en lo concerniente a la condena en costas. [237]

a) El paso de la doctrina mexicana a la extranjera permite ampliar el análisis y advertir, por ejemplo, que en Hugo Alsina, [238] el interés viene considerado como una de las condiciones de la **acción,** al lado del derecho y de la calidad.

Para intentar una **acción,** dice expresamente, así como para contradecirla, es necesario tener interés, porque sólo con esa condición se pone en juego la actividad judicial, ya que los jueces no hacen declaraciones abstractas. Ello no impide que en ciertos casos se permita el ejercicio de la **acción,** aún cuando aparentemente no se descubra un interés inmediato, como sucede con las precautorias, en las cuales el interés radica en el aseguramiento del derecho.

El interés consiste en que sin la intervención del órgano público el actor sufriría un perjuicio. De manera que la cuestión de saber si media un interés justificado constituye una situación de hecho, debiendo tenerse en cuenta que, si bien todo interés merece la protección judicial, por mínimo que sea, el juez no puede ampararlo cuando el procedimiento sólo tiene un propósito vejatorio.

De ahí resulta que, como en la doctrina francesa, sin interés no hay **acción,** y que el interés es la medida de la acción. Así, no puede demandarse la indemnización aunque el hecho esté probado si no se han sufrido perjuicios; el heredero no forzoso no puede atacar de nulidad un testamento si hay otro testamento que le deshereda; no puede apelarse la resolución que concede lo pedido; es improcedente la impugnación de un legado particular por un pariente desheredado; un acreedor no puede pedir que se reduzcan los réditos reclamados por otro acreedor si esta medida no ha de beneficiarlo; el industrial que hizo cesión a una sociedad del contrato efectuado con un tercero, no puede demandar la estimación del

237 P. 152.
238 *Tratado,* T. I., p. 392.

perjuicio sufido por éste por incumplimiento de contrato por parte de la sociedad, si no consta que el tercero le haya formulado reclamación alguna; el heredero del administrador de una sociedad no tiene interés en conocer las condiciones en que ésta se fusionó con otra, basándose en las responsabilidades que podrían haber correspondido al causante, etc.

No se necesita determinar si el interés es moral o patrimonial, porque es autónomo. El interés moral puede existir con exclusión de todo beneficio pecuniario. Pero es necesario que se trate de un interés actual, nacido como consecuencia de un hecho contrario al derecho, o que tratándose de **acciones** declarativas exista un obstáculo para su ejercicio. La simple amenaza no autoriza la **acción,** pero cuando se traduce en actos o situaciones que hacen presumir verosímilmente el propósito de realizarlas, existe ya interés en evitar su consumación, y tal es el caso del interdicto de obra nueva.

La condena de futuro, que procede cuando no siendo todavía exigible la obligación, por circunstancias de hecho como la conducta del deudor, es un caso en que se autoriza, por economía procesal, el ejercicio de la **acción** sin violación del derecho actual; y en el derecho italiano se autoriza la demanda de desalojo para hacer efectiva la sentencia al vencimiento del contrato. También constituyen excepción las informaciones judiciales para hacer constar un hecho o asegurar una prueba para futura memoria. Se le admite en la forma sumaria con intervención de la parte que pudiera resultar perjudicada, para la rectificación de un título, o con intervención fiscal para la rectificación de un nombre.

b) Prieto Castro,[239] se limita a sostener que el interés no debe confundirse con la necesidad de tutela jurídica, porque es la existencia de algún nexo económico o de otro orden con la relación jurídica o bien material sobre que versa la **acción** generalmente perteneciente a terceros, como los casos de oposición al matrimonio, su nulidad o la impugnación de las resoluciones del consejo de familia.

Su comentario es importante por la singularidad del criterio, pero se apoya en que la ley de enjuiciamiento española no exige la demostración ni la alegación de una necesidad de tutela jurídica, o sea la imprescindibilidad de la intervención de los tribunales, y sólo esporádicamente y para ciertos actos de contenido procesal se impone, como en lo refeente a las diligencias preliminares del juicio y a la prueba anticipada. En cambio, observa, es obligatoria la alegación en el derecho italiano y según la jurisprudencia francesa y la alemana, así como en la ley de lo contencioso administrativo española. Es pues, un tema discutido y de grandes dificultades en su apreciación práctica, independientemente de que se le confunde con el interés.

239 *Derecho procesal civil*, T. I., p. 68.

c) En el derecho italiano, es tanta la importancia que se concede al término interés, que Jaeger [240] comienza por su estudio y recuerda que le han prestado gran atención, entre otros Chiovenda, Redenti, Calamandrei, Zanzucchi, y sobre todo Carnelutti en cuyos conceptos se apoya Jaeger.

Por interés entiende la relación entre los sujetos que persiguen un cierto fin y los bienes aptos para satisfacerle. El concepto se designa igualmente con el vocablo utilidad, considerándose sinónimas las expresiones: interés de un sujeto a un **quid**, y utilidad de un **quid** para un sujeto. Pero de utilidad se habla en el campo económico y así se contrapone lo útil a lo justo, a lo bueno, a lo debido; mientras que interés alude también a los bienes de carácter ético. Así, un acto de injusticia, un acto contrario a la dignidad humana o al pudor llevan a la sanción, de manera que la situación opuesta y la eliminación a la reparación del acto ofensivo satisfacen un fin y forman el objeto de un interés que no es menos real que aquel que tiene por objeto los medios necesarios a la satisfacción de los fines elementales de la vida. Para quien estudia la función del Estado y del derecho, la consideración de satisfacción del interés tiene una importancia fundamental y debe ser tenida en cuenta constantemente.

Sin embargo, uno de los medios por los cuales opera el derecho es la sustracción del poder de determinar y valorar los intereses a cargo de un sujeto, con la consiguiente atribución a otros sujetos, y tal medio es indispensable, por cuanto ciertos intereses de los particulares se encuentran en una cierta relación de coincidencia o de instrumentalidad con los intereses generales, tutelados por el ordenamiento jurídico. Debe, por tanto, distinguirse entre el interés que es una relación objetivamente existente y materia de un juicio humano, y el juicio sobre el interés que puede ser formado por el interesado o por otros sujetos, tanto en presencia de una situación concreta como **a priori** para toda una constelación de situaciones previstas abstractamente: la subsistencia de un determinado interés, eventualmente en conflicto con otro, puede aún presumirse en la ley, a la cual corresponde un particular instituto como la actividad del ministerio público.

Jaeger continúa en una línea expositiva que es glosa de la tesis de Carnelutti sobre el interés. [241] Es por ello que atiende al fenómeno de la colisión de intereses dentro de un mismo sujeto y al conflicto de intereses entre varios individuos. Igualmente, Jaeger invaría los intereses para advertir que unos son instrumentales y otros finales, es decir, el interés en el dinero, por ejemplo, no es sino un medio para intereses posteriores; la instrumentalidad puede ser calificada de simplemente favorable, de necesaria, o de suficiente y necesaria para la satisfacción del fin. Como ejemplo se acude al interés en actuar, el que es el ejercicio de una **acción**

240 *Diritto*, cit., pp. 3 y ss.

241 Posición favorable para la satisfacción de una necesidad, *Sistema*, T. I, p .3.

que evidentemente tiene por objetivo un proveimiento; en tanto que el interés es instrumental para el pronunciamiento de un mandato favorable a los intereses directos del actor.

Aunque Jaeger continúa con el estudio del interés en el plano colectivo, siguiendo los pasos de Carnelutti, basta recordar que se le entiende como el mismo interés individual que no puede ser satisfecho si al mismo tiempo no se satisface el interés de otros o de todos, según los casos y grupos que forma esta corriente doctrinaria. La parte central del análisis corresponde al llamado interés en hacer o actuar que estos autores encuentran después de distinguir entre forma y contenido del proceso. [242]

El fin del proceso consiste en el cumplimiento de un acto dirigido a acertar si la situación concreta sometida al órgano judicial es conforme al interés público o debe ser modificada en función de este interés público. Y porque el cumplimiento de tal acto está subordinado a la iniciativa de un sujeto parcial, el que hace valer la pretensión relativa, se comprende que la materia del proceso venga dada por la pretensión o complejo de pretensiones hechos valer. El análisis de la pretensión y de sus elementos implicará el cuadro del contenido del proceso.

La pretensión se puede definir como el modo de desenvolver aquel interés [243] por un acto **jurisdiccional** favorable a los intereses directos de una parte, y a la cual ésta o un sujeto parcial **legitimado** para actuar en su nombre, recurre al proceso. Jaeger recuerda que el interés instrumental respecto de la sentencia, no puede ser satisfecho inmediatamente por el mismo sujeto parcial, en el sentido de que su actividad no es causa suficiente, ni siquiera una concausa de la formación del pronunciamiento, sino solamente una condición indispensable. La necesaria incertidumbre de lo que será la sentencia, hace que el titular del interés instrumental cumpla una actividad que estando dirigida a desenvolver tal interés, no tiene como efecto seguro la actuación del fallo, lo cual confirma el carácter y el fin publicístico del proceso, cuyo mecanismo está constituido de tal modo que sirve de estímulo a los justiciables y de la actividad que provoca se alcanza un resultado que puede no ser conforme al fin deseado.

Es así como Jaeger define a la pretensión como la voluntad declarada de un sujeto parcial, de obtener un determinado pronunciamiento; cuya simple exposición no puede servir para alcanzar este fin y debe ser motivada, destinada a demostrar que el fallo pedido no sólo es favorable al interés directo de la parte, sino conforme al interés público. Si la valoración de esto se encuentra ya predeterminada y preexiste al proceso, la motivación reclamará la determinación legal para solicitar la actuación en la situación concreta sometida al juzgador.

242 El *thema decidendum*, op. cit., p. 113 y ss.
243 Instrumental.

La tesis de Jaeger se oscurece un tanto al avanzar en las explicaciones sobre el interés en actuar, que ha venido calificando de instrumental para la formación de la sentencia favorable al interés directo; primero porque con ello se aparta de Carnelutti, al entender que el conflicto se forma por la contraposición de intereses instrumentales y no materiales;[244] y segundo porque afirma que la demanda no puede ser propuesta por cualquiera, sino que es necesario que lo haga el titular del interés instrumental o la persona a él ligada de un modo especial: por relación de representación o de sustitución procesal, y frente al titular del interés instrumental antitético, lo cual significa el presupuesto llamado **legitimación** activa o pasiva. De esta manera, tanto Jaeger como Carnelutti, terminan por hacer obsoleto el concepto de interés procesal que se sustituye con el término legitimación.

Expresamente, Jaeger[245] afirma que la figura de la legitimación originaria[246] se presenta respecto al sujeto del conflicto, titular del interés instrumental y procesalmente capaz. El código italiano dispone que para proponer una demanda, o para contradecir, es necesario tener interés, entendiendo, según Jaeger, que se debe tener interés, no tanto en la demanda sino en el pronunciamiento; de manera que la norma[247] disciplina la legitimación originaria para los actos procesales, reservándola al titular del interés en conflicto. Y el mismo criterio sigue cuando habla del poder de impugnación, que se regula como el caso de iniciativa procesal en general: cuando los intereses en conflicto son disponibles, corresponde impugnar al titular del derecho sustantivo, mientras que si se trata de intereses indisponibles, la relación con el interés público exige que tal poder corresponda a un órgano público, en particular al ministerio público.[248]

Y la confusión llega a su máximo, cuando al hablar del que llama proceso de ejecución, explica que en lo tocante al ejercicio de la **acción** y los poderes del juez, es válido el principio de la demanda y necesario el interés en actuar. Un procedimiento de expropiación que por lo exiguo de los bienes embargables, no garantice la emisión del proveimiento, y se considere como de mero daño para el deudor sin ventaja alguna para el acreedor, deberá sin más cesar, por defecto de interés en el **instante**, al cual corresponde un defecto de causa.[249]

d) En la línea doctrinaria que parte de Chiovenda, se encuentran autores frecuentemente invocados, como Calamandrei y Redenti, cuya expo-

244 P. 118.
245 Cit., p. 360.
246 Puesto que considera que hay también legitimación derivada, principal y secundaria que puede subdividirse en independiente o sustitutiva y dependiente o adhesiva, criterio apoyado en la doctrina de Carnelutti.
247 Art. 100.
248 P. 487.
249 Cit., p. 581.

sición se aparta de la considerada antes, al enseñar que el citado artículo 100 del código italiano, parece exigir, además de otros elementos, el concerniente al interés. Como la necesidad de tenerlo no es puramente mecánica o de forma, Redenti supone que se entiende con ello constituir un extremo o requisito de la aceptación o del rechazo.

Según Redenti,[250] el interés no tiene razón de ser distinta y autónoma; en su origen es elemento integrante y hasta esencial o primordial, no sólo del derecho sustantivo que se trata de defender, sino de la **acción** entendida como derecho de perseguir. Aun cuando la **acción** provenga de un derecho sustantivo primario, nace cuando por efecto de una transgresión o de un estado de insatisfacción, surge la razón y por tanto el interés para pedir su tutela **jurisdiccional.**

Y lo mismo se puede decir respecto de la **excepción** que surge como antítesis a una **acción** pretensión de otro; el interés en proponerla proviene del hecho mismo de que se proponga la demanda. Y si a la **acción** o **excepción** no preexiste y sirve de base un derecho subjetivo propiamente dicho, sino un simple interés protegido, es evidente que éste será el elemento base de la **causa.**

Es, pues, verdad que si no hay interés no puede haber **acción** ni **excepción** actual y realmente existente y fundada. Muy cierto que si falta este extremo la demanda y respectivamente la contestación, deben ser rechazadas como pretensiones infundadas. Pero esto no es un elemento más que sea distinto, diferente y sobrevenga y se agregue a la **acción** o a la **excepción** para hacerlas admisibles, pues esto constituiría la quinta rueda del carro, sino que es ya un elemento intrínseco.

Así se mira en los ejemplos que suelen invocarse, diciendo que falta el interés en pedir la condena de quien ofrezca espontáneamente el cumplimiento o la reparación a que está obligado.[251] Falta interés para pedir la tutela que no se necesita, la **acción** en esas condiciones no nace, o se extingue **eo ipso.** No se puede proponer **acciones** o **excepciones de iure tertii.** La **acción** o la **excepción** sólo surgen en favor de los sujetos **legitimados** por la ley para proponerlas. Nadie puede proponer por sí una **acción** o una **excepción** que sólo corresponda a otro. Y así sucesivamente.

Redenti emprende la exégesis del artículo, para indicar que se le introdujo porque preocupaba el problema de si del hecho de que otro se jacte ser titular de un derecho que se considera propio, o alegue un crédito que en realidad no tiene, surge **acción** para hacer que se declare infundada su jactancia. Con el artículo 100, que proviene del código anterior, se ha creído excluir el principio a título de defecto del interés real para su tutela. Con ello se ha querido negar simplemente

250 *Derecho procesal civil*, T. I., p. 60.

251 *Frustra petis quod intus habes*, no tiene porque pedirse lo que se tiene en la mano.

que surja la **acción,** lo cual no quita que si la jactancia de otro ha originado un tal estado de incertidumbre que impida aun de hecho el normal ejercicio o goce del derecho propio, puede surgir el interés en la tutela, surge la **acción,** ya que ello se convierte en un estado de hecho prácticamente lesivo o perjudicial; y el remedio que se podrá pedir consistirá en un pronunciamiento de declaración de certeza positiva del derecho, y no negativa de la jactancia del otro.

Se trata, por tanto, de un elemento intrínseco de la **acción,** es decir, de la correspondencia proporcional entre **petitum** y **causa petendi.** Pero distinta y efectiva importancia puede tener también el aspecto del interés en lo que atañe al desarrollo de las razones de las partes y sobre todo al uso de los poderes del juez para la agrupación de elementos o materiales necesarios para la decisión. Se comprende que todo lo que no resulte pertinente, relevante o concluyente a ese fin, no puede tener entrada o debe ser eliminado. Ese carácter puede expresarse en términos de interés procesal de las partes en ofrecer el material o del juez en adquirirlo. Pero este aspecto atañe a la mecánica o a la dialéctica, y a la proposición de una **acción** pretensión mediante la demanda y a la proposición de **excepciones** en sentido contrario, y no puede considerarse incluido en el artículo 100. [252]

e) También en la doctrina brasileña se ha tratado el tema. José Frederico Márquez [253] estima que el interés de actuar es la segunda condición de la **acción.** Si la **acción** es un derecho subjetivo, en ella se encuentra un interés jurídicamente protegido, el cual no es sino el interés en obtener la tutela **jurisdiccional** del Estado, mediante el juzgamiento de la pretensión deducida en juicio.

No se confunde el interés de actuar con el interés que constituye el núcleo del derecho subjetivo material. El interés [254] es la posición favorable para satisfacer una necesidad, del cual es titular una persona y cuyo objetivo es un bien. En el derecho material, ese interés se relaciona con un bien jurídico diverso del que se procura obtener con el derecho procesal de actuar. El derecho de crédito habla del interés en recibir una suma determinada en dinero. El derecho de **acción** que el acreedor ejerce se relaciona con un bien jurídico distinto, que es el juzgamiento de sus pretensiones en obtener la suma dicha. Por ello se dice que el interés de actuar es instrumental o secundario, subsidiario y de naturaleza procesal, en relación al interés de derecho sustantivo. Sin embargo, ambos tienen un objetivo final idéntico: conseguir el bien jurídico que es materia del derecho subjetivo material; pero el interés procesal tiene como objetivo directo e inmediato la actividad del órgano **jurisdiccional.**

252 Id, p. 62.
253 *Instituiçoes,* T. I., pp. 32 y ss.
254 Como ya dijera Carnelutti.

Para que haya interés en actuar, es necesario que el autor formule una pretensión adecuada a la satisfacción del interés contenido en el derecho subjetivo material. El interés procesal, por tanto, se traduce en un pedido idóneo para provocar la actuación **jurisdiccional.** Como explica René Morel, [255] la **jurisdicción** no es una función que pueda ser movida sin que exista motivo que justifique el pedido de tutela estatal; y como éste se hace a través de la **acción,** la regla es que donde no hay interés no existe **acción.** El interés de actuar es la relación entre la situación antijurídica denunciada y la tutela **jurisdiccional** requerida. De ello resulta que solamente hay interés cuando se pide una providencia **jurisdiccional** adecuada a la situación concreta. Es preciso que se examine en qué términos está formulada la exigencia que se contiene en la pretensión, para que se verifique la existencia del interés en actuar. Como enseñó Liebman, la existencia del interés en actuar es una condición del examen de mérito, lo que sería evidentemente inútil si la providencia pretendida fuese por sí misma inadecuada a proteger el interés lesionado o amenazado. Es claro que reconocer la subsistencia del interés en actuar, no significa aún que el autor tenga razón en cuanto al mérito; esto tan sólo quiere decir que pueda tenerla y que su pretensión se presenta como digna de ser juzgada.

Pero Márques termina diciendo con Buzaid, que la **acción** sólo puede ser propuesta por el titular del interés que se afirma prevaleciente en la pretensión, y contra aquél cuyo interés se exige que se subordine. Cuando falta uno de estos requisitos, hay carencia de **acción,** por ausencia de **legitimatio ad causam.** Sólo los titulares de los intereses en conflicto pueden tener derecho a una decisión; sólo ellos son los únicos legitimados para los efectos jurídicos derivados del derecho de **acción.**

f) En el proceso penal, Vicenzo Manzini [256] comienza por considerar la finalidad, el contenido y el carácter de los actos, para sostener que el interés fundamental que determina el proceso penal es el de llegar a la punibilidad del culpable; ya que el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculpado no se realiza por la pretensión punitiva.

Como la pretensión punitiva sólo puede realizarse respecto de un individuo reconocido como culpable y no simplemente de imputado, las disciplinas procesales penales se dirigen también a la declaración negativa de certeza; y de ello se sigue que el proceso penal queda doblemente caracterizado, como medio de tutela del interés social de represión de la delincuencia, y como medio de tutela del interés individual y social de libertad. Este interés domina sobre el que es una consecuen-

255 *Traité Elementaire de procedure Civile*, 1932, p. 40.
256 *Tratado*, T. I., pp. 247 y ss.

cia suya, el relativo a la libertad individual. El proceso penal no tiene una finalidad académica, ni una finalidad de honor; tiende a examinar una pretensión punitiva del Estado, hecha valer mediante la imputación penal. Y como, dado el carácter de órgano estatal del ministerio público y la ausencia de todo interés personal en el ejercicio de su función, es lógico presumir que las imputaciones están generalmente fundadas en una suficiente comprobación preliminar. De ello se sigue que el proceso penal se presenta como un medio principalmente dirigido a hacer posible el castigo del culpable. La doctrina francesa afirma que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia, o que ella se asocia a la de represión de la delincuencia, agregando también la intención de dar al pueblo la garantía de la exclusión del error y de la arbitrariedad. Pero de este modo se confunde la finalidad con los medios suministrados para conseguirla.

En el conflicto entre los dos intereses públicos tutelados por las normas procesales penales, cuando la voluntad de la ley no imponga expresamente la prevalencia del uno sobre el otro, ésta debe ser reconocida en favor del interés relativo a la libertad individual. Esto no significa que el interés esencial por el que se ha movido el proceso penal, sea el de la libertad individual y no el relativo a la represión; es una regla que sirve para dirimir un conflicto, a base de un criterio hedonista, por el que se acepta la solución que permite evitar el peligro más concreto y tangible y que aparece política y moralmente más convincente. Pero el elemento específico, el que determina y caracteriza el proceso penal, sigue siendo el interés represivo. Dicho principio general queda las más de las veces privado de sanción, ya que el instituto de la libre convicción no consiente que se imponga al juez límite alguno, y la garantía de la obligatoriedad de la motivación de las decisiones puede fácilmente eludirse eliminando toda apariencia de conflicto. Es aquí donde la ambigua máxima **in dubio pro reo,** mantiene su razón de ser, y no ya en la interpretación de las leyes.

g) Giovanni Leone [257] en cambio, se refiere concretamente al interés para accionar en el proceso penal, diciendo que el código de procedimiento civil prescribe que para proponer una demanda o para contradecirla es necesario tener interés en ella. No se encuentra la misma regla en el proceso penal, lo cual se explica considerando que en orden al ministerio público, dado el principio de obligatoriedad de la **acción** penal, no se puede plantear un problema de interés para accionar, que es inherente al derecho mismo de **acción;** y que en cuanto al imputado, la promoción de la **acción** penal crea automáticamente el interés para resistir.

Pero si el interés para accionar no constituye una categoría general del proceso penal, pueden contemplarse situaciones en las cuales el

257 *Tratado,* T. I., pp. 185 y ss.

interés postule una consideración particular. El código italiano hace referencia al interés en un triple sentido:

Como criterio de determinación del sujeto legitimado para una determinada actividad, como cuando se identifica al titular del derecho de ejercer una determinada actividad procesal: medidas de seguridad.

Como expresión de particulares situaciones de contraste entre los sujetos de la relación procesal, a fin de regular algunas actividades; así, en materia de recusación y de abstención, en materia de defensa común a varios imputados, etc.

Como exigencia de una posición particular del sujeto **legitimado** para una determinada actividad procesal, cuya experimentabilidad está condicionada a la existencia de dicha posición.

En el tercer significado el concepto ofrece delicados puntos de indagación, que Leone distingue en tres rubros: El derecho de accionar y de resistir en el procedimiento de primera instancia no está condicionado por la existencia de un interés de los sujetos **legitimados.** Los derechos, las facultades y las potestades procesales a ejercer en el procedimiento de primera instancia, no están, por lo común, condicionados por el interés de los sujetos **legitimados.** Sin embargo, en el procedimiento de primer grado, en casos particulares y en el procedimiento de impugnación, por regla general, se pone la exigencia del interés de la parte en el ejercicio de una determinada actividad procesal.

Los dos primeros casos cristalizan en la norma que establece que la titularidad de un determinado derecho equivale a supuesto reconocimiento del correlativo interés en el ejercicio de tal derecho. El último significado explica que limitadamente, en aquellos casos en los cuales el proceso penal, exige para una determinada actividad, la existencia de un interés, éste condiciona la actividad procesal.

A la determinación del interés se puede llegar sólo reduciendo las especificaciones de los titulares a la posición que cada parte ocupa en la relación sustancial deducida en el proceso penal. Y puesto que en el ministerio público se conecta el derecho de castigar del Estado y en el imputado el derecho de libertad, cuando la ley exige expresamente el requisito del interés, éste debe contemplarse como situación de correspondencia de la actividad procesal experimentada por el ministerio público al derecho de castigar, y respectivamente de correspondencia de la actividad procesal experimentada por el imputado al derecho de libertad del mismo.

h) La indecisión doctrinaria ha sido apuntada expresamente por Devis Echandía,[258] a pesar de que, en su criterio, el asunto no presenta mayor dificultad, siendo suficiente aplicar con lógica adecuada las con-

258 Op. cit., pp. 232 y ss.

clusiones que se infieren del concepto de **acción,** como derecho subjetivo público, cívico y autónomo, a obtener una sentencia mediante un proceso jurisdiccional. Pero, tal vez por ello, por esa noción de **acción** como derecho a la sentencia, la idea de interés siga en Devis Echandía, expuesta a la equivocidad.

El autor advierte que el llamado interés para obrar, actuar o **accionar,** designa por lo general la utilidad o el perjuicio moral o económico que para el demandante o el demandado pueden representar las peticiones de la demanda y las consiguientes decisiones que sobre ellas se adopten en la sentencia. Entonces, sostiene, no se trata de un interés para **accionar** ni para contradecir, pues en estas actividades la utilidad y el perjuicio nada tienen que ver, porque para ejercer la **acción** basta con el interés público en que la pretensión que tiene el actor se resuelva **jurisdiccionalmente.**

Se trata, sigue afirmando Devis Echandía, de tener interés sustancial, no procesal, en la sentencia de fondo sobre las peticiones de la demanda; que exista verdadero y real interés en las pretensiones aducidas por el demandante tanto como en el demandado. Por ende, deberían eliminarse estas denominaciones y hablar de interés en la pretensión, o interés en la sentencia de fondo o facultad para gestionar la sentencia de mérito. Y por ello lo incluye entre las condiciones de la pretensión o sentencia de fondo, aunque reconoce que la doctrina y la jurisprudencia siguen siendo contradictorias e imprecisas, y pasa a corroborarlo, estudiando y criticando los conceptos de Chiovenda: el interés en obrar consiste en que, sin la intervención de los órganos **jurisdiccionales** sufriría un daño el actor; de Rosenberg: facultad para seguir el proceso que tiene la parte frente a la cual el tribunal debe conocer en la causa; [259] de Redenti; [260] de Carnelutti quien separa el interés para obrar y la legitimación en la causa y estima que el primero forma parte de la causa de los actos procesales; [261] de Fairén Guillén: que separa de la **acción** el interés subjetivo, de manera que no hay interés cuando falta la convergencia entre el sujeto y un bien de la vida; [262] de Rocco: el interés para obrar mira, no al interés general y abstracto que puede corresponder a toda persona, en toda clase

259 Para Devis, sería mejor hablar de gestionar la sentencia, porque se puede gestionar o seguir el proceso a pesar de no existir lo que Rosenberg entiende por facultad de gestionarlo, ya que su falta impide solamente la sentencia de fondo pero no el proceso.

260 Según Devis, confunde interés con pretensión y le vincula al derecho material: carecería de interés quien no tuviera derecho lo que para el crítico es inadmisible.

261 Se avanza, dice Devis, porque el requisito del interés queda radicado en un elemento causal de la demanda y no de la *acción*, y se le separa de la legitimación; pero tiene el defecto de la calificación de nulidad del efecto, de no existir ese interés en el demandante, ya que esto se presta a confusiones.

262 Devis encuentra clara y exacta la noción y sólo observa que no explica la clase de interés que deben tener las partes para que no se reúna el requisito, ni los efectos que trae su falta.

de casos, sino a un determinado interés sustancial, concreto, relacionado con la decisión especial que se pide en cada juicio.[263]

Al intentar su sistematización, Devis explica que el interés para obrar, o mejor dicho, el interés en la pretensión o sentencia de fondo, se refiere al motivo jurídico particular que induce al demandante a reclamar la intervención del juzgador, para que resuelva las pretensiones invocadas en la demanda; que induce al demandado a contradecirlas si no está conforme con ellas, y a los terceros que intervienen luego en el juicio a coadyuvar con una de las partes. Ese interés será serio y actual, es decir, hace referencia a la causa subjetiva que tiene el sujeto para demandar y contradecir. No justifica ni a la **acción** ni al derecho de contradicción, patrimonio de todas las personas jurídicas; es el interés privado, particular, exclusivo de las partes y para cada caso; hace referencia a las peticiones concretas y constituye el móvil personal de las partes; y en relación con el demandante representa el interés mediato o secundario del ejercicio de la acción. Su naturaleza causal es evidente; el interés en obtener un resultado favorable es la causa de la pretensión; pero no de la acción, cuya causa es el interés público y general, que no está condicionado a la existencia del debido interés para obrar o en la pretensión de la parte, y cuya falta no impide que el proceso se adelante y concluya con sentencia.

Por tanto, entre los elementos de la **acción** no se encuentra el llamado interés para obrar, y la obligación estatal surge sin que sea necesario examinar si el actor tiene o no ese interés. Pero para resolver las pretensiones de las partes se requiere que se cumplan las condiciones procesales y de la sentencia de fondo, entre las que se encuentran el interés para obrar y la legitimación en causa. Si falta el interés en obrar, la sentencia será simplemente **inhibitoria,** por limitarse a declarar que no es posible la decisión de fondo. La **acción** queda satisfecha pero la pretensión ha fallado; pero si la persona logra tener el interés en obrar en virtud de nuevos hechos, podrá recurrir a otro juicio sin que se le oponga el caso juzgado. El interés para obrar se refiere a la relación sustancial y a las pretensiones para sostenerlas o desvirtuarlas en el juicio, y no a la relación procesal surgida del simple ejercicio de la **acción** y la contradicción. No es condición de la actividad procesal, ni de validez del juicio. El proceso y la sentencia no quedarán afectados de nulidad, porque las partes carezcan de interés en obrar, lo que implícitamente resulta una crítica a Carnelutti.[264] Es, pues, un **presupuesto** de la sentencia de fondo, y no de la sentencia en general. En principio

263 Devis opina que en la apreciación del interés para obrar, ya no se encuentra la misma exactitud, porque no distingue en forma clara entre el derecho de *acción*, y el interés general para su ejercicio que corresponde a todo el mundo, y sustancial concreto que se debe tener en el caso determinado.

264 P. 247.

se examina en la sentencia, pero las leyes exigen a menudo que para determinados juicios sea requisito previo investigar su existencia, de manera que si faltare, el juez no podría admitir la demanda. Así, para el juicio de sucesión es forzoso probar la muerte del causante y ser heredero o legatario; en el lanzamiento se requiere que las partes sean el pretendido arrendador y el arrendatario; en la demanda ejecutiva debe acompañarse el título en que conste que se es acreedor y el demandado deudor; etc. En estas hipótesis, el juez debe rechazar la demanda si falta el interés dado por las aludidas condiciones.

Pero esto no significa que el interés para obrar sea elemento de la acción, sino que la ley le da carácter de **presupuesto** del juicio, como excepción al principio general de que es necesario sólo para la sentencia de fondo, y en defensa de la economía procesal. En fin, no debe confundirse el interés para obrar con la titularidad del derecho material ni es su elemento, porque se tendría que concluir que faltando ese derecho no habría sentencia de fondo desfavorable sino inhibitoria.

164 El interés para obrar.

Pocas veces se encuentra un concepto jurídico tan discutido: hay quienes lo afirman y quienes lo niegan, quienes lo miran como condición y quienes lo conciben como elemento intrínseco, quienes lo entienden inútil y quienes lo consideran indispensable; unas leyes le omiten por completo, otras lo consignan expresamente y otras lo señalan en sentido negativo.

Carnelutti llegó a sostener que fuera de su concepción de interés sustantivo, no existía el interés en obrar. El interés en accionar estaba ya muerto o moribundo cuando menos, dice,[265] desde que los renovados estudios del proceso habían extraído y separado de ella la noción de **legitimatio ad causam,** que consiste precisamente en una cierta situación, de titularidad o de contacto, respecto del **quid** que constituye la materia del proceso.

Según este criterio, el interés se entendería como una relación entre quien demanda y el efecto jurídico pretendido o negado; pero esto quedaría sustituido por la figura de la legitimación procesal, de manera que las condiciones reales del accionar se limitarían al litigio y a la legitimación. Habría interés en proceder cuando se estuviere legitimando para pretender.

Sin embargo, Calamandrei,[266] continuó sosteniendo que el interés procesal en obrar y para contradecir en juicio no debería ser confundido con el interés sustancial en la obtención de un bien que constituye el

[265] *Litis y proceso*, en *Estudios*, cit., T. II, p. 29.
[266] *Instituciones*, op. cit., p. 192.

núcleo del derecho subjetivo. El derecho objetivo se realiza normalmente sin acudir a los órganos judiciales, de manera que su intervención es un medio subsidiario.

Cuando en la práctica se presente la circunstancia que haga indispensable la intervención judicial, se podrá hablar de interés en obrar. Ello puede acontecer, bien porque los sujetos no alcancen por sí la solución, o porque no puedan legalmente conseguirla. Se puede concluir que el interés procesal en sus diversas configuraciones, surge cuando la finalidad que el solicitante se propone alcanzar mediante la pretensión, no puede o no puede ya ser alcanzada, sino mediante la providencia del juez; cuando la situación jurídica existente antes del proceso es tal que el recurso a la autoridad judicial se presenta como necesario. [267]

Pero la tesis de Calamandrei ha venido a ser nuevamente negada, cuando Prieto Castro [268] aísla la necesidad de tutela jurídica y niega que pueda confundirse con el interés que no es más que la existencia de un nexo económico o de otra índole con la relación sustancial. El interés versa sobre la **acción** generalmente perteneciente a terceros como en la nulidad de matrimonio. Y el mismo Carnelutti, contradiciendo la tesis de Calamandrei, ha explicado que no es más que el reflejo de la existencia de la litis; y cuando el procedimiento no tiene litis, se trata de una de las situaciones respecto de las cuales exige la ley que intervenga el juez para que surjan ciertos efectos. [269]

a) En todas las tesis van apareciendo ciertos puntos que podrían servir, si no para unificar los criterios, lo que no es posible en ausencia de consentimiento de los autores; al menos para advertir algunas coincidencias involuntarias. Por ejemplo, ya Devis Echandía ha hablado del interés en obrar en la **jurisdicción** voluntaria, [270] y Carnelutti se refiere a las situaciones en los casos de **proceso** sin litis.

Significa ello que el interés en obrar no es exclusivo del proceso por antonomasia, significa que puede encontrársele en procedimientos administrativos y aun en los legislativos. [271] Y en cuanto al campo procesal, desde los autores que, como Leone, hablan de ciertas manifestaciones del interés en obrar en el proceso penal, hasta otros que como Alcalá Zamora y Levene hijo, ni siquiera lo incluyen en el temario, y sólo eventualmente, al hablar de la legitimación activa del ministerio público, afirman que no arranca de su interés personal o directo en el conflicto surgido

267 Calamandrei, op. cit., p. 196.
268 Op. cit., T. I., p. 68.
269 Op. Cit., T. II, p. 29.
270 Op. cit., p. 246.
271 Aquí se diría, por ejemplo, que en la legislación mexicana, el artículo 8º constitucional no da interés para proponer una ley al particular, porque el artículo 71 faculta exclusivamente al Presidente de la República, a los diputados y senadores federales y a las legislaturas de los Estados para iniciar las leyes.

entre agresor y víctima, sino que emana de la ley y responde al cumplimiento de la obligación funcional que le compete en orden a la persecución de los delitos.[272] La conclusión sería, entonces, que el interés en obrar está en todas partes y puede no estar en una, contradicción que reafirma la idea de que el concepto no ha sido captado.

Esa circunstancia de posible ubicación en diferentes procedimientos, ha hecho que en México, por ejemplo, se estudie con mayor extensión en el campo del amparo. Ya desde el artículo 4º se habla que el juicio de amparo puede promoverse únicamente por la parte a quien perjudique el acto o la ley reclamados; pudiendo hacerlo por sí, por su mandatario, legitimado o defensor penal, por medio de algún pariente o persona extraña en los casos que la ley lo permita expresamente; pero sólo puede seguirse por el agraviado, su representante o defensor.

Queda por un lado la noción de perjuicio, sobre la que se va a asentar el interés en obrar, y por otro la titularidad, la habilidad, la legitimación y la representación. La cuestión surge cuando se alude a los parientes y personas extrañas, quienes en los términos y casos de los artículos 16 y 17 tienen autorización, al menos para presentar la demanda. Por tanto, la ley de amparo viene a instituir otro tipo de interés que no podría confundirse, ni con la **legitimatio ad causam,** ni con la titularidad del derecho sustantivo, ni con la **legitimatio ad processum.** Si se niega que el pariente y el tercero extraño tienen interés para obrar, su autorización será algo existente pero inexplicado.

Y no sólo estos sujetos pueden presentar la queja, hay otros que están autorizados para presentarla y seguir el juicio, como los que menciona el artículo 8º bis: comisariados ejidales o de bienes comunales, los miembros del comisariado o del Consejo de Vigilancia, o cualquier ejidatario o comunero perteneciente al núcleo de población perjudicado. Y en el artículo 9º se agregan los delegados especiales de la responsable y la representación del Presidente de la República por los Secretarios y Jefes de Departamento de Estado y al Procurador General de la República, cuando el titular del Ejecutivo le otorgue su representación o mandato en los términos del artículo 19.

b) No parece sino que el interés en obrar sí existe jurídicamente; pero sería difícil admitir que se trata de esa necesidad de ir al proceso que comenta Calamandrei, y que alude más a una situación intrasubjetiva que a una circunstancia objetiva, y de ahí que Prieto Castro tenga razón al separarlos.

Desde luego, el interés en obrar tiene que ser algo distinto a la titularidad del derecho, a la legitimación, al mandato, a la representación, a la sucesión y a la sustitución. Es por ello que, a diferencia del tra-

272 *Derecho procesal penal.* T. II, p. 20.

tamiento dado por Devis Echandía, se ha considerado preferible estudiarlo después de esas nociones, en la certeza de que conociendo éstas, se podrá dilucidar mejor el carácter del primero.

Pero el tema del interés ha sido estudiado también por los administrativistas y no se ha apartado mucho, al menos en su explicación, de la idea de la necesidad de un pronunciamiento. Pero en el contencioso administrativo, por su peculiar composición de dos procedimientos, uno en vía gubernativa y otro ante tribunales especializados, suele acontecer que el particular afectado por una conducta de la autoridad, cuente con un medio en sede administrativa que, una vez agotado, permite acudir al proceso por antonomasia. Ahora bien, falta el interés procesal, cuando se demanda la nulidad del acto administrativo sin haber agotado la vía gubernativa. Pero también se habla de que falta el interés procesal, cuando el juzgador carezca de competencia para emitir un fallo en el sentido pretendido, de manera que la pretensión puede ser desechada si evidentemente muestra desde el momento de la demanda esta carencia, o ser sobreseída si aparece admisible pero inatendible.

Enseña la doctrina que el contencioso puede iniciarse, no sólo por quien tenga un derecho, sino por quien sólo ostente un interés. Se comienza por precisar que ese interés debe ser jurídico, para continuar discriminando según los criterios legislativos. Es por ello que Enrique Sayagués Laso [273] enumera los siguientes grupos: países en que se requiere un interés personal y directo, como en Francia; aquellos en que se añade al interés personal y directo el legítimo, como en Italia; y países que aluden al mero interés del ciudadano o del habitante, a que los entes públicos actúen conforme a derecho, como Colombia y Panamá.

El problema consiste ahora en determinar si el interés es algo diverso al derecho, sobre todo al tradicional derecho subjetivo. Para no confundirlo con el privado, se habla con Duguit de un interés subjetivo público y, en estas condiciones, frente a la opinión de la doctrina italiana se habla de derechos debilitados. Pero la razón de ello se encuentra en la circunstancia de que la ley dispone que las controversias sobre derechos subjetivos corresponden a los tribunales civiles y las otras al Consejo de Estado.

Los administrativistas se han visto obligados a negar el carácter de contiendas sobre derechos subjetivos, dice Antonio Carrillo Flores, [274] por motivos de una legislación particular. Pero la solución debe ser, agrega, la de que existen derechos cuando conforme a las normas de derecho positivo se está en la posibilidad de obtener, mediante un procedimiento,

273 *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo 1959, T. II., pp. 511 y ss.

274 *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, México 1939, p. 59.

cuya iniciación queda sujeta a la voluntad del particular, la eliminación del acto ilegal, lesivo para sus intereses.

La explicación es atractiva, pero deja sin solucionar el problema del interés en sí. Que el particular tiene derechos en ciertas condiciones no se duda, y por ello se habla del contencioso subjetivo; pero que sin tener título individual, sin estar en la situación subjetiva lesionada, pueda acudir ante los tribunales acusando al acto, es lo que funda la idea del interés. Ya Teodosio Lares [275] llamaba interés a aquella ventaja, comodidad o conveniencia que puede sacar un individuo de una medida administrativa, de la consecución de una gracia, de un favor que desea obtener para su utilidad particular; y agregaba que la Administración pública podía ofender ese interés rehusando lo que se le pidiera, sin que el acto pudiera producir un debate contencioso: así si un individuo tuviera concedido el privilegio de hacer las impresiones del gobierno, se ofendería exclusivamente su interés si se otorgase a otro la concesión.

Hay, pues, interés jurídico, cuando sin lesionar la situación jurídica subjetiva, o no solamente ésta, se viola el derecho. Por ello el interés que se aparta del derecho ha sido confundido con la legitimación, y en las llamadas acciones populares, se dice que cualquiera persona está legitimada para sostener la ilegalidad del acto administrativo.

c) En el camino que va hasta el interés jurídico, se tropieza con diversos conceptos que atañen a otros tantos títulos. Hay el titular de la pretensión y el titular de la prestación, hay la habilidad y la legitimación, y después de toda esta gama, queda algo que es el interés.

Por ejemplo en el contencioso administrativo, si bien se impugna la conducta de la autoridad, no se hace por ella misma o ella en sí, cuanto por sus efectos al relacionar el acto con una pretensión o un derecho, y una prestación o una obligación. Aun en los supuestos del contencioso objetivo de anulación de un reglamento, de una circular, o de cualquiera otra disposición general de la Administración; en los cuales ciertas legislaciones, como la panameña, autorizan a cualquier habitante del país para intentar la impugnación; la pretensión anulatoria supone una relación entre las autoridades y los particulares, relación que se afirma es ilegal, sin importar que el recurrente haya sido o pueda ser directa y concretamente afectado.

Es en este particular que el contencioso objetivo puede superar la eficacia del amparo mexicano, porque en éste se exige un perjuicio cierto o inminente, mientras que allá basta la ilegalidad. En el extenso campo de la competencia estatal, tanto pueden resultar ilegales las determinaciones que directamente perjudican a un particular, como las que directamente benefician a otro o a varios. Por ende, al hablar de titu-

275 *Lecciones de derecho administrativo*, México 1852, pp. 60 y ss.

laridad, debe comenzarse por distinguir la relación controvertida. En unas hipótesis la conducta de la autoridad se dirige a un individuo, en otras a varios o a todos. En cualquier caso, no son los títulos originales los importantes, sino los que surjan de la relación específica.

Los autores colombianos [276] sostienen que quizás ningún otro Estado, desde el punto de vista legislativo, haya llegado a una etapa de tan marcada perfección, producto de un detenido estudio y una experiencia de años.

En este ordenamiento [277] se expresa que toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera actos, por los motivos que la ley determina, y también cuando hayan sido expedidos en forma irregular, con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera.

En las pretensiones de nulidad de un acto administrativo, cualquiera persona puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda. En otras casos, el derecho de intervenir sólo se reconoce a quien acredite un interés directo en las resultas del juicio y, si hubiere oposición, se aplicará la ley procesal común.

d) Tantas opiniones y divergencias inclinan el ánimo al rechazamiento del concepto de interés en obrar, porque quizás con ello se obviaran todos los problemas. Si, como quiere Devis Echandía, este interés no se confunde con la titularidad del derecho material pretendido; es distinto de la legitimación en la causa; debe ser subjetivo, concreto, legítimo o serio y actual; no es el interés para accionar sino en la sentencia de fondo; tampoco es el interés para contradecir en general; no es un presupuesto procesal ni de la acción, sino de la sentencia de fondo, pero, finalmente, constituye suficiente legitimación en el demandante en todos los juicios, y en el demandado en los declarativos y constitutivos, pero no en los de condena ni en los ejecutivos y cautelares, porque en estos existe ese interés por el solo hecho de querer imponérsele la prestación o realizar el pago con sus bienes; entonces resulta, como él mismo explica, [278] que la existencia de la debida legitimación en el demandante implica la de su interés para obrar y, a la inversa, la falta de legitimación implica siempre la falta de interés para obrar en todos los juicios.

Esta sistematización del concepto, como le designa el autor, [279] prácticamente lleva a su destrucción. Naturalmente, esta tesis, que puede considerarse la más acabada, parte de premisas que son inadmisibles, y esto arroja un nuevo rayo de esperanza de que el concepto no ha sido

276 Eustorgio Sarria, *Derecho administrativo*, Bogotá 1957, p. 305.
277 Artículo 66 de la ley 167 de 1941.
278 Op. cit., p. 255.
279 Op. cit., p. 245.

precisado y puede serlo. A fin de cuentas, si la parte puede no ser atendida por el juez, no obstante que tenga la titularidad del derecho, que sea hábil jurídicamente, que tenga pretensión insatisfecha y que accione eficazmente; entonces hay algo que faltó y que puede ser explicado con el término interés en obrar.

Devis Echandía comete el error de emplear equívocamente varios términos, como acción, pretensión y legitimación. Es así que se le puede objetar el que se refiera al derecho universal de accionar, cuando tal título no proviene de la definición de acción. Es cierto que la acción es un derecho autónomo y que puede ejercerse sin tener pretensión sustantiva y aun faltando el derecho material; pero de ahí no se sigue que en cualquier juicio individual, en todo proceso, cualquier individuo pueda accionar. Lo menos que se exige, el requisito de eficacia indispensable es la pretensión procesal. Y ésta viene refiriendo como supuesto una situación conflictiva anterior al proceso. Decir que la acción es autónoma, no significa que cualquiera pueda iniciar un proceso accionando simplemente, sin pretender nada, sin afirmar un conflicto jurídico: incondicional y abstractamente.

Aquí se ubica ya la idea del interés en obrar. Sin un por qué y un para qué, no hay tribunal en el mundo que admita la acción, la instancia proyectiva escueta. Sería como pedir al juez que diera vista a la contraria de la presentación del actor que nada pide, nada exige, nada alega, nada afirma y nada quiere del juez.

Hay casos en que no se tiene ni derecho material, ni pretensión sustantiva y sin embargo se tiene interés en obrar. Esto se observa en lo penal tanto como en el contencioso administrativo llamado objetivo o de nulidad. Pero si no se tiene, ni derecho ni pretensión sustantiva, en cambio se afirma una situación conflictiva: controversia en lo penal, desacuerdo normativo en lo administrativo. Y se ejerce una pretensión procesal, que es el pedido de sentencia y se acciona.

El interés, por lo mismo, viene a ser la condición impuesta por el derecho positivo, de la existencia de una continuidad de situaciones jurídicas. En primer lugar, si no se quieren emplear términos lógicos modernos, y se considera ininteligible decir que es necesaria la interdependencia funcional de situaciones jurídicas; bien se puede acudir a las expresiones tradicionales, más corrientes y comprensibles, diciendo que el interés explica la exigencia de causalidad en esas situaciones.

Tener derecho no basta para pretender sustantivamente, porque puede ocurrir que haya prescrito. Si en un caso insólito, el actor afirmara haber celebrado con el demandado un mutuo y no haber recibido el pago en tiempo, por lo cual prescribió la deuda; y no obstante ello demandara sentencia condenatoria, el juez se vería en la necesidad de re-

chazar la instancia, precisamente por carecer de interés para obrar. En cambio, si el menor sujeto a tutela demandara un pago exigible, no se le podría rechazar por carencia de interés sino de inhabilidad jurídica.

Conviene advertir que los propios autores que hablan del interés como condición para la sentencia favorable, admiten, tal como lo hace Devis Echandía, que las leyes suelen exigir como condición previa para admitir la demanda, la investigación de la existencia del interés. No es del caso, entonces, vincular el interés con la sentencia de manera forzosa, y el autor citado pone varios ejemplos: si se pide que se declare un divorcio si el cónyuge demandado llega a incurrir en adulterio o que el demandado es el padre del hijo que pueda llegar a tener su esposa o concubina. [280]

La interferencia que corre desde la situación en conflicto hasta la sentencia, permite un equilibrio estable que puede traducirse a los términos interés en obrar. Esto explica dos aspectos que son de la mayor importancia para el derecho procesal: la intervención de terceros y el litisconsorcio necesario. En el primer caso, se trata de establecer cuándo y en qué condiciones han de accionar los terceros; en el segundo se intenta averiguar si la demanda se ha de entablar por todos los interesados y contra todos los interesados o si cabe que uno o algunos demanden sólo a uno o a varios interesados. La explicación que se dé partirá del concepto: interés en obrar. Ahí donde se carezca de esta condición, los sujetos ni deben intervenir ni deben ser llamados; ahí donde ella aparezca, la demanda se propondrá por todos contra todos. El interés en obrar tiene, pues, su aplicación más efectiva cuando se trata de establecer quiénes deben ser parte en un juicio dado, y qué sujetos deben alinearse en el lugar de una parte o en la otra.

e) El interés en obrar pone a la teoría en el plano de la superficie empírica. De él no puede decirse **a priori** que se aplica en unas situaciones y en otras no, es menester enfrentarse al ordenamiento vigente para concluir en cualquier sentido. Mientras que en amparo se carece de interés para impugnar la ley inconstitucional si no causa perjuicio al quejoso; en el contencioso objetivo se puede demandar la nulidad del acto general, aunque el demandante no sufra perjuicio alguno.

Por otra parte, el interés en obrar no se finca en la autorización para demandar. El ofendido en el proceso penal tiene interés en obrar, aunque no pueda ser el titular de la acusación, si la ley le permite probar y recurrir.

Todo lo que puede establecerse **a priori** es que el interés en obrar condiciona la pretensión de este proceso, porque muestra la intercorrelación con el conflicto como supuesto y con la sentencia como presupuesto. Si la pretensión del actor carece de esa concreta e individual conexión, no bastarán los restantes títulos: derechos, pretensión sustantiva

280 Cit., pp. 247 y 253.

y sentencia; a la pretensión procesal le faltará la condición actual de la justificación legal. De manera que no es correcta la afirmación de Devis Echandía,[281] al sostener que en las sentencias[282] declarativas y constitutivas, falta el interés en obrar si el actor no es la persona que puede beneficiarse. Ahí está el caso de los parientes demandando la nulidad de matrimonio y, si se quiere más claridad, ahí está el interés en obrar conferido al ministerio público para el mismo caso. Naturalmente que se puede hacer metafísica, diciendo que el beneficio es para la sociedad, de la que el ministerio público es representante; pero esto es inverificable y sólo se ha acudido a tal expediente ante la ausencia de otra explicación más plausible. El ministerio público, legitimado como órgano estatal que es, va al proceso sólo cuando tiene interés en obrar y por ello ha dicho Manzini que no tendría sentido autorizarle para acudir ante el tribunal pidiendo la absolución del detenido: el interés en lo penal, sigue la línea de la controversia, la pretensión punitiva y la sentencia condenatoria. Cualquiera otra explicación sería absurda. Y esto en nada afecta al hecho de que el ministerio público sea autorizado también para desistirse, porque se trata de circunstancias sobrevenidas en el proceso: la prueba de la inocencia.

Así pues, la doctrina ha venido bordeando el tema, y cuando Prieto Castro afirma que no debe confundirse necesidad del proceso con interés en obrar, tiene razón; como la tiene Alsina al pensar que es una condición de la **acción,** pues este término lo emplea equívocamente para significar en unos casos a la instancia proyectiva, y en éste en particular, para significar la pretensión procesal. En fin, tienen razón quienes sostienen que carecen de interés en obrar los que no están legitimados, porque el vocablo legitimación le conciben como autorización para obrar, como el hecho de ser llamado por la ley para pretender en el proceso; y como este llamamiento presunto, se hace a quienes se concede el dicho interés en obrar, es cierto que si la ley no faculta a alguien para que pretenda procesalmente, carece de interés en obrar. Hay interés en obrar, cuando, siguiendo a Jaeger, se recusa al juzgador penal, porque la línea que va del conflicto de imparcialidad a la petensión procesal de inhibición es clara y precisa.

El perjuicio teórico que se sigue en las doctrinas antes consideradas, es que cierran toda posibilidad de sistematización, porque los términos que invarían, significan objetos diversos en cada caso. Así, poco importaría llamar legitimación para obrar al interés para obrar, pero acontece que la primera explica también la personalidad del tutor, del albacea, del síndico, etc.; y la doctrina no niega que un sujeto legitimado pueda ca-

281 Cit., p. 253.
282 O mejor en los juicios.

recer de interés para obrar, de donde resulta la paradoja de que la ley llama a un sujeto para actuar y al mismo tiempo le niega interés en obrar.

Nada obstaría para seguir llamando **acción** a la pretensión procesal, pero resulta que se puede accionar sin tener pretensión, sustantiva o procesal, sin tener legitimación y sin tener derecho material. De manera que el mandatario sustituto, que entra al proceso en la fase conclusiva, no ha ejercido la pretensión procesal y, sin embargo tiene interés en obrar: puede recusar por motivos supervenientes, puede ofrecer pruebas supervenientes, puede pedir la absolución de posición de la parte contraria, puede impugnar, etc., sin ser el titular del derecho, ni el titular de la pretensión sustantiva, ni el titular de la pretensión procesal, ni siquiera quien demandó.

Hay, pues, necesidad de un concepto que explique esa autorización para instar, que no se confunde con ninguno de los títulos mencionados. La noción debe recibir el nombre de interés para obrar; pero en seguida, se requiere explicarla y justificarla. Y la explicación consiste en que en el proceso se observa también esa línea de causalidad que soporta la presencia de las sucesivas situaciones jurídicas, que se van presentando desde el conflicto a la sentencia y de ésta a la ejecución cuando ha lugar a la realización material coactiva por conducto de tercero.

Pero acontece que unas veces el conflicto tiene un supuesto que es su causa: la relación sustantiva que vincula a dos o más sujetos con sendos derechos y obligaciones. Cuando ello sucede, el interés para obrar se remonta causalmente a los títulos materiales. En seguida, se puede presentar la hipótesis en que la pretensión sustantiva sea inadecuada, como el divorcio, la nulidad de matrimonio, etc. Del derecho material habrá que saltar hasta la pretensión procesal y continuar la línea del interés que lleva a la sentencia, rodeada de varias condiciones, desde la competencia para decidir por la materia, a la competencia por grado, cuantía, turno, lugar, etc. También se puede presentar el conflicto sin derecho previo: el delito. Aquí, la línea causal del interés en obrar, no puede remontarse más allá del hecho punible, pero continuará hacia adelante para determinar la conectiva con las posibles soluciones, según que se trate del castigo del culpable, del resarcimiento del daño o de la responsabilidad de tercero.

La justificación del interés en obrar es más evidente, sencillamente se persigue excluir del juicio a quienes instando no emitirían conducta alguna conectable con la línea causal, y por el otro lado, se trata también de permitir y hasta exigir en ciertos casos, que todos aquellos que se encuentran relacionados con dicha línea causal, entren en el proceso y actúen en consecuencia. Ni las mismas leyes procesales penales

que sustraen la pretensión punitiva al ofendido, logran eliminarlo totalmente del proceso, al grado de que en los llamados delitos privados se da eficacia al perdón en ciertas condiciones.

El interés en obrar es, pues, la razón jurídica para accionar en un proceso específico. Aunque se admitiera que la acción es un derecho público que pertenece a todos y a cualquiera, como en un cierto proceso no todos ni cualquiera pueden accionar, el por qué sólo uno o algunos están autorizados para hacerlo, se finca en el interés para obrar.

Si el quebrado ya no puede demandar a un deudor es porque ha perdido el interés en obrar, al sustraérsele uno de los momentos conectados en la línea causal que va del derecho a la sentencia. Pero también sucede que el síndico, legitimado para obrar, puede carecer de interés en obrar, como pasa con todos los derechos que conserva el quebrado, no ya los estrictamente personales: estatutarios y familiares, sino los patrimoniales inembargables. Si se mantuviera la equivalencia entre legitimación e interés, se tendría que decir que el síndico es el sujeto legitimado que carece de legitimación, incongruencia que basta para rechazar la supuesta sinonimia.

A priori es imposible decir quién tiene o carece de interés en obrar, cabalmente porque este dato es el portillo por donde se baja de lo abstracto a lo empírico. La noción de interés se puede dar **a priori**, su explicación y justificación se encuentran **a priori**; pero decir para todos los casos quién tiene ese interés es imposible, porque se trata de averiguar en la experiencia, en lo casuístico, si cierto sujeto tiene o no dicho interés. Por ejemplo, se supone que el titular hábil de un derecho de crédito, tiene interés en obrar, pero como la noción sirve para averiguar si efectivamente lo tiene, podrá resultar que en un caso dado carece de interés para accionar, tal vez debido a que está sujeto a concurso, quizás porque ya se le pagó, probablemente porque prescribió la deuda, etc.

Hay razón en la doctrina cuando mira en el interés para actuar una cualidad subjetiva, y también cuando la entiende dato objetivo. Se explica este fenómeno, porque tanto se carece de interés para obrar cuando falta uno de los títulos de la cadena causal, como cuando el bien es inasequible por medio del juicio. Por ejemplo, en una expropiación por afectación agraria, el propietario podrá tener todos los títulos; pero la línea causal se trunca en el fin: no procede la demanda judicial, no hay competencia en ningún juzgador, ni siquiera para estudiar el conflicto, menos para resolverlo en cualquier sentido.

Desde otro ángulo, acontece que la cadena causal se interrumpe por falta de una condición de procedibilidad. Supóngase una demanda contra el Estado por responsabilidad civil. Si conforme al código civil es menester demandar primero al agente que causó el daño y sólo que vencido

no sea solvente, se demandará al Estado. Habrá falta de interés para accionar contra el Estado si no se satisfizo la condición indicada.

En otras legislaciones, ciertos sujetos son improcesables, por ejemplo, la legislación panameña ordena que se rechace la demanda contra un representante diplomático, y si no obstante ello, se hubiere admitido y sustanciado el juicio, será finalmente anulado. Este caso muestra la existencia de todos los títulos, desde los integrantes del conflicto a la habilidad o legitimación en su caso; pero falta el interés en obrar. Los jueces comunes son incompetentes, al mismo tiempo que el bien perseguido es inasequible por vía procesal ordinaria: la cadena causal se ha roto y el interés en obrar está ausente.

CAPITULO III

165 Continencia y conexidad. 166 La acumulación. 167 Atractividad y prejudicialidad. 168 Separación de procedimientos.

165 Continencia y conexidad.

La hipótesis normal de trabajo en la elaboración de una normatividad procesal, es la simplicidad fenoménica. Forzosamente hay que partir del supuesto de que un conflicto se establece sólo entre dos partes y por ello una pretende cierta resolución.

Pero esta sinópsis del contenido procesal se corresponde con muy escasas manifestaciones empíricas. De ahí que los códigos tengan que avanzar hacia la complejidad en todos sentidos. El conflicto ha sido contemplado doctrinariamente desde los dos puntos de vista: como un complejo de cuestiones y como cada uno de los problemas que le constituyen. Es por ello que Jaeger [283] queriendo ser fiel a la terminología de la ley italiana, usa la palabra causa para indicar el complejo de las controversias pendientes en un mismo proceso entre las mismas partes; idea que contrasta con la de Calamandrei, [284] para quien la palabra causa quiere indicar más bien el momento en que el conflicto es llevado ante el juez en forma de **acción**. Y en seguida añade que no toda causa presupone una controversia, porque hay casos en los que la existencia de una oposición efectiva entre las partes no es indispensable para hacer surgir el interés en obrar, que según tiene explicado, [285] surge cuando se realiza en concreto la circunstancia que hace considerar que la satisfacción del interés sustancial tutelado por el derecho no puede ser ya conseguida sin recurrir a la autoridad judicial, es decir, cuando se hace indispensable poner en práctica la garantía judicial.

Sea cualquiera la solución que se elija, si bien parece preferible adherir el criterio de Calamandrei para el término causa, sin perjuicio de discrepar en cuanto al vocablo controversia, por ser más adecuada la palabra conflicto; lo cierto es que el debate sobre la causa no coincide necesariamente con las cuestiones del conflicto. Esto conduce inmediatamente a suponer que el conflicto puede originar una o más causas que por relacionarse más o menos directamente con el conflicto, dan lugar a la continencia y a la conexidad.

283 Op. cit., p. 128.
284 *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1962, T. I., p. 284.
285 Id, p. 269.

A primera vista, la continencia debería corresponder al conflicto, porque es de él que hay que extraer las causas de dos o más procesos. Pero es factible que el conflicto mismo se vincule con otros problemas y, entonces, la continencia será algo más extenso.

Por su parte, la conexidad también da la apariencia de vinculación entre las cuestiones de un mismo conflicto, las cuales se han escindido, para llevar como sendas causas a otros tantos procesos. Mas también aquí acontece que la conexión se establece entre conflictos diferentes, y no cabe limitar la caracterización al primer supuesto.

Si se quisiera utilizar un símil de otro campo de conocimiento, se podría decir que al igual que sucede en la música, dos composiciones, o causas, pueden tener sus tres elementos iguales o diferenciarse en uno o dos. Así, musicalmente, dos composiciones serán iguales cuando su melodía, su armonía y su ritmo se repitan. Dos causas serán iguales cuando los sujetos, las cuestiones y las pretensiones se reiteren. En música se hablará de copia, en el proceso de litispendencia o caso juzgado, según el estado de los juicios similares.

a) Entre las muchas controversias sometidas a los órganos judiciales, dice Jaeger,[286] en un mismo proceso o en diferentes, pueden existir las más variadas relaciones; desde la relación de identidad se avanza hasta la indiferencia absoluta, en la cual se observa la negación de toda relación, en cuanto las controversias nada tienen en común. Si se menciona este extremo, es sólo por escrúpulos en la enumeración, pues a la teoría le importan los casos de identidad y conexión, en razón de las consecuencias que deben o pueden derivarse respecto al contenido del proceso acumulativo y en relación a la competencia.

Es evidente, añade, que si dos o más controversias, o causas en la terminología de Calamandrei, son idénticas es porque tienen en común todos sus elementos.[287] En estas circunstancias, sólo una decisión debe emitirse, porque una pluralidad de procesos y las consiguientes sentencias sería no tanto inútil, sino dañosa, implicando un dispendio de tiempo y de energía y un peligro por la eventual contradicción de los juzgamientos. A evitar estos inconvenientes miran los institutos de la litispendencia y la reunión de procedimientos, utilizables mientras una decisión definitiva no ha sido dictada; y el del caso juzgado que es aplicable en la situación inversa.

b) La doctrina mexicana ha considerado el tema con la denominación de acumulación de **autos,** usada como sinónimo de proceso, identificando las constancias escritas de éstos con los mismos procesos.[288]

286 Op. cit., p. 147.

287 Que para el autor son: los sujetos o partes; el objeto consistente en la pretensión del demandado, y las cuestiones sobre la verdad y la exactitud de las afirmaciones; cit., pp. 124-5.

288 Eduardo Pallares, *Derecho procesal civil*, p. 128.

Por razón de la discutible terminología, Pallares considera necesario advertir que no debe confundirse con la acumulación de **acciones,** que puede tener lugar en un mismo proceso. La acumulación de **autos** produce generalmente la de **acciones,** pero cabe que se oponga la litispendencia como excepción dilatoria, y el juez que la declare procedente acumule los procesos, en cuyo caso no hay pluralidad ni diversidad de **acciones.**

Este fenómeno de la acumulación fue regulado por el código distrital mexicano de 1884, y en las leyes españolas se reglamenta cuidadosamente, al decir de Pallares; sin embargo, en la ley distrital vigente se le ha suprimido por la supuesta razón de que abogados y litigantes se servían de mala fe del incidente para dilatar y aun suspender el juicio. El autor sostiene que el remedio hubiera sido abreviar la tramitación y prohibir la suspensión.

Como casos de acumulación ordenados por el código actual, Pallares enumera los siguientes: Cuando se declaran procedentes las excepciones de litispendencia y conexidad. Cuando se declara la competencia de un juez en el supuesto de conflicto. Cuando se agregan las diligencias practicadas en la vía de preparación del juicio. Cuando la providencia precautoria no sea dictada por el juez del asunto principal. En los juicios de concurso y en los sucesorios.

De los que Pallares llama principios relativos a la acumulación de **autos,** conviene recordar algunos, como el que refiere al código procesal civil distrital de 1884, en el sentido de que tratándose de interdictos, se prohibía la acumulación para evitar una suspensión dañosa a la pretensión posesoria. Tampoco procede después de pronunciada la sentencia en un juicio, salvo el caso de concurso. Los efectos consisten en que los **autos** se sigan conjuntamente, sujetándose la tramitación a la de aquél al que se acumularon, y se decidan en una misma sentencia. Por regla general, el juicio anterior atrae al posterior, menos cuando se trata de juicios universales que atraen a los particulares.

c) La acumulación aparece en todos los procedimientos, desde el amparo hasta el fiscal, desde el penal al laboral. En este último campo, Alberto Trueba Urbina [289] entiende que la acumulación puede sobrevenir por identidad o afinidad. Habrá identidad si son las mismas las partes, las cosas pedidas y las causas de pedir. Habrá afinidad cuando sean iguales uno o dos de estos elementos. En consecuencia, agrega, no debe confundirse la acumulación de **autos** con la acumulación de **acciones,** y para lograrlo hay que distinguir litispendencia de conexidad y litis de proceso. La litis se entiende como la relación que se forma entre lo que expone el actor y lo que contesta el demandado, y por proceso el conjunto de actos realizados por las partes y las autoridades, constitutivos de una relación

289 *Tratado teórico práctico de derecho procesal del trabajo,* México 1965, pp. 288 y ss.

que deberá resolverse en la sentencia o laudo. La acumulación de **autos** significa la reunión en un expediente de dos o más procesos que tienen conexidad evidente; esto es, que se requiere conexidad de las causas o procesos, litispendencia, acumulación de **acciones** o continencia de la causa. Pero aún en la conexidad de procesos la acumulación de **autos** no hace perder la individualidad de cada juicio y los trámites procesales se llevan a cabo con los requisitos legales evitando mezclas, no hay fusión para fomar un solo cuaderno, y el juicio más antiguo sirve de índice.

Como la Ley Federal del Trabajo remite al Código Federal de Procedimientos Civiles para decretar la acumulación o su improcedencia, el autor se ve precisado a transcribir los artículos aplicables de la última de estas leyes, y concluir que conforme a ella, la acumulación de **autos** sólo es procedente en los casos de litispendencia o conexidad por identidad o afinidad; o sea, cuando la decisión que se dicte en cada juicio, exija la comprobación, la constitución o la modificación de relaciones jurídicas, derivadas en todo o en parte, del mismo hecho; o cuando en dos o más juicios deba resolverse parcialmente la misma controversia.

d) En cuanto a lo penal, Julio Acero,[290] después de invocar las ideas de Chiovenda, indica que la acumulación de procesos, es decir, de procedimientos, de trámites como materia formal, es distinta de la acumulación de penas, suma o condensación de sanciones sustantivas. Si la primera facilita la segunda, no es su objeto principal, sino la reunión material de los expedientes bajo la dirección de un solo juez y para un fallo único con alteración de la competencia ordinaria, téngase o no que imponer penas acumuladas. Estas, por su parte, deberán aplicarse siempre que concurran las condiciones legales, por uno o varios jueces en cooperación aun sin acumular.

Sin seguir el orden de enumeración legal, pero con un criterio más técnico frente a los tratadistas del proceso laboral, Acero comienza por considerar el supuesto de la comisión de varios delitos por una persona, caso en el que procede la sanción única para el conjunto, de ahí la conveniencia de que un mismo juez procese; aunque éste no es el propósito conexivo sino evitar las dificultades a que puede dar lugar la tramitación separada y simultánea.

El ahorro en las repeticiones de actuaciones podría llevar a una sola fase inquisitiva, un solo auto de formal prisión, una conclusión, un solo plazo probatorio y una sola audiencia de juicio.

El segundo caso es el de los procesos que se siguen contra varias personas por la comisión del mismo delito. Como su carácter es de coautores, cómplices o encubridores; la eventualidad queda comprendida en la ley, y si las causas se iniciaron separadamente, se comprende la conve-

290 *Procedimiento penal*, Puebla 1956, pp. 351 y ss.

niencia de su acumulación. Es presumible que en cada caso uno de los complicados puede estarlo de muy distintas maneras objetivas y subjetivas, y esto justifique que se impongan sanciones individuales distintas; pero en el criterio de Acero, es mucho más fácil juzgarlos por quien tiene los antecedentes, y por ello es regla que el juez que abra la averiguación reciba las consignaciones de los presuntos responsables; y si los hechos se han denunciado en varios juzgados o dividido las consignaciones según los lugares de captura o por cualquiera otra circunstancia, se acumulen las actuaciones para seguirse y fallarse tal como son en un proceso único.

El último caso presentado por Acero atañe a varios delitos conexos aunque sean varios los responsables. La conexidad, en la ley, se determina cuando los delitos han sido cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, o unos a consecuencia de otros; cuando han sido cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos, si hubiere procedido concierto para ello; cuando han sido cometidos unos como medios para perpetrar los otros o facilitar su realización; cuando han sido cometidos unos para procurar la impugnidad de los otros o la aplicación de penas menos graves; y cuando se imputen a un mismo procesado, si tuvieren analogía entre sí.

Los delitos que se imputan a un mismo procesado, tengan o no analogía, dan lugar a la reunión, siendo indiferente la discusión de su conexidad o inconexidad material y sobrando su mayor análisis. En cuanto a la concurrencia de personas, su previo plan o la impremeditada pero efectiva combinación de los respectivos actos delictuosos enderezados a un fin común, enlaza los actos de manera que no puede decidirse sobre uno sin conocer los demás, imponiéndose la acumulación de actuaciones por razón semejante a la acumulación de causas de los copartícipes; este es el caso de los asaltantes en cuadrilla que se dividen para cometer de acuerdo, por diversos rumbos, distintas fechorías, o que concuriendo todos a una, se reparten sin acuerdo la labor, aunque para el mismo objeto, y aun realizando algunos hechos imprevistos pero acordes con la tendencia común. Hay una convergencia evidente, un nexo de relaciones, de finalidades y causalidades, que da al conjunto la unidad global de partes solidarias, que no pueden resolverse independientemente, ni pueden desmembrarse, porque se dividiría la continencia de la causa.

e) Semejante es la explicación dada por Juan José González Bustamante,[291] quien trata al mismo tiempo acumulación y separación de **autos** por ser materias de simple tramitación. Como Acero, advierte que no se trata de determinar qué sanciones deben aplicarse en la acumulación de delitos porque esto es tema del derecho penal, sino de observar las bases que tienden a la simplificación del procedimiento, para que un solo juez falle en definitiva las diferentes causas.

291 *Principios de derecho procesal penal mexicano*, México 1945, pp. 437 y ss.

González Bustamante es más preciso al indicar que acumular **autos** significa reunirlos en una sola pieza; es expresión que equivale a unir, juntar o agregar, para que se resuelva por un mismo juez. Y al igual que Acero, González Bustamante acude a Chiovenda para tratar de resolver el problema de cuándo pueden reunirse dos procesos.

El autor confronta dos reglas, la penal y la procesal. Conforme a la primera, hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, realizados en actos distintos si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la pretensión punitiva no ha prescrito. Se implanta, pues, la acumulación de sanciones, mientras que el incidente procesal persigue aplicar las reglas acumulativas, uniendo diversos expedientes a una sola pieza de autos.

La acumulación de **autos** supone definido al proceso, de manera que para la ley distrital, la reunión atañe a los procedimientos de instrucción y no a los de averiguación .El problema es grave, en cuanto por averiguación, no se entiende exclusivamente la policíaca, sino la judicial que termina con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; pero debe advertirse que en el código federal, que habla de autos y no de procesos, cabe la acumulación de averiguaciones aunque no exista la resolución privativa de libertad

González Bustamante clasifica en cuatro grupos las reglas positivas: En los procesos que se sigan contra una misma persona en los términos del artículo 18 del código penal. En los que se sigan en investigación de delitos conexos. En los que se sigan contra los copartícipes de un mismo delito. Y en aquéllos que se inicien en investigación de un mismo delito contra diversas personas. La explicación de los justificantes es similar a la ofrecida por Acero.

Quedan al margen de la acumulación, según observa este último autor los procesos en estado de juicio; pero para facilitar el conocimiento de todas las ramificaciones, permitir la aplicación de las penas acumulativas e impedir los fallos contradictorios, el juez que primero resuelva una causa deberá enviar al otro una copia. No se aceptan acumulaciones de procesos de distinto fuero, porque ello podría constituir una violación de soberanías. Tampoco se tramita incidente para reunir las diversas actas o diligencias en un mismo asunto, porque al no provenir de causas diversas, sólo se trataría de una agregación material que puede efectuarse de plano.

La regla general sobre competencia es que corresponden las causas al juez de mayor categoría, y si todos fuesen de la misma, a quien hubiese conocido de las diligencias más antiguas, y en seguida, al que conozca del delito más grave o al que expresamente elija el ministerio público, regla singular sobre fijación que recuerda lo dicho sobre el pacto de foro prorrogando. [292]

292 Supra Nº 85.

b) En la doctrina extranjera el tratamiento es semejante, y así, para Fernando Della Rocca,[293] en las razones de economía procesal y peligro de conflicto de sentencias, se halla inspirado el criterio de competencia que se origina en la conexión y continencia de la causa. Este criterio, dice, es positivo, mientras que el correspondiente a la litispendencia es tan sólo negativo o excluyente de aquél.

La litispendencia queda concebida como identidad de las causas o de la comunidad de elementos entre ellas o de cualquier relación que liga unas a otras. Y lo mismo sucede en la continencia, pero aquí hay atracción, tal como sucede en los casos de accesoriedad en que la atracción es por la causa principal, y lo mismo cabe expresar en cuanto a la conexidad por prejudicialidad en que la causa originaria es atractiva, y la compensación o la reconvención en que la atracción opera similarmente. Pero en la prejudicialidad, compensación y reconvención, el cambio de la competencia se opera con menoscabo de la causa originaria que es atraída al fuero de la opuesta a ella en sede de prejudicialidad, compensación o reconvención, cuando la última excede la competencia por razón de la materia del juez a quien se ha acudido como principal.

Respecto a la conexión, advierte que a los fines de la competencia tiene interés por cuanto las causas conexas se hallan pendientes ante jueces distintos y que también en ellas se propone la **exceptio** acerca de la prevención, y no con arreglo al vínculo de mayor o menor dependencia de una causa respecto a la otra.

Por efecto de la competencia especial derivada de la conexión o de la continencia de la causa se forma un solo proceso para varias causas diferentes, las que vienen a decidirse con una sentencia única, y el juez delegado puede utilizar este criterio para conocer de cierta causa ligada mediante una relación de conexión o de continencia a la causa que a él se le encomendó, aun cuando los términos de la delegación no incluyan mención alguna de aquélla.

e) Hugo Alsina[294] explica que si la violación de una relación jurídica afecta dos o más aspectos de un mismo derecho, hay concurrencia de pretensiones, porque del mismo hecho nacen diferentes, como en el incumplimiento por virtud del cual el acreedor puede exigir el cumplimiento y la indemnización. Pero también hay concurrencia cuando para la protección de un mismo derecho se acuerdan dos o más pretensiones distintas: redhibitoria y **quanti minoris**.

En dos o más relaciones se pueden apoyar otras tantas pretensiones sin que haya concurrencia porque el origen es distinto, pero las pretensiones pueden acumularse en una sola demanda para ser resueltas en una

293 *Instituciones de derecho procesal canónico*, pp. 130 y ss.
294 *Tratado*, T. I., pp. 348, 535 y ss.

misma sentencia si reúnen determinadas condiciones. Se trata entonces y siguiendo a Carnelutti,[295] de saber si en un proceso pueden coexistir varias litis y cómo pueden reunirse varios procesos cuando sea necesario para la composición de una misma litis.

Nada impide que un proceso sea utilizado para más de una litis, si reúnen esas condiciones, es por ello que se permite al actor deducir conjuntamente todas las pretensiones que tenga contra su demandado, en cuyo caso se dice que la acumulación es objetiva. El demandado puede también promover las pretensiones que tenga contra el actor, lo que lleva el nombre de reconvención.

Por las mismas circunstancias, varios sujetos vinculados por la litis, pueden actuar como actores y demandados en un proceso, diciéndose que la acumulación es subjetiva.

En estos supuestos hay tantas litis como cuestiones se planteen, pero la circunstancia de que la relación procesal sea única y de que en su forma exterior se presente como unidad, hace que se prescinda de este aspecto. Las condicoines aludidas constituyen en la doctrina la teoría de la acumulación de pretensiones. La acumulación de **autos** es la reunión para que se tramiten ante el mismo juez y se resuelvan en una sola sentencia o de acuerdo con un solo criterio. Mientras la acumulación de pretensiones obedece a la economía procesal, la de **autos** tiende a impedir que una cuestión se resuelva de distinta manera en dos procesos; la primera es facultativa para el actor y obligatoria para el demandado, la segunda es facultativa para el demandado y obligatoria para el actor.

La doctrina distingue tres modos de acumulación: i) sucesiva, cuando una pretensión es propuesta con la condición de que antes sea acogida otra; pero no debe confundirse con la accesoria, porque ésta exige al mismo tiempo que la principal; ii) eventual, que sólo será considerada por el juez cuando la otra fuere desestimada; iii) alternativa, si varias pretensiones son propuestas para que una u otra sean estimadas.

Cuando las pretensiones se excluyan, aunque no sean contrarias, la acumulación es imposible. Para la acumulación no se tiene en cuenta el origen del derecho, ni la naturaleza de la pretensión.[296]

Las pretensiones acumulables han de ser de la competencia del juez ante quien se promueve la demanda; y es necesario que las acciones puedan sustanciarse por los mismos trámites, para no alterar el orden del procedimiento.

295 *Sistema*, Nos. 118, 359 y 362; *Estudios de derecho procesal*, T. II., p. 5.

296 Se ha declarado procedente la acumulación del divorcio, la cesación de alimentos y la tenencia definitiva de los hijos; o el cobro de pesos y la división de condominio; la petición de herencia y la filiación; las mejoras y los daños y perjuicios; el reconocimiento de hijo natural, desconocimiento de la filiación legítima y la petición de herencia, etc.

h) Calamandrei,[297] ha puesto atención en la figura de la conexión, a la que concibe como la relación que se produce entre dos o varias causas distintas, cuando tienen comunes uno o dos de sus elementos. La comunidad limitada al elemento subjetivo también puede constituir conexión relevante respecto de varias causas pendientes entre las mismas personas, aunque los objetos y títulos sean distintos. Pero la conexión es más estrecha, cuando a la comunidad de personas se acompaña la del elemento objetivo.

Ante todo, es pertinente notar que en Calamandrei, la proporción entre conexión y acumulación es inversa. Así, por razón de la conexión subjetiva, dos o más pretensiones distintas por el objeto y el título, vierten entre las mismas partes, de donde nace la acumulación objetiva. En cambio, hay conexión objetiva cuando varias pretensiones o causas tienen comunes los elementos objetivos, dando lugar a la acumulación subjetiva por la diversidad de personas.

En tal virtud, para Calamandrei son los vínculos los que establecen la conexión y los resultados los que constituyen la acumulación. Por ello, si el actor demanda el pago de mensualidades retrasadas, puede acumularse su demanda de restitución de la suma prestada si las partes son las mismas: aquí la conexión es un vínculo que liga a los sujetos, y el resultado es acumular pretensiones. En cambio, si la liga es entre las relaciones jurídicas, como tratándose de deudas solidarias, el resultado es acumular sujetos, lo que lleva a la pluralidad de partes o litisconsorcio.

i) Redenti[298] toma el punto de partida de la reunión de varias causas en un único proceso. Esto determina un tratamiento, una cognición y una decisión procesal simultánea de las causas sólo formalmente agrupadas. Los argumentos de las partes quedarán simplemente yuxtapuestos, y las partes con el juez podrán discutir en la audiencia de los diversos temas, unos a continuación de los otros, e incluso el juez podrá emitir simultáneamente varias providencias ordenatorias, instructorias y hasta decisorias. De ahí que el juez pueda ordenar la separación de las causas, cuando la reunión implique retardo o haga más gravoso el proceso.

Pero fuera de este caso que Redenti califica de anómalo, la reunión presupone conexión entre las causas, una influencia recíproca que atañe a la congnición y a la decisión, pues habrá conexión cuando la decisión de una causa dependa de la decisión de otras, o cuando la decisión de todas dependa de la convicción sobre ciertos hechos que históricamente puedan considerarse los mismos. Pueden reunirse, por tanto, causas principales y accesorias o conexas por accesoriedad: reivindicación y resarcimiento de daños, declaración de estado de hijo legítimo y pago de alimen-

297 *Instituciones*, cit., T. I., pp. 296 y ss.
298 *Derecho procesal civil*, T. I., pp. 306 y ss.

tos. Aquí la suerte de las segundas pretensiones depende de la suerte de las primeras o principales. Tiene analogía con los casos anteriores el supuesto de prejudicialidad o declaración incidental de certeza, como acontecería si se demandan alimentos o petición de herencia y se impugna la filiación.

La ley italiana considera el caso que Redenti, de una manera insólita, llama excepción reconvencional.[299] Se trata de una pretensión que se funda en un crédito distinto y diferente por sus orígenes y su título.

Y la última hipótesis contemplada por la ley, sería la reunión de varias causas entre las mismas partes, hablándose entonces de reconvención y demandas reconvencionales, si se fundan en el mismo título ya deducido en juicio por el actor como fundamento de su demanda, o en el título ya deducido en el juicio como fundamento de la defensa.

j) En el campo del proceso penal, Leone[300] advierte que la ley habla de conexión en varios preceptos que por la variedad de plataforma normativa, no propicia la elaboración de una teoría. Así, se mencionan los delitos conexos, los procedimientos conexos, y de la conexión material y procesal. En consecuencia, cabe decir que hay conexión de procedimientos cuando entre dos o más, medie un nexo particularmente previsto por la ley, que aconseje la reunión o la acumulación de ellos.

Más allá de esta descripción no se puede ir, pues afirmar que hay conexión cuando varias cosas que deben ser juzgadas tienen en común algún elemento, o que cuando entre dos procedimientos medie una relación procesal cualquiera, o que con referencia al proceso civil hay conexión cuando haya comunidad de un elemento de la litis, etc., significa describir el fenómeno pero no definirlo.

Sólo la ley puede determinar los casos en que el vínculo existe, pues no hay regla segura para orientar al legislador, quien a menudo se encontrará frente a dos exigencias opuestas: no separar a las partes del juez competente y evitar complicaciones que obstruirían el rápido desenvolvimiento del proceso, y consentir la acumulación de procesos para tener una visión completa del cuadro y una decisión más justa.

La ley no prevé las hipótesis de conexión por falta de un criterio general de identificación de la conexión, y simplemente se les pone como

299 Niceto Alcalá Zamora, *Clínica procesal*, México 1963, pp. 317 y ss., a propósito de las excepciones reconvencionales, recordó que Mortara en el tomo II, números 66-95 de su *Comentario del codice e delle leggi di procedura civile*, la trata como especie del género reconvención que de esta manera se descompondría en *acción* reconvencional o sea la contrademanda, y excepción reconvencional cuyo prototipo sería la compensación, y que aparecería cuando el demandado necesitare someter a examen un nuevo tema de controversia. Tal figura, afirma el autor, ha sido rechazada por Chiovenda, Escobedo, Jaeger, Bolaffi y Zanzucchi, y la mayoría de los tratadistas no la menciona; pero Redenti la acoge como último exponente de la teoría.

300 *Tratado de derecho procesal penal*, T. I., pp. 394 y ss.

excepciones o derogaciones a la competencia y tienen carácter taxativo y no ejemplificativo. Hay casos en que el nexo sólo liga los procedimientos y no las imputaciones, como cuando la ley vincula las pruebas concernientes a dos o más.

Por consiguiente, si existen varios procedimientos a cargo de la misma persona por la misma imputación, se recurrirá a la reunión para evitar la anormal duplicación; pero la conexión es vínculo entre entidades distintas y no es el **bis in idem:** hay distinción en los procedimientos por su existencia formal y por el objeto específico que se refiere a imputaciones distintas.

Interesante, en la posición de Leone, es recordar sus explicaciones sobre la razón de ser de cada hipótesis de conexión: i) En el caso de varios procedimientos por delitos cometidos por varias personas reunidas al mismo tiempo la ley tiende a unificar los procedimientos por la comunidad total o parcial del material de prueba, asegurando una economía procesal. ii) En el caso de varios procedimientos a cargo de varias personas imputadas de concurso en un mismo delito, la ley tiende a evitar un eventual conflicto de fallos y a asegurar una cierta proporción en la medida de las penas. iii) En el caso de delito cometido para realizar u ocultar otro, o a fin de conseguir o asegurar al culpable o a terceros el provecho, el precio, el producto o la impunidad, la ley tiende a hacer aplicable la agravante. iv) En el caso de delito cometido con ocasión de otro, la ley tiende a asegurar, como en el primer caso, una adquisición unitaria y una reconstrucción crítica unitaria de las pruebas. v) En el caso de una misma persona imputada de varios delitos, cuando se ofrezca el nexo de la continuación, la ley tiende a hacer completa la indagación acerca de la capacidad para delinquir del culpable. vi) Y en el caso de influencia de la prueba de un delito en otro, se tiende a evitar la suspensión de uno de los procedimientos.

166 La acumulación.

Si la continencia o la conexidad son el supuesto, la acumulación es el resultado. Hasta llegar a Leone, la teoría de la conexidad había venido siendo pacíficamente entendida. Se hablaba de ella con naturalidad y dando por lógico lo que era dogmático. Pero ante las afirmaciones de este autor, la reflexión se impone inexorablemente.

En el código distrital mexicano ya no se habla de acumulación sino de conexidad, y esto es doblemente preocupante, porque si no hay una verdadera teoría de ella, y lo que importa es el resultado: la acumulación, al desaparecer la última y quedar sólo el supuesto, el legislador distrital parece haber cometido un doble error.

No es éste el criterio que expone Alcalá Zamora,[301] pero el autor observa que la conexidad está reputada en dicho código como una **excepción dilatoria** al igual que la litispendencia, y que pese a la reglamentación de los artículos 39 a 42, su ordenamiento no resulta satisfactorio, amén de que en el ámbito de la justicia de paz, sólo se consiente su empleo cuando se trate de juicios seguidos ante un mismo juez. Esto ha conducido a ciertos códigos estatales, como los de Chihuahua, Michoacán y Nuevo León, a restablecer el procedimiento para la acumulación que tenía el código distrital de 1884, aunque no todos hayan seguido fielmente su reglamentación.

Ahora bien, el vigente código distrital sí habla de acumulación, pero lo hace respecto de los **autos,** con olvido, dice Alcalá Zamora,[302] de que es una denominación equívoca porque sirve también para designar las resoluciones intermedias entre los decretos y las sentencias, y de que aun tomada la palabra como conjunto documental del proceso, la acumulación no se asocia indisolublemente con los juicios escritos y cabe referirla a los orales.

a) Todo esto regresa el análisis al punto de partida, porque acontece que el fenómeno puede ser contemplado desde diversos ángulos y, sin embargo, aún no se sabe qué es la conexidad. Al tratar la competencia, la doctrina se ve forzada a hablar de acumulación por conexidad, al estudiar el objeto del proceso, sucede algo semejante; y a ello se agrega el que la terminología es insegura, de manera que mientras las leyes hablan de acumular **autos,** la doctrina se refiere a las **acciones** y a los procesos.

Lo que no puede omitirse es fomular la misma pregunta que se hicieran Chiovenda y Leone, uno inquiriendo la razón por la que se han de reunir los procedimientos, y el otro dudando de que se pueda definir la conexidad.

Si a lo primero se puede responder con apego a la normatividad vigente, a lo segundo no cabe sino contestar categóricamente en sentido afirmativo o negativo; en la inteligencia de que, sea cualquiera la respuesta, el problema siguiente es grave.

La cuestión que se levanta para definir la conexidad, no es una dificultad semántica sino estrictamente lógica, porque las caracterizaciones abundan y basta decir que la conexidad es la coincidencia de uno o más elementos objetivos o subjetivos en las pretensiones de varios procesos; pero esto deja fuera el punto central que es el lógico.

Acumular es un resultado, pero sin saber qué es conexidad, acontece que el primero se obtiene caprichosamente, sin importar que este capricho sea del legislador o del juez, de la doctrina o de la jurisprudencia,

301 *Síntesis del derecho procesal,* cit., pp. 61 y 288, nota 194.
302. Op. cit., p. 339, nota 663.

y sin que valga argüir que se busca economía y no contradicción en los posibles fallos.

Un primero y conveniente punto de partida sería la noción de continencia. Si su definición es asequible y su existencia se demuestra, entonces la acumulación tendrá un justificante.

No es dudoso, como quiere Calamandrei, que un conflicto pueda contener dos o más causas, significando con ello que podrían pretenderse procesalmente dos o más resoluciones sobre dos o más cuestiones del mismo conflicto. Ahora bien, no se alude aquí al supuesto en que dos personas tengan discrepancias sobre varios asuntos que les ligan. Si un comerciante ha tenido dificultades con un industrial en diversos ocasiones y no ha podido zanjarlas, se podrá hablar de malas relaciones mercantiles, pero no de continencia jurídica.

En cambio, si se supone una situación particular erizada de problemas, es factible la idea de continencia. Por ejemplo, si un comerciante ha venido facturando indebidamente con varios talonarios no autorizados su situación tiene consecuencias múltiples, todas derivadas de un mismo estado de cosas: irregularidades respecto al impuesto sobre la renta, irregularidades en cuanto al impuesto sobre ingresos mercantiles, irregularidades frente al Código Fiscal.

Habría, pues, un tipo de continencia que vendría a significar unidad fáctica y multiplicidad de relaciones jurídicas. Por ejemplo, la introducción al país de un vehículo de importación prohibida, tendría efectos frente a la Dirección Federal del Registro de Automóviles, frente a la Dirección General de Aduanas y frente a las Direcciones Generales de Transito.

Desde luego, ese tipo de continencia no podría confundirse con la situación jurídica creada por un complejo relacional. Así, casi no hay contrato en el que se pacte una sola relación. Lo común y natural es que el documento incluya diversas pretensiones y prestaciones sustantivas. En estas condiciones, la continencia se puede referir al contrato mismo pero no a un hecho individual. Del contrato derivarán pretensiones múltiples de satisfacción simultánea o sucesiva; pero cada una susceptible de ser exigida y perseguida individualmente.

Por ende, la continencia, ya sea fáctica o en virtud de un complejo jurídico, no conduce necesariamente a la solución de la acumulación. Es decir, no se ve, **a priori** y lógicamente, que sea forzoso reunir en un solo proceso todas las demandas posibles. Desde luego, en lo fiscal resalta la circunstancia de que cada autoridad obrará autónomamente, y en lo civil o mercantil se podrá llegar al extremo del código procesal civil federal mexicano, en el sentido de facultar al juez para que ordene se acumulen todas las pretensiones del conflicto; pero esta solución positiva no justifica sino que explica algo dogmático. En definitiva, no se alcanza una razón suficiente para imponer el deber de demandar todas las pretensiones

conjuntamente; y cuando el código distrital expresa que por ejercer unas y no otras se pierden las últimas, acoge un criterio que no pasa de ser dogmático y que tendrá muchas conveniencias pero todavía no llega a ser lógicamente forzoso.

La idea anterior viene expuesta con otras palabras por Ernest Beling, [303] al explicar que la cuestión se plantea al indagar qué debe ser jurídicamente un proceso, y qué debe desarrollarse dentro de varios procesos. Todos los procesos deben abarcar lo que pertenece a cada uno, y hay que alejar de éste lo que no tiene relación con él. En consecuencia, cada proceso debe tener un solo objeto procesal y cada objeto procesal debe pertenecer a un solo proceso.

Sin embargo, el mismo autor reconoce que un proceso puede tener una pluralidad de objetos en los casos de conexión de los asuntos penales: concurrencia real que es una conexión personal o subjetiva; complicidad que abarca el encubrimiento como conexión objetiva; pero en ellos acontece que a pesar de la unidad de proceso, los varios objetos conservan su independencia, de modo que la admisibilidad de la persecución penal debe examinarse aisladamente para cada asunto.

Es pues, de advertir que se dan situaciones como el que un testigo declare negativamente en un asunto y afirmativamente en otro, y que en definitiva, la sentencia abarcará dos asuntos y podrá impugnarse en lo que se refiere a uno mediante apelación y en relación al otro a través de la casación.

Carnelutti es ligeramente más prudente, al sostener que el proceso acumulativo exige una relación entre las litis, que corresponde al concepto de conexión. Existe la misma, afirma, [304] cuando uno de los elementos de la litis es idéntico y no lo es otro. Según la calidad del elemento común, se habla de conexión personal o subjetiva, real y objetiva y causal. Cuando en vez de ser uno son dos los elementos en común, se puede hablar de conexión duple o bilateral. Esto hace que sea posible y hasta oportuno que las litis conexas se compongan mediante el mismo proceso y por el mismo juez. Pero hace falta también que tengan en común los instrumentos de su composición, las razones, si se trata de litis de pretensión discutida o los bienes si se trata de pretensión insatisfecha.

Para que dos o más litis sean instrumentalmente conexas, debe existir entre ellas conexión subjetiva, objetiva o causal. Para que exista conexión instrumental entre varias litis de pretensión discutida, es necesaria la identidad del hecho jurídico o del efecto jurídico en que se resuelve la razón. En el primer caso se habla de conexión por razón del título; en el segundo se habla de conexión por razón del objeto, o sea el efecto ju-

303 *Derecho procesal penal*, pp. 117 y ss.
304 *Instituciones*, T. I., p. 40.

rídico cuya declaración de certeza o cuya constitución se pide. Cuando la conexión instrumental se agrega a la conexión subjetiva, objetiva o causal, y adquiere relevancia en orden al proceso, se la llama interdependencia. Cuando el hecho o el efecto jurídico en que se resuelve la razón de la pretensión de varias litis distintas no sea idéntico, sino similar, puede haber únicamente conexión impropia, como la reacción entre varias litis en que los hechos o los efectos constitutivos de las razones sean distintos pero pertenecientes al mismo género: por ejemplo, si un sujeto contiende con otro, y un tercero con un cuarto, acerca de la nulidad de dos testamentos y a propósito de los cuales, se presenta la misma cuestión.

b) La acumulación, considerada desde el ángulo lógico, ha de mostrar una necesidad de reunión. Poco importa en este tratamiento, que el legislador quiera economía o intente eliminar contradicciones en los pronunciamientos. Para la lógica sólo tiene valor la circunstancia de la necesidad de reunión.

Ahora bien, hay un caso teóricamente indisputable, el que Carnelutti llama conexidad causal y que generalmente se analiza como cuestión de prejudicialidad. Pero, curiosamente, es precisamente el supuesto en que la legislación asienta con frecuencia la separación procesal por consideraciones de competencia del juzgador; y así, lo prejudicial penal va al juez de esta materia, suspendiéndose el proceso civil mientras se llega a la sentencia penal. Es decir, el caso típicamente necesario de acumulación, conduce en gran número de códigos a la separación.

Por tanto, las restantes hipótesis de acumulación: objetiva y subjetiva, tienen más de política procesal que de motivos lógicos. Queda, entonces, por analizar, qué es lo acumulable: si las pretensiones, las instancias, los procedimientos o las resoluciones.

Desde luego, la continencia sólo se mira lógicamente en el caso de prejudicialidad, al grado de que cuando la competencia es diferente, se impone la suspensión o al menos, la sentencia condicionada al resultado posterior del fallo prejudicial, si no es que, como parece más adecuado, se amplía la competencia del juez de lo principal.

Es así como resulta que en lo penal, tanto Acero como González Bustamante, hablan de acumulación y aún de conexidad artificial, pero no de continencia. Ninguno de los casos que recuerdan, da lugar a la dicha continencia. No la comisión de varios delitos por la mismo persona, pues es obvio que la realización de uno no implica la del resto. Tampoco la coautoría, precisamente porque cada sujeto ha de ser estudiado en su conducta personal. En cuanto a la realización de varios delitos conexos, sean cometidos simultáneamente o sucesivamente por dos o más personas reunidas o separadas, se vuelve al supuesto anterior, porque la penalidad de cada hipótesis dependerá del análisis particularizado y no de la conexidad.

Todavía González Bustamante distingue entre conexidad criminal y la procesal, de manera que a la primera corresponderá la acumulación de sanciones y no de procesos.

Sólo parece quedar en pie la conexidad, es decir, la vinculación de dos o más elementos procesales. Como los factores son: la pretensión, la instancia, el procedimiento y las resoluciones; para cada hipótesis se tendrá conexidad si, y nada más si los elementos de cada factor son coincidentes en cierto número con los de otro proceso.

c) A partir de la instancia, la acumulación sugiere la presencia de más de dos titulares de ella. Ante todo, debe puntualizarse que puede caber acumulación en el proceso o en procedimientos diversos, como los negocios por atribución judicial llamados de **jurisdicción** voluntaria, los procedimientos cautelares, los de ejecución, etc.

La acumulación de instancias no puede confundirse con la sucesión propia del dinamismo procedimental. Es obvio que en cualquier procedimiento, procesal o no, ha lugar a reunir instancias, a medida que se desenvuelve la serie. Pero no sería prudente hablar de acumulación si las partes son las mismas.

Viene en seguida, la natural consecuencia de la figura que será tema de posteriores parágrafos: la pluralidad de partes. Si se han acumulado instancias, y éstas son de la misma índole, el diseño se complica y en lugar de una sola línea de desarrollo, se tendrán que observar dos o más, en proporción al número de sujetos que intervienen.

d) La acumulación que parece más natural es la de pretensiones. Si por pretensión se ha venido entendiendo el acto de afirmación de un título y la exigencia de pronunciamiento favorable, ahí donde sean varios los títulos o diversas las resoluciones, se tendrá una acumulación de pretensiones.

Es fácil consignar el extremo en que un mismo sujeto acumula dos o más pretensiones. Las leyes procesales así lo precisan y, por ejemplo, el artículo 31 del código distrital en lo civil, establece que cuando haya varias pretensiones, que llama **acciones,** contra una misma persona, respecto de una misma cosa y provengan de una misma causa, deberán intentarse en una sola demanda. El precepto añade que por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras; pero al mismo tiempo, prohibe la acumulación de pretensiones contrarias o contradictorias, de las posesorias con las petitorias, y cuando una dependa del resultado de otra, ni cuando por su cuantía o naturaleza correspondan a competencias diferentes.

Sobre este precepto, que no es del mismo sentido que el vigente en otras leyes, pues las hay que permiten y aun ordenan la acumulación en casos en que éste prohibe; sobre tal artículo, se pueden analizar las condiciones de acumulación por conexidad.

Desde luego, se habla de pretensiones múltiples contra un mismo demandado, por lo que si fueren varios los sujetos pasivos, no se estará en la hipótesis de acumulación debida sino facultativa. Pero, además, es menester que se refieran a la misma cosa y que provengan de la misma causa. Esto significa que si el bien es distinto, o si la causa, llamada también título de la pretensión, varían de un caso al otro, tampoco se estará en la acumulación obligada.

De lo apuntado resulta que la acumulación opera en lo tocante a la parte presupuestal de la pretensión, esto es, mira hacia las resoluciones. Se trata de acumular varios **petita** siempre que la **causa petendi** y la cosa sean las mismas; como si a propósito de una petición de herencia se demandara la entrega de un bien, sus accesorios y los frutos percibidos por el poseedor.

Ahora bien, en el artículo 39 de la misma ley, se intenta describir la conexidad, y se le regula como excepción dilatoria, que cabe, cuando hay identidad de personas y pretensiones, aunque las cosas sean distintas, y cuando las pretensiones provengan de una misma causa.

Aquí parece asentarse una diferencia entre acumulación por virtud del **petitum,** y acumulación por conexidad. Pero, desde luego, el lenguaje del código es sumamente equívoco y difícil de captar aisladamente. Cuando afirma que la conexidad es de las causas, se refiere a los procesos y por lo mismo, lleva a suponer que se unificarán las instancias. Pero además, exige identidad de la personas y de las pretensiones, aunque de éstas desglosa las cosas, quedando sólo los títulos o causas y las resoluciones exigidas. En seguida unifica la causa, con lo que parece admitir la diferencia de personas y peticiones.

Naturalmente, este código no puede ser modelo a seguir, primero por su deficiencia metódica al emplear los vocablos multívoca y equívocamente; y después, por cuanto su técnica no consiste en invariar congruentemente los principios que establece. Tales circunstancias fueron advertidas desde su promulgación, y la crítica de Eduardo Pallares [305] fue definitiva, confesando expresamente no entender el sentido jurídico de los artículos 39 y 42, al prever la acumulación de los **autos** aunque no se acumulen por cuanto la tamitación debe seguirse por separado.

Como el tema interesa especialmente a un cuerpo legal determinado, ha de ser analizado en su oportunidad, al estudiar el juicio ordinario. Por ahora sólo importa precisar que en la conexidad se ha estimado que hay identidad de personas, aunque las pretensiones sean diversas si provienen de una misma causa. Becerra Bautista [306] describe el caso en que el actor demanda el cumplimiento de contrato y el reo opone su nulidad. También con este ejemplo, queda mostrada la dificultad de inteligencia de la ley

305 Cfr. Demetrio Sodi, *La nueva ley procesal*, México 1946, T. I., pp. 48 y ss.
306 *El proceso civil en México*, 1962, T. I., p. 63.

aludida, pues se ha acudido a la acumulación de pretensiones distintas de dos partes, el actor y el reo, cuando lo que se buscaba era una manifestación en que el demandado pide acumulación, a través de la llamada **excepción** de conexidad, porque hay otro juicio que tiene puntos de contacto previstos en el artículo 39 citado; ciertamente, como explicó Gabriel García Rojas, [307] es factible que la **excepción** se haga valer por el reo en virtud de que en otro juicio conexo tiene el carácter de actor; pero éste es apenas un extremo, tal vez el más cercano a la imaginación legislativa, pero no el único ni el que deriva de las palabras textuales de los preceptos mencionados.

En resumen, la acumulación por conexidad implica dos supuestos en la ley distrital; el primero es el de acumulación aunque las cosas sean distintas. Se trata de relaciones entre las mismas partes, por lo que el punto decisivo viene a ser la similitud de pretensiones. El segundo supuesto es el de pretensiones que provienen de una misma causa, dejando implícito que las partes son las mismas. Si antes la unidad estaba en las pretensiones semejantes, ahora se encuentra en la causa. Pero como la terminología del código distrital puede traducirse correctamente, la verdad es que se está regulando la acumulación con motivo siempre de la pretensión: en un caso considerando unidad en lo pedido, en el otro, unidad en la causa de pedir. Allá se acumulan porque el actor exige en un juicio la entrega: primero del bien principal y después de las accesiones o frutos. Acá se acumulan porque se exige: la cancelación de la hipoteca en un juicio, y la devolución de cantidades pagadas de más en otro, todo en virtud de un mutuo con garantías hipotecarias que se afirma cumplido por pago total.

En lo expuesto se confirma que la conexidad, dogmáticamente impuesta, no tiene una base lógica de continencia, y que en principio nada se opone para que cada pretensión se siga en juicio distinto. Sólo la economía, la posible contradicción explican la reunión. Pero de que algo sea conveniente, no se sigue que sea necesario, y aun el tema de la contradicción es difícil de invocar como justificante.

e) La acumulación regulada por el código distrital no se limita a la conexidad, y fuera de sus alcances, que serán considerados en seguida, es pertinente recordar que ya en la doctrina [308] se habla de acumulación para los casos de litispendencia, de diligencias preparatorias que han de unirse en su momento al juicio principal, de medidas precautorias en semejantes condiciones, de concursos, quiebras y sucesiones, porque estos juicios se han venido estimando como atractivos.

307 Demetrio Sodi, op. cit., T. I., p. 53.

308 Eduardo Pallares, *Derecho procesal civil*, pp. 128 y ss.

Frente al criterio distrital, el código federal de procedimientos civiles mexicano, ha introducido lo que califica de principio de flexibilidad, en virtud del cual, en tanto dure el proceso, ha de ser apto para dar solución a todos los motivos de controversia, que en relación con la causa a debate, puedan surgir entre las partes principales y aún respecto de terceros. Lo que esta ley ha buscado es eliminar el prejuzgamiento sobre los límites de información que requiere el juez, situación que afirma existente en el procedimiento tradicional, lo que ha dado motivos para resoluciones en desacuerdo con la realidad jurídica, ocasionando la multiplicidad de juicios para decidir cuestiones que pudieron y debieron decidirse de una vez.

Esto se evita, dice la Exposición de Motivos,[309] con el proceso flexible, que permite a los interesados mismos, partes o terceros, ampliar el campo del debate, y aún autorizando al juzgador para ordenar se extienda el **litigio** o debate procesal, a cuestiones no sometidas a su resolución, cuando así sea necesario para poder decidir sobre las que ya conoce.

Considerando el panorama desde el ángulo teórico, ha de estimarse que la técnica aconsejable está más cerca del código federal. La llamada acumulación por conexidad, tropieza con la dificultad de entender si lo reunido son las pretensiones o las actuaciones.[310] En definitiva, la conexidad en la ley distrital consiste en la reunión de las causas con sustanciación separada, para ser resueltas al mismo tiempo. Este es el mismo criterio que se sigue en materia de amparo directo ante la Suprema Corte, cuando se ordena resolver dos juicios conexos en la misma sesión. Por tanto, se han llevado a un solo juzgador dos procesos que interesa resolver el mismo día, para evitar los perjuicios que tanto se han comentado.

Pero si se busca economía **procesal**, si se persigue evitar la contradicción de pronunciamientos, lo pertinente es acumular realmente las pretensiones, permitiendo que sea uno solo el proceso y una nada más la sentencia. Después de todo, la teoría de la acumulación ha de completarse con la de la separación. Y si por virtud de la primera se busca economía, a través de la segunda se persigue apartar de un juicio lo que no le es pertinente, lo que constituye un problema que ha de ser juzgado en sede diferente o en condiciones distintas. El estudio de la conexidad hace pensar en las exageraciones a que ha conducido el formulismo, la rígida concepción de lo que debe ser el proceso. Verdaderamente, la vuelta hacia esas viejas técnicas de presentación de demandas eventuales o subsidiarias, conseguida en parte en el código federal, se impone en un momento cultural en el que se pide del derecho en general, una adecuación al avance tecnológico de la época actual.

309 Ed. de Información Aduanera de México, 1943, p. 3.

310 Demetrio Sodi, op. cit., T. I, p. 55, citando la crítica de Francisco Sordo Noriega.

f) Pese a que su doctrina no está ubicada en primera línea, el derecho norteamericano ofrece ejemplos de un avance técnico indudable, como cuando la **Civil practice law and rules** neoyorkina implanta una liberal transformación de la demanda.[311]

Después que la petición ha sido formulada, cualquiera de las partes puede considerar que debe cambiarla en algún aspecto. Puede desear subsanar un defecto o incluir hechos adicionales, o agregar otra causa de pretensión o de defensa. O simplemente cabe que intente suplementar la petición, incluyendo materias que han sobrevenido. En algunas instancias la presentación de las peticiones complementarias se permite sin autorización del tribunal, en otras esto es exigido. Una parte puede complementar cualquier petición por una vez, sin autorización del tribunal, si lo hace dentro de los veinte días de la notificación de la petición inicial; dentro del período concedido al adversario para contestar, lo que no es igual al caso anterior, por cuanto ese plazo pudo haberse extendido por estipulación o por decreto; y dentro de los veinte días posteriores a la notificación de la contestación.

La razón para las complementaciones es permitir a la parte, al menos una oportunidad de revisar o añadir a su demanda, en el período formativo del debate, momento en que la reforma difícilmente producirá un perjuicio a los derechos de la contraria. Si el tiempo para la complementación ha expirado, o si la demanda ha sido reformada una vez, cualquiera otra modificación será posible si la autoriza el tribunal o las partes la acuerdan. La autorización judicial para reformar o suplementar la demanda, puede otorgarse antes o después del juicio. Esto se funda en el principio de que la parte no debe quedar sometida a los términos de la demanda original, si errores o defectos de ella son conocidos posteriormente o si se descubren hechos nuevos por investigación o en el **pre-trial.** Esto se vincula con el mandato legal de que las peticiones deben ser presentadas libremente y sus defectos deben carecer de trascendencia si no se perjudica un derecho sustancial de la parte. Pero el tribunal puede rechazar la adición o la reforma, si operan en perjuicio del adversario o tienden a la mera dilación del juicio.

Queda evidenciada la posibilidad de alcanzar una excelente solución legislativa, aunque no exista una corriente doctrinaria científica, ni un nivel académico notable. Podría concluirse que siempre prevalecerá la sensatez sobre la erudición, que un criterio práctico puede estar apoyado en una razón implícita: la premisa no articulada de las normas positivas.

De cualquiera manera que se valore este fenómeno, lo importante está en el hecho de que la verdadera acumulación ha de atender a la reunión de las pretensiones y no solamente a la material conservación de

311 Herbert M. Wachtell, *New York practice under the CPLR*, N. Y. 1966, pp. 139 y ss.

los expedientes en el mismo juzgado o por el mismo secretario. Lo que interesa, para la economía procesal, es reducir el número de actos de instancia, y no juntar los procedimientos o hacer que se sustancien paralelamente, con el fin de que las sentencias se dicten el mismo día. Si la pretensión es susceptible de juntarse a otra u otras, y nada impide que las pruebas y los alegatos se vinculen respectivamente con cada una de las pretensiones deducidas; el resultado a que debe llegarse es a la afirmación de la acumulación judicialmente controlada.

167 Atractividad y prejudicialidad.

El resultado acumulativo no funciona interdependientemente tan sólo con la conexidad, y ya se han señalado en la doctrina y en la legislación otros supuestos [312] en que no es por razón de la cosa, la **causa petendi** o el **petitum** que cabe la reunión procedimental. Además, se ha observado que la conexidad no es lógicamente una base para unir dos o más procesos, dos o más pretensiones, etc.

Ya Devis Echandía [313] expresa que la conexión no es un factor de competencia ni un criterio para determinarla, sino una razón para modificarla o extenderla a casos en los cuales no la tiene el juez.

La atractividad viene a ser la cualidad competencial, por la que el juez de atribución principal adquiere facultades para conocer de otros juicios. Algunas veces, esos juicios le hubieran pertenecido originalmente, por lo que sólo se trata de reunir pretensiones que pudieran deducirse separadamente. Tal es el caso normal de las demandas en que se presentan varias pretensiones, conectadas por la cosa o por los sujetos y aun por las causas. Pero también se contempla el fenómeno en la reconvención o contrademanda, en la que el demandado, aprovechando la constitución del proceso inicial, utiliza la ocasión para ser actor de su nueva pretensión.

Tales extremos los refiere Devis Echandía, mencionando los supuestos en que se acumulan pretensiones, una de valor inferior al límite de la competencia del juez, y otras superiores, porque separadamente no podría conocer de las primeras; aquí, la razón queda ubicada en la **causa petendi** común, o en la identidad de las partes. En la reconvención, lo decidido legislativamente es que si excede de la competencia del juez que previno, se remitirán las actuaciones al competente por cuantía.

El mismo autor señala que, al menos en Colombia, si entre las partes reunidas hay algunas con fuero especial, como la nación, los departamentos o los municipios, tal cualidad prevalecerá para la fijación de la competencia. Algo similar encuentra en la que llama conexión objeti-

312 Supra Nº 166.
313 *Nociones*, p. 121.

va, que aparece por el valor y por el fuero real, cuando uno o varios inmuebles, objeto de la demanda, están en distintas circunscripciones, porque entonces la acumulación opera como en el supuesto en que se reúnen pretensiones personales a otras reales y el domicilio del demandado está en lugar distinto al de ubicación de los bienes, siendo la regla la expresada por el brocardo **accessorium sequitur principale.**

Ahora bien, el momento sobresaliente de la acumulación por atractividad se presenta en los llamados fueros de atracción, que son la quiebra, el concurso y las sucesiones. Para Ramiro Podetti,[314] el fuero de atracción de lo que llama juicios universales, desplaza la competencia de los jueces. La calificación de universalidad proviene de la circunstancia de que está involucrado un patrimonio como totalidad. Por ende, los juicios de concurso civil, quiebra mercantil o sucesiones, atraen a los iniciados separadamente, y muchas veces se dice que los juicios singulares se convierten en accidentes y la relación procesal se establece entre el legitimado del juicio universal y la contraparte del singular, es decir, de quien promueve contra el concurso, la quiebra o la sucesión, o que a ellos van para el reconocimiento de sus derechos.

a) Si la integración de los acreedores en la **masa pasiva** de la quiebra tiene por base y fundamento la sumisión de todos ellos al principio de la **par condicio,** explica José A. Ramírez,[315] por supremas razones de interés público, de poco o nada servirían los efectos respecto a la persona y los bienes del deudor, o sean su inhabilitación y el desapoderamiento de sus bienes, si al margen de la ejecución, cada acreedor pudiera iniciar o proseguir el ejercicio de sus pretensiones personales en contra del patrimonio del deudor.

Es por ello que las leyes toman en cuenta los varios procesos singulares contra el deudor o sus bienes, para incluirlos en el juicio que por ello se llama universal, de la quiebra. Esto se explica también con los términos del principio de atracción del juicio universal, como procedimiento de ejecución colectiva. La quiebra, como el concurso civil de acreedores, requiere una cierta unidad en las sustanciaciones procedimentales, lo que implica que el juez se avoca a todas las reclamaciones sobre responsabilidad pecuniaria a que están afectos los bienes.

Viene a explicarse la acumulación por el hecho de que el caudal ha de responder por las demandas formuladas o que se formulen contra un deudor que aparece como común para todos los acreedores. Se intenta, además, evitar que el acreedor singular ejecute en su exclusivo provecho los bienes del deudor, disminuyendo ese caudal único, vuelto indisponible por la sentencia de quiebra o concurso. Si no se evita este ries-

314 *Tratado de la competencia*, Bs. As., 1954, p. 482.

315 *Derecho concursal español. La quiebra*, Barcelona 1959, T. II., pp. 229 y ss.

go, no habrá comunidad de pérdidas ni paridad en las condiciones de cobro. A esto obedecen las denominaciones de unicidad de la masa activa y de la masa pasiva, significándose con lo primero el conjunto de acreedores, y con lo segundo la totalidad del patrimonio ejecutable.

Sin embargo, se debe observar que aquí operan dos ideas bien distintas. La primera corresponde al proceso de concurso o quiebra, por el que se ha de resolver sobre la inhabilitación del deudor y la indisponibilidad del patrimonio. La segunda atañe a la constitución de la masa activa, para lo cual, no siempre será necesario un verdadero proceso, bastando un procedimiento de calificación y jerarquización de los créditos.

Mas como alrededor de esta segunda idea, pueden surgir cuestiones de diversa índole, desde oposiciones a la calificación, a la preferencia, a la inclusión o exclusión de créditos, se habla de un principio de accesoriedad, que apoyado en datos económicos conduce a la acumulación y a la exclusión. Así, en ciertas condiciones, como la naturaleza de créditos privilegiados: hipotecas, pignoraciones, etc., conduce a la separación de la masa o conjunto de créditos concurrentes, esto produce la consecuencia de una reunión heterogénea, donde se ven procesos por antonomasia, al lado de procedimientos de liquidación.

No puede, entonces, decirse que por virtud de la atractividad del derecho concursual, opere una positiva reunión de procesos, sino que, todo lo más, la acumulación sigue siendo la consecuencia de una atracción competencial, en virtud de la cual, será el juez de la quiebra el que conozca y decida de procesos y procedimientos vinculados con el caudal del deudor común. Pero es factible que se sigan diversos juicios y que sustanciándose por separado, terminen con sentencias individuales, de modo que la quiebra será motivo de atracción y no de unidad procesal.

b) Hugo Alsina [316] describe el juicio sucesorio como el procedimiento por el cual se determina la calidad de heredero, se establecen los bienes que forman el activo de la herencia, se comprueban las deudas que constituyen el pasivo, y luego de procederse a su pago, se reparte el saldo entre los herederos, de acuerdo con el testamento, o a falta de éste, según las disposiciones del código civil.

Hay un primer dato acumulativo, referente a la posibilidad de que se inicien dos juicios: **ab intestato** y testamentario. Las legislaciones positivas dan preferencia al testamentario y, de esta manera, se puede afirmar que, en principio, el juez de la testamentaría es el competente, pero hay salvedades provenientes de la fecha de la iniciación, del grado de adelanto procedimental, etc., las cuales se aplican también a los supuestos de dos o más juicios testamentarios.

316 *Tratado*, T. VI, pp. 642 y ss.

Como consecuencia de su carácter universal, explica Alsina, [317] el juicio sucesorio ejerce fuero de atracción, en cuya virtud corresponde al juez que entiende del mismo, el conocimiento de las pretensiones vinculadas con la persona y el patrimonio del causante.

El fuero de atracción, agrega [318] es de orden público, lo que implica que no puede ser dejado sin efecto por acuerdo de partes, y constituye un caso de imposición de la regla **actor rei sequitur debet,** por razones de conveniencia procesal; pero no comprende las pretensiones reales que son de la competencia del juez de la situación de la cosa.

Este fuero termina después de aprobada y ejecutoriada la división, respecto de las pretensiones personales de los acreedores del difunto; pero no se considera terminada la sucesión por la inscripción del testamento o de la declaración de herederos, o cuando están pendientes de pago los gastos y honorarios devengados en la misma. Una vez que el juicio ha quedado radicado ante el juez de la sucesión, debe continuarse su trámite y no procede la devolución al juzgado de origen.

En resumen, la atractividad es la nota caracterizadora de estos juicios: concursuales y sucesorios. Pero debe advertirse que se han venido llamando juicios universales, lo que hace pensar en otras condiciones, como son el que una totalidad, una **universitas** de derecho, sea el objeto del juicio. Para tal sentido, sería preciso recordar que históricamente han recibido la denominación de universales, otros procedimientos, y así, Alcalá Zamora, [319] recuerda que en el derecho español se conocen, junto a intestados y testamentarías, un tercer juicio sucesorio que es la adjudicación de bienes a que están llamados varias personas sin designación de nombres. Además, se ha hablado del carácter universal del deslinde, y también podría asignársele tal cualidad a la disolución de comunidades, e inclusive a las declaraciones de ausencia y de presunción de muerte. Y nada extraño sería que se otorgara calidad universal al procedimiento de interdicción, en el que se mira también una posible acumulación de solicitudes por causas mentales y por dipsomanía o prodigalidad. [320] Este juicio da competencia al juez para dirigir todo lo que a la curatela se refiera, aunque los bienes del inhabilitado estén fuera de su circunscripción. [321]

c) La atractividad tiene ya un cierto fondo de necesidad lógica, porque tratándose de una **universitas,** nada queda por justificar, como no sea el dato contrario de la escisión o separación de ciertos procedimientos y determinados juicios.

317 Id, p. 692.
318 Id, p. 693.
319 *Panorama*, cit., p. 322, nota 497.
320 Cfr. Adolfo Schönke, *Derecho procesal civil*, p 259.
321 Alsina, op. cit., T. VI., p. 426.

La diferencia, pues, entre la acumulación como un hecho impuesto por la ley, y la atractividad como una necesidad jurídica que responde precisamente a la circunstancia de tratarse de una universalidad, da un apoyo al fenómeno de la continencia, el cual se mira con más rigor tratándose de la prejudicialidad. Se ha dicho, por ejemplo, que en materia laboral, la asociación de pretensiones conexas es obligatoria, a fin de proteger al demandado contra el surgimiento de nuevas reclamaciones en torno a un mismo conflicto; y con el fin de garantizar su observancia, la ley mexicana establece como sanción la **caducidad** de ejercicio de las que no se utilizaran a la vez que la principal. [322]

Al respecto, se ha citado la tesis que expresa que cuando el trabajador demanda su reinstalación o pago de indemnización constitucional y en la audiencia de demanda y excepciones no opta por alguna de las dos conforme a la fracción XXII del artículo 123 constitucional, los tribunales del trabajo se ven en la imposibilidad de sustituirse a la parte y hacer ellos la elección entre esas dos reclamaciones. Y de este criterio se ha seguido para afirmar que si la parte actora reclama como pretensión colectiva la creación de un determinado puesto y como pretensión individual el pago a un trabajador de las diferencias de salario que le correspondan por estar desempeñando labores de superior categoría, la Junta no puede condenar al cumplimiento de la pretensión colectiva si no se demostró la necesidad del puesto y sólo se acreditó que el trabajador estuvo desempeñando temporalmente y por necesidades de servicio, determinadas actividades que no estaban incluidas en el contrato de trabajo. [323] Se desprende de estas resoluciones, que cuando el ejercicio de una pretensión depende de otra, uno de los procesos se ha de suspender hasta que se resuelva el otro; pues si el ejercicio de las pretensiones colectivas pertenece al sindicato, el incumplimiento del contrato que origina derechos individuales corresponde ser demandado por los titulares individuales, tanto cuando les perjudique personalmente como cuando se desprenda de perjuicios directos al contrato colectivo. [324]

d) La prejudicialidad ha sido considerada desde el ángulo de su tramitación y, por lo mismo, durante mucho tiempo resultó de difícil conceptuación, confundiéndola con las llamadas cuestiones previas.

La palabra prejudicial, decía Enrique Aguilera de Paz, [325] derivada de las latinas **prae judicium,** tiene un su acepción literal una significación definida, entendiéndose por ella todo lo que debe preceder al juicio. Se-

322 Ma. Patricia Kurczyn Villalobos, *Bosquejo del proceso laboral mexicano y referencia al de diversos países*, México 1968, p. 59.

323 *Boletín de información judicial*, Núm. 87, p. 343, Septiembre de 1954; y 173 de 2 de Enero de 1962.

324 Op. cit., p. 60.

325 *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal*, Madrid 1904, pp. 21 y ss.

rían cuestiones prejudiciales todas aquellas que requieren una resolución anterior o previa a la que haya de recaer sobre el asunto de fondo. Pero no era este el concepto en que se usaban los términos en el procedimiento penal, porque no todas las cuestiones previas son prejudiciales.

El punto de partida de Aguilera de Paz, fue el hecho de que de toda falta o delito nace una pretensión penal para el castigo del transgresor o del culpable, y puede nacer también otra civil para la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible. Ambas pretensiones son independientes y pueden ejercerse separadamente por razón de tal autonomía y aun por personas distintas; pero tienen relación entre sí, por la comunidad de la causa y pueden ser utilizadas juntas.

Esta conjunción, decía el autor, es potestativa y a veces la ley la impone expresamente, como sucede cuando el ministerio público en los delitos en que interviene deduce ambas, o cuando sólo se ejerce la pretensión penal y se entiende implicada la civil.

Lo contrario no está consignado en las leyes, de modo que no por utilizarse la pretensión civil se reputa deducida la penal. Puede suceder que se entienda abandonada la última, si la civil naciera de aquellos delitos que sólo se persiguen a instancia de parte. Además, mientras esté pendiente la pretensión penal, no puede ejercerse con separación la civil, y la ley suele establecer que promovido un juicio criminal, no pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho, debiéndose suspender el civil en el estado que se hallare al interponerse la penal y hasta que recaiga sentencia firme en la causa.

Pero hay casos en que la pretensión civil, en vez de estar subordinada a la penal, hace depender el ejercicio de ésta de la resolución que sobre ella recaiga, o que deba quedar únicamente en suspenso hasta dicha resolución, porque ésta puede hacer desaparecer la transgresión de la ley, y por tanto, el carácter criminal del hecho dependerá de un punto de derecho o de facticidad, que es condición de su existencia, y cuya decisión defiere la ley al conocimiento de otro juzgador. En estos casos, para Aguilera de Paz había una cuestión de carácter previo y preferente que debía decidirse antes que la pretensión penal pudiera proseguir su curso. Tales cuestiones se llamarían prejudiciales, porque la decisión de ellas juzgaría por anticipado, o prejuzgaría, las otras cuestiones que de ella dependieran. Podría decirse que así como ordinariamente la pretensión penal nacida de los delitos o faltas está subordinada a la penal o depende de ella, porque sin la previa declaración de la existencia del delito no puede haber lugar a las consecuencias jurídicas civiles del mismo, por el contrario, en dichos casos, la pretensión penal está subordinada a la resolución de la cuestión promovida por la civil.

En seguida, Aguilera de Paz hace un recorrido por las caracterizaciones doctrinales, mencionando que para Merlín, se llama cuestión prejudicial a la que en un proceso debe ser juzgada antes qüe otra, porque ésta carecería de objeto si sucumbiera o fuera vencida en la contienda la persona que sostiene aquélla. Lagraverend decía que las cuestiones prejudiciales eran las de decisión preferente para resolver sobre las otras discutidas en el juicio, y que podían quedar sin objeto, según que las prejudiciales resultaren en uno u otro sentido. Para Mangín, la existencia de hechos anteriores, elementos indispensables del delito que persigue el ministerio público, presenta necesariamente cuestiones que deben ser previamente resueltas y que se llaman prejudiciales.

El recorrido continuaba con Hélie, para quien las cuestiones prejudiciales en materia penal eran todas las excepciones que suspendían la pretensión o el juicio de un crimen o de una mera contravención, hasta la depuración de un hecho anterior, cuya apreciación sería una condición indispensable. Otros autores, como Castori, Puglia, Pescatore, Manzini, etc., coincidían en la condición de antecedente lógico jurídico del delito; pero para Aguilera de Paz, subsistía la imprecisión al hablarse indistintamente de cuestiones prejudiciales a la pretensión y al juicio, que ya impugnara Manzini.

En consecuencia, Aguilera de Paz procedió a clasificar en tres especies las cuestiones que deben ser decididas con anterioridad al pronunciamiento de fondo. La primera correspondió a las que los criminalistas llamaban prejudiciales a la pretensión penal, porque impedían que se intentara antes de ser resueltas. La segunda atendió a las que se calificaban de prejudiciales al fallo, porque no impedían que se sustanciara la acción, sino que ponían obstáculo a la resolución. Y la tercera comprendió todas las que diferían de las anteriores en cuanto no tenían que ser resueltas en un procedimiento separado o en el mismo, sino que debían ser juzgadas conjuntamente con el fondo de la causa.

La primera especie fue calificada de cuestiones previas, y las restantes de prejudiciales. En estas condiciones, para Aguilera de Paz, por cuestiones prejudiciales en el procedimiento penal, se comprendió a las cuestiones civiles o administrativas, propuestas en una causa con motivo de los hechos perseguidos en la misma, que se hallen tan íntimamente ligadas al acto justiciable, que sea racionalmente imposible separarlas, y cuya resolución pueda tener influjo en la decisión de la causa, o de cuyo fallo haya de depender la sentencia que deba dictarse en ésta.

Más adelante, el autor añadió [326] que para tener lugar una verdadera cuestión prejudicial, es preciso que el hecho civil o administrativo que se haya de decidir preferentemente, sea anterior a la infracción y dis-

326 Id, p. 30.

tinto del que la determina; en consecuencia, los hechos aun los puramente civiles, que son constitutivos de la infracción o que se confunden con ella, no pueden motivar cuestiones prejudiciales. Para el autor citado, las cuestiones extrañas al orden penal que pueden surgir en los procesos criminales son de dos clases, unas que no suspenden el curso del procedimiento, y otras que hacen imposible su prosecusión. Como ejemplos, señala los casos de acusación por supresión de estado civil, donde la cuestión del estado del niño cuya filiación ha sido supuesta es prejudicial en la acusación de bigamia lo es la existencia, validez y eficacia del primer matrimonio; en los delitos por atentados contra la propiedad, como los robos, hurtos y usurpaciones, la de la propiedad o posesión de los bienes. Estas cuestiones no obstan al ejercicio de la pretensión penal, sino que la suspenden exigiendo un pronunciamiento anterior sobre el tema. A la vez, existen otras cuestiones ligadas al fondo, que no pueden ser objeto de examen por separado y tienen que ser decididas juntamente con él, en el sentido de que la decisión que se dé a ellas depende que éste exista; por ende, aunque han de ser resueltas por el tribunal de represión al mismo tiempo que el fondo, su examen ha de preceder al de éste. En definitiva, las cuestiones prejudiciales se refieren a la culpa o a la responsabilidad, unas al hecho y otras al inculpado. [327]

e) En fecha más reciente, Gaetano Foschini [328] ha intentado dar la noción de la prejudicialidad considerándola un fenómeno típicamente procesal en cuanto connatural de su función, pero con sustancia lógica, filosófica y jurídica que trasciende las diversas formas procesales en las que se expresa, presentándose en cualquier tipo de proceso y en toda fase de su evolución.

En su concepto, es inaceptable la configuración de la prejudicialidad como un obstáculo al procedimiento, derivado de la interferencia de dos diversas jurisdicciones. Importante progreso en este campo se ha alcanzado por las consideraciones de Menestrina, buscando la interrelación de los conceptos jurídico y meramente lógico; pues no coinciden ambas nociones y la noción jurídica presupone la lógica y la implica, de modo que para llegar a ser jurídica, la concepción lógica se debe integrar con un ulterior dato, que es el hecho de que la jurídica se presente con el mismo carácter del juicio final, se concrete con la aplicación de una norma abstracta.

Pero esta determinación es demasiado genérica para Foschini y exige un postrer análisis para precisar los caracteres fundamentales de la prejudicialidad jurídica. En su criterio, el concurso de tres requisitos constituye la prejudicialidad jurídica: la precedencia o influencia lógica en lo jurídico, la autonomía y la necesidad.

327 Cit., p. 31.
328 *La pregiudizialita en el proceso penale*, Milano 1942, pp. 37 y ss.

La prejudicialidad surge, para Foschini, en relación al elemento lógico de la sentencia y por ende precede al juicio final, pero como toda la actividad que mira al desenvolvimiento del proceso es cronológicamente anterior al fallo, este dato, en vez de ser aclaratorio es motivo de confusión. Cronológicamente anteriores a la decisión de fondo son las actividades lógicas de la sentencia interlocutoria, las cuestiones preliminares, etc., y además la simple actividad material procesal. Por tanto, aunque es evidente la simple precedencia cronológica, debe aclararse este dato, porque no faltan ejemplos en los que la prejudicialidad es empleada a propósito de determinadas situaciones, sólo en función de tal precedencia.

Al prescindir del uso que parece haberse dado en Roma de la cualidad de prejudicial a toda sentencia preparatoria, esto es, a las emitidas **inter litis principium et finem**, es significativo que sólo sobre la consideración de la pretensión posesoria como precedente de la petitoria se haya hablado por Bruns de prejudicialidad, y que Gensler llamara prejudicial a la misma exhibición de documentos, y Kohler considerara prejudicial al acertamiento de la autenticidad de un documento. Pero hoy no puede extraerse un criterio útil de la mera discriminación del período en el que surge la cuestión, lo que es apenas un dato exterior que no ofrece luz sobre múltiples cuestiones anteriores a la sentencia ni revela el fundamento y la individualidad jurídica de la controversia prejudicial.

Así pues, la prejudicialidad jurídica es un fenómeno de precedencia lógica, pero esto no basta porque se pueden llegar a considerar prejudiciales los hechos puestos como fundamento de la demanda, y si sobre tal concepto general se quisiera construir la noción de prejudicialidad, dado el vínculo lógico que liga todo el proceso, se llegaría a una inoportuna e inútil subdivisión de todo el material procesal.

Surge aquí el problema de delimitar dentro del amplio campo de la prejudicialidad simplemente lógica, el perímetro de la estricta esfera de la prejudicialidad en sentido técnico jurídico. A tal fin, Foschini examina el nexo de dependencia que liga a la controversia prejudicial y a la prejudicada. La determinación de la noción de prejudicialidad jurídica viene dada con vista a la naturaleza de la influencia que ejerce sobre la prejudicada.

En pura lógica, es prejudicial todo lo que se pone en situación de antecedente de la conclusión final, cualquiera sea la cantidad o cualidad de influencia que despliega para ello. Así, para una condena de muerte no sólo es prejudicial el argumento o juicio relativo al acertamiento de la responsabilidad penal del imputado, sino el hecho, por ejemplo, de que el imputado esté vivo, que sea mortal, o las cualidades intelectivas y morales del juez, necesarias para acertar la culpabilidad del reo y para irrogarle la pena máxima. Sería perjudicial, por tanto, todo aquello que

de no existir o de variar, importaría la no existencia o la variación del juicio final. Pero esta esencia del antecedente lógico, como es evidente, no puede ser tomada como base de la noción de prejudicialidad jurídica. La relación lógica de antecedente que intercorre entre la prejudicialidad y el juicio final, o más claramente, la influencia que la prejudicialidad ejerce sobre el juicio final, para tener relevancia a los fines del derecho procesal, debe alcanzar una determinada naturaleza y una determinada intensidad.

Respecto a su cualidad, la precedencia de la prejudicialidad debe ser jurídica e inmediata, debe expresarse en forma condicionante de la esencia jurídica del juicio final. Esto acontece cuando el juicio sobre la prejudicialidad entra directamente a ser parte de la cadena silogística que concluye con el juicio final. De la prejudicialidad debe depender la misma decisión del conflicto. Quedan excluidas todas las controversias que vinculen sólo en vía lógica o en vía mediata con la decisión final; de manera que no existe vínculo de prejudicialidad entre la resolución sobre la existencia de un delito de ejercicio arbitrario de la propia razón, como en la pretensión de servidumbre de paso, y la controversia civil sobre la existencia o extensión del derecho mismo, porque la configuración del delito de ejercicio arbitrario prescinde de la subsistencia o no del derecho pretendido. Y en forma parecida, tampoco tiene carácter prejudicial el precedente jurisprudencial, pues su influencia es sólo mediata y no entra en el silogismo del que nace la nueva sentencia.

El criterio cualitativo sirve también para distinguir la prejudicialidad de las cuestiones previas. Se suele enseñar que mientras la primera mira al mérito, las segundas lo hacen al rito, lo cual es inexacto porque no se da cuenta de la diversa naturaleza y de la distinta razón de su disciplina jurídica. Además, se dice que las cuestiones previas no tienen un valor propio y una existencia independiente, no pudiendo ser, como las controversias prejudiciales, objeto de un procedimiento especial, lo cual es correcto porque atiende a la autonomía de la prejudicialidad, pero de ahí no se infiere con claridad la diferencia de las nociones sino su distinta regulación, proveniente de la peculiar influencia que tienen respectivamente sobre la decisión del conflicto.

En el material del proceso, como ya había puesto de relieve Bülow, se nota un dualismo que tiende a la constatación de la **res in iudicium deducta** o cuestión de mérito, y del **judicium** que son los presupuestos procesales. En la segunda hipótesis entran las cuestiones de la constitución de las partes, la competencia del juez, la admisibilidad de los testimonios o la falta de comparecencia, la proponibilidad o la extensión de la pretensión, etc. En todos los casos, el juez se limita a acertar la existencia de las condiciones o la inexistencia de impedimentos para poder conocer del mérito y llegar a una decisión. Pero esta actividad, dirigida

a la resolución de cuestiones previas, es completamente distinta de aquella que deberá ser desenvuelta para decidir del conflicto principal. Con ella se tiende a establecer si el juez debe, en el caso particular, conocer del mérito y aun resolver sobre la admisibilidad de otra sentencia; pero nada más. Acordado que la vía de la sentencia definitiva está abierta, queda recorrerla.

La noción de contienda prejudicial mira sólo a aquello que tiene por objeto el mérito del conflicto y no a aquello que se refiere al rito, y es por ello que la actividad lógica en las cuestiones de rito lleva a la conclusión de que nada obsta a la decisión de la litis, pero no entra en el engranaje lógico del juicio que permanece completamente independiente de la conclusión formulada por el juez respecto a las cuestiones que miran al rito.

Por lo que toca al aspecto cuantitativo del antecedente lógico jurídico debe recordarse que en la doctrina penal se ha hablado de una prejudicialidad limitada, para indicar la teoría propugnada en el sentido de que el juez penal es, por lo general, competente para resolver la prejudicialidad civil, aunque en ciertos casos debe reenviar la decisión al juez civil, para algunas cuestiones limitadamente, lo que se contrapone a la llamada prejudicialidad absoluta. Para Foschini, [329] los términos perjudicialidad limitada surgen como consecuencia de una falsa concepción de la prejudicialidad que interfiere entre la competencia civil y la penal y que nada tiene que ver con el aspecto cuantitativo de la precedencia que intercorre de lo prejudicial a lo prejudicado.

El aspecto cuantitativo puede examinarse desde dos puntos de vista: con referencia al **quantum** de influencia que la prejudicialidad debe desplegar sobre lo prejuzgado, y con referencia al **quantum** de la decisión final que está lógicamente condicionada por la prejudicial.

Por lo que mira al **quantum** de la precedencia lógico jurídica, para que pueda hablarse de prejudicialidad procesal, ya que por ser ideal no puede estar graduado; debe ser tal que la decisión final resulte absoluta y necesariamente condicionada por la prejudicial que se inserta en la cadena silogísitica que conduce a la primera. Si una circunstancia del delito depende de la solución de una controversia civil, lógicamente no se ve cómo pueda excluirse su prejudicialidad. Si la ley no permite la suspensión del procedimiento y la remisión al juez civil, no significa ello que en este caso no se reconozca naturaleza prejudicial a la controversia misma, sino sólo que no será necesaria la decisión del juez civil. La remisión al juzgador civil de la cuestión prejudicial no atiende a la noción de prejudicialidad sino a su reglamentación positiva.

329 Op. cit., p. 50.

Para Foschini,[330] la prejudicialidad procesal tiene una esfera de influencia más restringida que la simplemente lógica, de la que se distingue ante todo por la característica de la juricidad y de la inmediatez de la precedencia que intercorre entre lo prejudicial y lo prejudicado, y aun por la naturaleza de la controversia misma. Bajo este aspecto, surge la necesidad de aclarar por qué el simple antecedente lógico se eleva a prejudicial en el sentido jurídico.

Una primera explicación doctrinaria se condensa en el criterio de que la decisión del juez civil sobre la prejudicialidad, queda exclusivamente como de valor probatorio. La libertad dada al juez penal para atenerse a dicha sentencia o decidir nuevamente sobre la prejudicialidad es la reafirmación del principio de la libertad de apreciación en materia de prueba. De ahí que la sentencia del juez civil se considere como un medio de prueba y no sea vinculante para el juez penal.

La inexactitud y, en todo caso, la insuficiencia de una tal concepción de la prejudicialidad es manifiesta para Fochini, por el hecho de que en algunos casos es absolutamente imposible restringir el valor de la sentencia a la mera prueba de una relación jurídica, especialmente cuando surgen derechos discutidos por las partes, y en aquellos casos en que tiene no sólo un valor declarativo sino constitutivo. De cualquiera manera, el criterio alemán rompería el principio de la unidad y de la autoridad de la sentencia judicial.

Foschini amplía su análisis al observar que debe reconocerse carácter de prejudicialidad a todas las cuestiones que son decididas o que podrían formar objeto común de la decisión en el curso del juicio. Recuerda que Menestrina ha distinguido entre cuestiones, puntos y causas prejudiciales. El punto prejudicial sería el precedente lógico sobre el que las partes no forman controversia o que ya está resuelta. Si el punto se propone al juez y es controvertido por las partes deviene una cuestión que será prejudicial. Pero si en vez de mera cuestión, asume la forma solemne en el sentido de que se hace necesario un proceso aparte para decidirla, se deberá hablar de causa prejudicial. Pero Foschini no se satisface con la tesis de Menestrina, como parece que sucedió con Chiovenda, sino que intenta superarla, por entender que no es sino traducción de la prejudicialidad lógica.

Para adentrarse en el concepto de prejudicialidad, Foschini se ve en la necesidad de acudir a la idea de conexidad. En efecto, asienta,[331] si la lógica subordinación de la decisión de una controversia a la decisión de otra, forma el meollo de la prejudicialidad, surge espontánea la observancia de que el vínculo es suficiente para producir el fenómeno de la

330 Op. cit., p. 55.
331 Op. cit., p. 66.

acumulación procesal por conexidad. Sin embargo, en la hipótesis en que permaneciendo firme el vínculo de subordinación entre las dos controversias, no pueden ser reunidas y decididas por un juez en un único proceso, es donde se advierte la sustancia procesal del fenómeno de la prejudicialidad en sentido técnico, ya que abarca por igual los casos de diferente competencia judicial y cuando siendo la misma competencia, por razones de oportunidad, el legislador prohibe o recomienda la separación. Aquí es que nace, para Foschini, la prejudicialidad jurídica en sentido técnico, cuando a pesar de la conexidad, no puede el mismo juez decidir el juicio prejudicial, esto es lo que le da carácter de autonomía.

En resumen, dice Foschini,[332] para ser prejudicial la controversia, debe ante todo, poseer el requisito de la autonomía procesal. Entiende por autonomía procesal, el hecho de que la controversia prejudicial debe o debería formar objeto principal de un proceso aparte. Y para completar la noción, el tercer requisito, el de su necesidad, explica que el antecedente lógico jurídico de la decisión final, para considerarse prejudicial, debe ser no simplemente una posibilidad sino absolutamente una premisa necesaria del pronunciamiento mismo. Esta determinación es oportuna, dado que mientras a un determinado razonamiento corresponde siempre una conclusión relativa, viceversa, a una misma conclusión puede llegarse por diversos razonamientos, todos igualmente exactos. Este es un fenómeno común en la lógica; es evidente que en este caso deberá reconocerse indiferenciadamente el vínculo de dependencia lógica entre el resultado final y cualquiera de las premisas sobre las que se funda la invariación lógica. Que la conclusión pueda obtenerse partiendo de diversas premisas no excluye que cada una tenga un valor lógico, pero ninguna es un antecedente lógico. Y esto se contempla también en el campo procesal, donde el juez puede llegar al acertamiento por medio de razonamientos equivalentes.

En el caso en que ninguno de los razonamientos lógicos integre el requisito de la autonomía, no habrá duda de que están fuera del campo de la prejudicialidad y se tratará de simple actividad lógica del juez. El problema se levanta en el caso de que entre diversos razonamientos, uno o algunos posean el requisito de autonomía; por ejemplo el acertamiento de la existencia del delito puede ser hecho, sea sobre la base de una decisión de naturaleza civil, sea sobre la base de una premisa recogida por los elementos procesales por el juez de la causa. En este caso, prejudiciales sólo serán los juicios sobre los que la sentencia efectivamente se base como precedente. La controversia principal debe ser tal que no pueda absolutamente ser decidida de otra manera sino como consecuencia de la resolución de otra controversia. Sólo en este sentido se

332 Cit., p. 69.

podrá hablar de prejudicialidad y será aplicable la respectiva disciplina procesal. Consiguientemente, en el caso en que el juez pueda decidir con los elementos aparecidos en su proceso, no podrá hablarse de prejudicialidad.

f) Después del estudio de Foschini, el análisis de las cuestiones prejudiciales debe entrar por caminos estrictamente científicos. Ya no puede continuar hablándose de zonas limítrofes, como cuando se alude a la prejudicialidad, en el sentido de un fenómeno genérico, con el cual, el problema de las cuestiones prejudiciales tendría cercanía de especie.

Este punto de vista se contempló por Alcalá Zamora y Levene hijo,[333] quienes siguiendo principalmente las explicaciones de Manzini, comienzan señalando que las cuestiones prejudiciales implican relación o vínculo con un proceso principal pendiente al tiempo de suscitarse ellas. Textualmente indican que esa conexión de materias puede oponerse entre elementos jurídicamente homogéneos o heterogéneos.

Para estos autores, el género sería la conexidad y una de sus especies se constituiría por las cuestiones prejudiciales, cuya área es más reducida que la de la prejudicialidad en sí, donde se trata de puntualizar el influjo de una decisión irrevocable sobre un proceso pendiente.

En definitiva, estos autores, sin expresar un criterio especial, parecen optar por las caracterizaciones de Salemi y Florián, en el sentido de que la prejudicialidad es una cuestión de derecho, cuya resolución se presenta como el antecedente lógico y jurídico de la de derecho penal objeto del proceso y versa sobre una relación jurídica particular y controvertida.

Tal vez sólo sea conveniente dejar constancia de algunos extremos que Aguilera de Paz[334] ya había elucidado, como el que las cuestiones prejudiciales puedan ser excluyentes o no de la competencia penal, que puedan referirse a temas civiles, mercantiles, administrativos, etc., y, sobre todo, que las llamadas cuestiones prejudiciales de la **acción** son en realidad condiciones de procedibilidad, y las del juicio pertenecen al campo de las previas.

En consecuencia, todo parece indicar que la descripción más adecuada se encuentra en Foschini, quien considerando tres factores llega a la puntualización del tema. Esos factores son: precedencia lógica, autonomía judicativa y vinculación necesaria. Como se está ante una cuestión, la precedencia indica la aparición de dos momentos, el primero para resolver lo prejudicial y el segundo para decidir finalmente. La autonomía viene a determinar el perfil individual de la cuestión, su po-

333 *Derecho procesal penal*, cit., T. I., pp. 231 y ss.
334 Op. cit., pp. 88, 98, 102 y 132.

sitiva separación respecto a los problemas de rito. Y la necesidad indica dependencia, porque no cabría llegar al final sin antes sentenciar sobre lo prejudicial.

Ya queda explicado en Foschini qué poca importancia teórica tiene el hecho de que en algunos casos, el legislador suspenda el procedimiento principal, que omita hacerlo y aun que prohiba tal posibilidad. Tampoco es trascendente que la cuestión sea llevada a otro juzgador, y en México se contempla en el procedimiento oral, una fórmula singular, por virtud de la cual, el juez de lo civil puede llegar a sentencia final, aun cuando la cuestión de la falsedad del documento no sea resuelta por un juez penal, y siempre considerando la posibilidad de la posterior influencia de esta eventualidad. En el caso, no deja de haber una resolución sobre la cuestión prejudicial por el juez civil, que sin entrar en el tema penal, sólo pondera la trascendencia de la cuestión en su ámbito propio.

Ahora bien, pese al acierto de la tesis de Foschini, no parece que la claridad total se haya alcanzado. Ciertamente se han dado las bases para establecer la prejudicialidad, pero hay todavía ciertos datos imprecisos. Por ejemplo, si bien no habría duda para considerar que es una cuestión prejudicial la determinación de la existencia y validez de un matrimonio anterior para juzgar la bigamia, con la idea de Foschini no se podrían distinguir de la prejudicialidad los problemas que Alcalá Zamora llama los límites subjetivos al ejercicio de la jurisdicción,[335] tanto los que sustraen la persona al poder jurisdiccional, sea de modo permanente o transitorio y abarquen todo o parte de su actividad, como los que la someten a un procedimiento distinto y/o a juzgador diverso de los que le corresponderían si se juzgase como a un ciudadano cualquiera; o sean, los problemas de inviolabilidad, inmunidad y privilegios de enjuiciamiento.

Se diría, y con toda razón, que en estos supuestos no hay cuestiones prejudiciales, sino condiciones de procedibilidad en un caso y en el otro problemas de privilegios de enjuiciamiento o de consideraciones especiales para determinadas personas;[336] pero confrontados con la explicación de Foschini, resulta que llenan todos los extremos: son materias lógicamente anteriores al juzgamiento de fondo, son tan autónomas que podrían entrar como objeto de control especial, y tienen una vinculación necesaria con el conflicto de fondo.

Hay, pues, algo que escapó a la descripción de Foschini y que tal vez se encuentre revisando la legislación mexicana, considerada en este punto insuficiente por Alcalá Zamora.[337] Desde luego, la legislación pro-

335 *Panorama*, cit., p. 189.

336 Alcalá, cit., p. 190, refiriéndose a quienes están relevados de la obligación de declarar, a los que deben hacerlo por medio de sus superiores como los militares, a los que están en imposibilidad física o enfermos y a los altos funcionarios de la Federación.

337 *Panorama*, cit., pp. 52, 191 y 338, nota 656.

cesal civil sólo considera el problema de la falsedad documental, y en cuanto a la procesal penal, que habla de incidentes criminales en el juicio civil, se refiere a hechos delictuosos que el juez civil debe poner en conocimiento del ministerio público para que determine si hace consignación o no, de modo que en caso afirmativo y de ser trascendente la sentencia penal para lo civil, se suspenderá el procedimiento hasta que recaiga la primera.

Propiamente no se ha regulado otro problema de cuestiones prejudiciales, porque la disposición penal sobre bigamia y la de la ley de quiebras sobre la calificación penal de fortuitas, culpables o fraudulentas, se pueden subsumir en las regulaciones anteriores. En consecuencia, no hay sino dos hipótesis: cuando en un juicio civil aparecen hechos delictuosos, y cuando en uno penal se requiere decisión civil sobre el primer matrimonio del presunto bígamo. [338]

Por razón de esta técnica legislativa, cabría afirmar que en México las cuestiones prejudiciales están concretamente determinadas, y no habría confusión posible con la llamada prejudicialidad genérica, esto es, de los casos de conexión en que sólo se trata de puntualizar el influjo que una decisión judicial ejerza sobre otro proceso. [339] Y se podría añadir que sólo se regulan cuestiones prejudiciales heterogéneas, o sea, las pertinentes a ámbitos jurídico materiales diversos, y no las homogéneas, ejemplificadas con el supuesto de un proceso penal anterior, a efecto de declarar la reincidencia o la reiteración en uno posterior, o un proceso civil que proclame la cualidad de hijo a favor de determinada persona, con otro que basándose en dicho reconocimiento, se demanden alimentos o se deduzca una pretensión posesoria. [340]

Esta manera de regular positivamente las cuestiones prejudiciales, fuerza a pensar, frente a la doctrina, [341] si efectivamente cabe sostener el tipo homogéneo.

Frente a un ejemplo particular, el que mencionan Alcalá Zamora y Levene hijo, [342] se puede optar por el criterio adecuado. Según los au-

338 Es por ello que Alcalá Zamora afirma que el código procesal civil, no tenía que haber regulado la prejudicialidad penal en un proceso civil, sino la civil, administrativa, constitucional, etc., que brote en uno penal; *Panorama*, p. 338, nota 656. Sin embargo, el artículo 151 del código federal de procedimientos penales, determina que cuando en un asunto penal sea necesario comprobar un derecho civil se hará esto por cualquier medio de prueba en el curso de la instrucción. La resolución dictada en el procedimiento penal no servirá de base para el ejercicio de las pretensiones civiles que del derecho puedan originarse.

339 Alcalá Zamora y Levene hijo, op. cit., T. I., p. 232 y ss.

340 Alcalá Zamora, *En torno a la noción de proceso preliminar*, cit., p. 6, nota 23.

341 Cfr. Alcalá Zamora y Levene hijo, op. cit., T. I, pp. 236, quienes citan a Fábrega y Cortés y Rafael de Pina, y Alcalá Zamora *En torno, etc.*, que menciona a Manzini, *Tratado* T. I., Núms. 59-60.

342 Op. Cit., T. I., p. 236, nota 75.

tores citados, si en una causa por robo, acompañado de encubrimiento que es un delito autónomo en el derecho argentino, en que se haya detenido al encubridor pero no al autor principal, al no admitirse el juicio en rebeldía y al exigirse la desconexión subjetiva del proceso, si antes de dictarse sentencia contra el encubridor comparece el ladrón, parece indudable que el fallo contra éste puede repercutir sobre el primero y aun existir contradicción. Los autores dan tres soluciones: la acumulación si fuere posible, la revisión de haber recaído ambos fallos contradictorios, o la suspensión del proceso que pueda resultar afectado por la definición del otro.

Pues bien, la conexidad es manifiesta y se podría sustentar la tesis de la acumulación necesaria, precisamente por un dato que la doctrina ha pasado por alto o al menos ha silenciado: porque en estas hipótesis, se encuentran dos estados de hecho autónomos, que tienen entre sí relación condicionante.

Como quiere Foschini, no se trata exclusivamente de una condicionalidad lógica, como las valoraciones que haga el juez sobre las pruebas de un mismo hecho: primero que haya contrato, luego que haya incumplimiento y por último que haya obligación de satisfacer la pretensión material. Se está ante dos hechos autónomos, porque cada uno podría ser materia de un juicio aparte. La necesidad de vincularlos proviene de la idea de continencia.

Efectivamente, si no ha habido robo tampoco existirá el encubrimiento. Si no hay filiación no habrá derecho a alimentos. Si no ha existido previo matrimonio no habrá bigamia. Y, por el mismo tenor, si no se declara la quiebra no habrá problemas de exclusión o preferencia en los pagos, ni razón para hablar de culpabilidad o fraudulencia, etc.

Por ende, a la tesis de Foschini, basada en los tres datos ya indicados: precedencia, autonomía y necesidad, sólo cabría añadir la individualidad de los estados de hecho, porque son éstos y no el tratamiento judicial, los que determinan la prejudicialidad. El hecho prejudicial no ha de estar decidido, sino controvertido o, en todo caso necesitado de solución judicial. Esto viene a determinar la diferencia entre procesos relacionados y cuestiones prejudiciales. Los casos en que la sentencia de un proceso trasciende, aunque sea años después, al contenido de otro proceso, no pueden calificarse de cuestiones prejudiciales. Sólo los problemas suscitados estando pendiente el proceso principal pueden entrañar tal prejudicialidad y, si no fuera por su condición de fenómeno de continencia, se tratarían y resolverían individualmente y sin repercusión lógico jurídica. La continencia explica que la solución final esté pendiente de la decisión prejudicial.

168 Separación de procedimientos.

El fenómeno directamente contrario a la acumulación es la escisión procesal. Su explicación y hasta su justificación son más naturales que para la anterior, porque basta la observación de Beling [343] en el sentido de que cada proceso debe tener un solo objeto y cada objeto procesal pertenecer a un solo proceso, para que el principio de la unidad quede establecido y, por contrapartida, el de separación de los procedimientos heterogéneos fundamentado.

La simplicidad, más que unidad procesal, tiene el sentido de lo práctico, de lo fácil y efectivo, porque si un problema se limita a sus términos, lo más consecuente es que su atención sea a fondo y su solución pronta. El juzgador que se enfrenta a un proceso con dos o más contenidos, y tiene además la preocupación de decidirlos congruentemente, en realidad está operando sobre varios juicios, con todas las preocupaciones y todo el esfuerzo que requiera lo complejo.

Es apenas obvio que, como enseña Beling, el proceso deba continuar entre los sujetos originales y entre aquellas personas que suceden legalmente en la relación o que intervienen junto con ellas. En todo proceso, el objeto debe ser el mismo hasta el final, los cambios y las modificaciones provocan cierta confusión racional; de manera que no sólo deben ser los mismos sujetos, sino la misma materia o tema de resolución. Si durante el proceso resultasen cambios fácticos o jurídicos, debe examinarse en cada fase si la nueva idea del hecho coincide con la concebida en la fase anterior, formando ambas un objeto procesal idéntico; y también debe examinarse si el último cambio no afecta la identidad con el objeto procesal fijado al principio.

Por tanto, sólo a manera de **excepción** se habla de la pluralidad de objetos en los casos de conexión que puede ser concurrencia penal, o sea la que contiene una conexión personal o subjetiva, y personal que es, al contrario, la que contiene una conexidad objetiva.

Estas ideas en nada contradicen a lo indicado en los números anteriores, [344] sencillamente se trata de presentar la noción primaria del objeto procesal. Para la experiencia de todo los pueblos y de todos los regímenes, la acumulación ha venido a ser un resultado conveniente y preferible, y si se menciona la idea de unidad o simplicidad, es porque viene a ser el punto de partida lógico. Pero una vez que se observa la posibilidad de unir varias pretensiones sin alterar el esquema de la acción ni la estructura procesal, las consideraciones de utilidad se sobreponen estableciendo la acumulación.

343 *Derecho procesal penal*, cit., p. 117.

344 Supra 166 y 167.

Queda, entonces, un extremo manifiesto de inconveniencia, aquel que señala la verdadera complicación resultante de acumular lo que no puede materialmente reunirse. La indivisibilidad, explica Beling [345] es inherente sólo a cada objeto procesal. En la legislación alemana se contiene una disposición especial, referente al proceso que abarca la querella privada y la reconvención, por lo que debe conocerse simultáneamente sobre el hecho y el contrahecho. Sin embargo, agrega el autor, no se debe interpretar esta disposición con excesiva rigidez. Puede separarse la reconvención, para que forme un proceso propio, y también se admite dentro del mismo proceso juzgar primero un hecho y luego el otro. Se busca solamente evitar las segregaciones en lo posible y conveniente.

a) La nueva regla vendría a quedar tal como la describe Beling: [346] si varios procesos pueden llevarse a cabo separadamente, deben seguirse hasta el final con plena independencia. Desde luego, esto se advierte con facilidad en los supuestos de pretensiones incompatibles.

La incompatibilidad, dice Jaime Guasp, [347] opera como límite legal de la acumulación inicial. Según el autor, la incompatibilidad es de dos clases: una de carácter material y otra de carácter procesal estricto. Son materialmente incompatibles cuando los efectos jurídicos o los simples efectos económicos que tieden a producir no pueden subsistir simultáneamente, sino que se oponen entre sí, de manera que la ley establece que la elección de una impide o hace ineficiente el ejercicio de la otra. De esta índole sería la demanda en que un arrendador pide la devolución de la cosa y la continuación en el pago de rentas.

Son procesalmente incompatibles, cuando por las consecuencias judiciales que están llamadas a producir, no pueden ser legalmente conjugadas, como cuando la ley habla de incompetencia del juez y la naturaleza del procedimiento. Si el juez no es competente para conocer de todas y cada una de las pretensiones acumuladas, la unión inicial no podrá ser admitida, lo que es demasiado rígido y para obviarlo se ha creado la figura de la conexión como causa modificadora de la competencia, supuesto en que se autoriza al juez competente para lo principal a fin de que conozca de lo conexo. Guasp aclara que aquí no habría identidad de actividades procesales sino coordinación, y así, una pretensión podrá ser objeto de operaciones probatorias y otra no, pero la fase de prueba correrá simultáneamente para todas.

La teoría de Guasp encuentra suficiente aclaración cuando se recuerda la separación entre pretensiones materiales y procesales. Viene al caso la ininteligible terminología de la ley procesal civil distrital mexi-

345 Cit., p. 122.
346 Cit., p. 122.
347 *Derecho procesal civil*, Madrid 1956, pp. 264 y ss.

cana, que habla de la prohibición de acumular **acciones** contrarias o contradictorias. Eduardo Pallares [348] explica que son contradictorias las que se excluyen mutuamente, de tal manera que procediendo una de ellas no puede proceder la otra. Y serán contrarias las que en ningún caso pueden ser ambas procedentes, pero sí pueden ser improcedentes las dos.

Es claro que el intento de Pallares resulta fallido, porque no pasa de una consideración subjetiva sin apoyo legal. Pero el tema se esclarece cuando su descripción, al igual que la de Guasp, se coordinan con el hecho de la separación de pretensiones. Lo que verdaderamente existe es, en primer lugar una posible incompatibilidad en el ámbito sustantivo, y después, una incompatibilidad en lo procesal. Materialmente, como indica Guasp, hay contrariedad si una pretensión excluye otra; procesalmente cuando la competencia o la vía, presupuestos de la pretensión procesal, son diversas para cada una: plenaria frente a sumaria, de mayor cuantía frente a cuantía mínima o de justicia de paz. Se explica entonces, que se pueda presentar la hipótesis de dos pretensiones sustantivas, competencia del mismo juez que se excluyan sustantivamente, y también el caso en que dos pretensiones sustantivas no incompatibles, sean procesalmente inacumulables por razones de competencia o de vía.

b) Pero ya se ha anticipado que tratándose de varios hechos que no son prejudiciales, la acumulación no es lógica sino de política procesal. Esto determina que en ciertas condiciones acontezca lo contrario, es decir la separación procesal.

Para Clariá Olmedo, [349] si se tramita un juicio único en virtud de una acusación dirigida contra uno o más imputados a quienes se les atribuyen varios delitos, el órgano judicial tiene la facultad de ordenar la separación de las causas en dos o más procesos independientes para cada hecho, de modo que los debates y la decisión final se cumplan sucesivamente.

La norma argentina exige pluralidad de hechos e independencia de los mismos. Sin embargo, en caso de rebeldía o de locura sobreveniente de alguno de los acusados, el proceso se paralizará tan sólo con respecto a él, continuando para los otros procesados por el mismo hecho.

En Italia, explica Manzini, [350] la reunión de varios procedimientos conexos es una posibilidad que depende del ejercicio del poder discrecional del juez; de manera que frente a la unificación se presenta la separación que puede ser facultativa u obligada.

348 *Diccionario*, p. 32.
349 *Derecho procesal penal*, T. VI, p. 228
350 Op. cit., T. I, pp. 324 y ss.

Las apreciaciones del juez sobre la conveniencia de tener unidas o separadas las causas, no pueden constituir objeto de control en las instancias superiores. Se trata de una discrecionalidad que no encuentra limitación ni en el supuesto de conexión de delitos de competencia del juez ordinario, con delitos de competencia de un juez especial. Los procedimientos reunidos por conexión pueden separarse por razones de conveniencia. Facultativa es también la separación de los procedimientos ante el tribunal para menores; pues si la regla común es que existiendo coimputados menores de dieciocho años y mayores, conozca el juez ordinario, cabe que el procurador general ordene se proceda por separado. Facultativa es también la separación cuando viene a cesar la causa que determinó la competencia por conexión, como la muerte del imputado.

Hay separación obligatoria cuando la conexión desaparece en el período instructorio o en el preparatorio del juicio, por absolución del delito que determinó la competencia del juez que procedió a la instrucción o por otro motivo. Cuando alguno de los varios imputados están legítimamente impedidos. Aquí, al no poderse proceder en contumacia, se debe ordenar, al inicio del debate la separación de los juicios y proceder inmediatamente al debate contra los demás, a menos que por evidente y absoluta necesidad del juicio se resuelva reenviar el debate. Cuando resulte que contra un coimputado se procede por evidente error de persona, en cuyo caso el juez debe, aún de oficio, pronunciar inmediatamente sentencia declarando que no se debe proceder. Y cuando una ley especial prescriba la separación.

Sobre este particular, Alcalá Zamora, comentando la legislación mexicana, [351] en especial respecto al problema de conexidad tratándose de paisanos y militares, opina que para evitar la ruptura del conocimiento unitario, cabría pensar, o en encomendar el juzgamiento conjunto a la justicia ordinaria, o constituir un tribunal mixto de jueces civiles y militares. Como sea, la separación procesal está implicada tanto por razón de fueros, como por virtud de competencias federal y estatales para determinados delitos.

c) La separación de procedimientos supone la previa unión. No hay duda de que existen interreferencias de varios procesos y procedimientos sucesivos en el tiempo, por ende, la separación aquí es casi obvia.

Para Carnelutti, [352] la razón práctica por la que, mientras está prohibido que se desarrolle simultáneamente más de un proceso para un conflicto, no puede en cambio prohibirse el desarrollo respecto a él de varios procesos sucesivos, se funda en que un proceso pueda servir para una parte del conflicto, lo que Calamandrei llamara causa, dejando sin solucionar

351 *Panorama*, pp. 194 y 339.
352 *Sistema*, T. II, pp. 668 y ss.

cuestiones de otras causas del mismo conflicto. Si esto acontece, es manifiesta la necesidad de resolver las nuevas cuestiones y debe seguirse un nuevo proceso.

Naturalmente, en el derecho positivo mexicano se conocen las dos posiciones de política procesal: la del legislador distrital, exigiendo que todas las causas se hagan patentes en un mismo proceso, y la del legislador federal, que autoriza la reserva de ciertas causas para nuevos procesos. Lo pertinente es lo segundo, y concuerda con la tesis de Carnelutti, en quien se inspiró el autor de esta ley.

Sin embargo, el mismo código procesal distrital admite la idea de Carnelutti, en el sentido de que es menester separar las causas de mero acertamiento de aquellas de condena, o, como dice la ley, las pretensiones posesorias de las petitorias.

A veces, agrega el autor, la escisión entre el proceso de acertamiento y el de condena, ocurre porque el actor considera que el primero será suficiente sin necesidad del segundo; así, no siempre el vendedor cuando pretende la resolución de la venta, pide también la restitución de la cosa; si no la pide, será porque prevé que una vez declarada la resolución, el demandado no tendrá necesidad de ser condenado para restituir; si la previsión falla, hará seguir al proceso de acertamiento otro de condena por el mismo conflicto. No habría, insiste Carnelutti, motivo para que el derecho pusiera obstáculos a esta limitación del proceso en relación con el litigio, puesto que responde por lo general a la ley económica del mínimo medio.

Esta misma idea es aplicada por Carnelutti a la escisión prejudicial, observando que se hace preceder el acertamiento de uno o varios antecedentes de una relación, con reserva de obtener el acertamiento de los otros en cuanto surja la necesidad de ello; por ejemplo, si el heredero legítimo entiende que el único motivo por el cual otro discute su derecho es el testamento que él afirma ser falso, estará dispuesto a pedir tan sólo el acertamiento de la falsedad, y no pedirá que se reconozca su derecho hereditario; si más tarde, y a pesar de la declaración de falsedad, continuase la discusión de su derecho, podrá seguir otro proceso de acertamiento o de condena. Otras veces, la escisión obedece al propósito de afrontar cada núcleo de cuestiones, como cuando en una fase se persigue el acertamiento genérico de la responsabilidad y en otra la liquidación de la indemnización. A todo este fenómeno, el autor le designa la formación progresiva de la decisión.

Lo interesante está en el hecho de que Carnelutti alude a un caso de escisión que es el típicamente consignado en la ley distrital mexicana, al hablar de la materia de resarcimiento de daños, que se puede hacer precediendo la condena genérica a la liquidación, o bien obteniendo acertamiento sobre el deber e introducción luego del quantum.

Este extremo ha llegado en la práctica mexicana a la exageración judicial de exigir plena separación de las demandas, so pretexto de que la ley habla de liquidación en ejecución de sentencia cuando el monto no es líquido. Aquí, la separación, impuesta de hecho, responde al tema de la escisión, porque no se está ni ante el caso en que la parte desee reservarse parte del conflicto, ni en el supuesto de necesidad lógica para ello. La práctica opera como si existiera la última.

La liquidación, con referencia al deber de indemnizar, no está en esa conexión escindible que menciona en último lugar Carnelutti, y que verdaderamente viene a ser la principal razón de la separación. Para este autor, la solución del litigio de pretensión no satisfecha puede realizarse en una serie de procesos sucesivos por dos razones.

Puede depender de la limitación de la demanda, en cuyo caso se da el verdadero procedimiento ejecutivo parcial. El acreedor puede instar para la ejecución parcial de un crédito, cuando el objeto de éste sea divisible, con reserva de repetir la otra parte en lo futuro.

Puede depender del fracaso total o parcial de la ejecución. Esto ocurre en el juicio ejecutivo que no alcanza plena satisfacción de la pretensión, incluso ni siquiera en parte, por lo que se da en el campo de la ejecución no sólo la figura parcial, común al proceso de conocimiento, sino la del procedimiento estéril o inútil.

En efecto, la tendencia doctrinaria a considerar la ejecución judicial como un proceso, obedece, en gran parte, a la anacrónica técnica legislativa, que supone necesitada de la misma garantía de audiencia, una vía que ya no necesita contradicción. Naturalmente, cuando se habla de juicio ejecutivo en México, se tiene presente que cabe, lo mismo para títulos ejecutivos o extrajudiciales, que para ejecutorios o sean las sentencias y demás resoluciones judiciales. Así considerada la situación, es obvio que no siempre que se insta pidiendo ejecución con base en uno de los títulos mencionados por la ley procesal, se está en el caso de una precedencia procesal. Por ello, si el actor invoca un documento de crédito, es necesario que el demandado tenga oportunidad de discutirlo. Pero si se trata de sentencia, la ejecución no puede detenerse con oposiciones sobre la deuda ya juzgada. La vía ejecutiva no tiene, pues, necesidad de un camino procesal, y no hay razón para hablar de proceso con pretensión insatisfecha, porque la satisfacción final, la coactiva, viene en el procedimiento ejecutivo. Cuando aparece una hipótesis de supuesta ejecución con base en un título de deuda ilíquida, es manifiesta la necesidad de separación, porque en lo tocante a la liquidación habrá tanta contenciosidad, como sobre la existencia legítima del crédito; pero en lo que mira a la ejecución por antonomasia, no debe existir impedimento procesal. De ahí la figura de la separación, porque se ha querido amalgamar un proceso con un procedimento ejecutivo.

Como sea, lo que Carnelutti ha estudiado no es un fenómeno de separación necesaria, sino una manifestación de divisibilidad de las pretensiones de un mismo conflicto. Lo mismo podría decirse de todos los casos en que la sucesividad se impone por razones materiales. Como cuando decidida una cuestión de filiación, se presenta en lo futuro un supuesto de sucesión. El primer proceso podrá ser ligado prejudicialmente pero no habrá la separación de que aquí se trata.

d) Aún cuando la prejudicialidad es una muestra de continencia, y por lo mismo se le ha tomado como ejemplar en la acumulación, en las legislaciones positivas se presenta frecuentemente el fenómeno de la escisión por virtud de la distinta competencia judicial.

Cuatro son los sistemas para resolver las cuestiones prejudiciales según comentan Alcalá Zamora y Levene hijo.[353] El primero atribuye la decisión al juez que entiende en el proceso principal. Tal técnica parte del supuesto del predominio de la competencia en lo penal, y para estos autores ofrece la ventaja de la rapidez.

El segundo criterio asigna la resolución al juez competente para conocer de ella por razón de la materia. Se le conoce, dicen estos autores, como el de la prejudicialidad civil absoluta, aduciéndose ventajas de carácter técnico por la diferencia entre la prueba civil y la penal.

Las otras dos técnicas son calificadas de ecléctica, y una de ellas se conoce como de la prejudicialidad civil limitada y obligatoria, porque ordena que la competencia penal ha de remitir ciertas cuestiones a la decisión de los tribunales civiles, mientras que las demás pueden o deben resolverlas por sí los juzgadores penales.

El último punto de vista se funda en la facultad atribuida a los tribunales penales para enviar o no a la competencia civil o administrativa la decisión del tema prejudicial. La técnica es llamada de la prejudicialidad relativa o facultativa.

Pues bien, en realidad se encuentran tres casos de materia prejudicial que llevan a la escisión procesal, con o sin suspensión del procedimiento, en la inteligencia de que bien podría añadirse la técnica del código distrital civil mexicano, en el sentido de permitir al juez decidir el fondo y, por ende, opinar sobre la falsedad como cuestión prejudicial de manera relativa. Se ha hablado a este propósito de la competencia para conocer de delitos civiles, terminología discutible, pero que intenta describir el hecho de que un juez civil resuelva, primero si el tema es trascendental para la sentencia final, y segundo, si para los efectos civiles se puede considerar que hay falsedad o no.

353 *Derecho Procesal Penal*. T. I, p. 237.

En el caso de separación efectiva, la cuestión prejudicial origina una pluralidad de procesos, con sendas instancias y pretensiones, de manera que, al contrario de lo que sucede en la acumulación, aquí no se puede pensar en unidad de alguno de los factores; no hay, como tratándose de la reunión procedimental, un solo conflicto con dos causas, una sola actividad jurisdiccional, una sola competencia para sentenciar y, eventualmente, dos pretensiones; precisamente al escindirse el conflicto, la cuestión prejudicial entra a formar el objeto de un proceso diverso, con todas las consecuencias de multiplicidad de acciones y de pretensiones, lo que naturalmente origina diversa actividad jurisdiccional y diferentes sentencias.

Desde luego queda por discutir si es lógica la separación, porque siendo una sola la atribución judicial, en el fondo aparece la escisión porque existen varios juzgadores, no porque el conflicto esté necesitado lógicamente de una división de causas. Tan juez es el penal como el civil o el administrativo, y si para el primero se prefiere la acumulación, no se ve por qué se han de considerar los otros inadecuados.

e) Fuera de las consideraciones pertinentes a la escisión de procesos por virtud de cuestiones prejudiciales, el fenómeno de la separación necesita de una aclaración que es más fácil encontrar si se le contrasta con el de la acumulación. Se trata de saber si lo que se escinde es la acción, la pretensión, el proceso, el procedimiento, etc.

Obviamente, en una separación se presentan pluralmente estas categorías, porque, al revés de la acumulación, no se podría mantener la unidad de ninguna de ellas si el total, la suma se compone de la adición y exige la función interdependiente de los elementos.

La acumulación no tiene una regla fija, de manera que al lado de la unión de pretensiones en una sola demanda, se mira la unión de acciones y de procedimientos. Pero cuando las pretensiones se llevan al procedimiento en sendas acciones, entonces puede suceder que cada proceso siga por separado y sólo se reúnan en la sentencia, o bien, que ni siquiera haya un fallo único sino varios pronunciamientos autónomos, vinculados sólo por el momento de dictarse o por su referencia a causas varias de un mismo conflicto.

Acumular la pretensión del actor con la reconvención del demandado, puede significar una complicación del rito, porque las instancias se multiplican y las pruebas crecen, pero la reunión viene dada en el fallo sin importar que, prácticamente, se trate de dos procesos en el mismo procedimiento judicial. Otra es la situación de la atractividad de los juicios universales, porque aquí es factible que materialmente, cada procedimiento tenga su expediente y sólo haya interreferencias subjetivas o referencia final al patrimonio de un sujeto. Por último, las tercerías, que serán objeto de posterior estudio, muestran una material separación de proce-

sos, pero en el fondo hay comunidad patrimonial y esto aconseja la reunión ante el mismo juzgador.

Poco es lo que resta en la escisión de este fenómeno complicado. Desde luego, si queda el dato de la vinculación con el conflicto de fondo; pero aún siendo los mismos sujetos contendientes, cambian las instancias, el rito y la jurisdicción.

Contemplada así la situación, y sin hacer referencia al tema de la sucesión de procesos, surge forzosamente la pregunta por qué han de constituirse dos procesos habiéndose establecido originalmente la unidad. Desde luego, la contestación sobre la base de la legislación positiva, está lejos de satisfacer una necesidad lógica. El que existan diversas técnicas en lo que atañe a las cuestiones prejudiciales, no significa que así deba suceder, pues no hay razón teórica que le apoye, y por el contrario, existe una buena justificación para mantener la competencia del juez original: la continencia de la causa.

En realidad, la escisión no tiene sentido sino cuando las pretensiones son incompatibles, distintas las vías o diferentes las competencias. Si en un proceso ya iniciado, se descubre la incompatibilidad de pretensiones, con independencia de la posibilidad de que los respectivos procesos deban sustanciarse sucesivamente o puedan serlo simultáneamente, lo cierto es que se impone la separación. Y lo mismo cabe decir de la vía y la competencia, pero en el último caso, debe recordarse que no se trata del problema prejudicial que puede y debe ser unificado, sino de atribuciones resolutivas diversas que aun perteneciendo al mismo juzgador, exigen distinción de procedimientos.

CAPITULO IV

169 Pluralidad de sujetos. 170 Litisconsorcio. 171 Intervención de terceros. 172 Coadyuvancia. 173 La tercería. 174 Recapitulación y corolarios.

169 Pluralidad de sujetos.

La institución del proceso tiene como idea fundamental [354] una tricotomía subjetiva: un juez y dos partes. Esto explica cada una de las categorías que se emplean en su constitución, desde la bilateralidad de la instancia, propiciada por la proyectividad de la acción, hasta la inclusión del acto jurisdiccional como intermediación de esa proyectividad; desde la formación de los grados y la consiguiente preclusión, hasta la seccionabilidad en fases. Pero también explica la distinción entre la eficacia del instar y la eficiencia del pretender, y, desde otro punto de vista, muestra la separación entre el objeto del proceso: el debate, y la materia del proceso: el instar.

Si pudiera modificarse esa idea fundamental, todo el sistema procesal dejaría de tener congruencia y sería necesario comenzar a elaborar otra teoría. Hay consideraciones que ocasionalmente salen del tratamiento ortodoxo, como cuando se intenta contrastar el proceso civil con el penal, a través de la idea de sentencia como reconocimiento de un derecho en el primero, y sentencia como ejercicio de la potestad de punir en el segundo. Probablemente esto tenga algún apoyo en el derecho positivo, pero en verdad no afecta a la idea fundamental de la tricotomía, y por ello en nada menoscaba la unidad e identidad del proceso.

Mas si en vez de hablar de los fines del proceso penal frente al civil, se estudia la posibilidad de multiplicar la subjetividad o de disminuirla, entonces la esencia misma del proceso se transforma. Pensar que puede haber más de dos partes o menos de dos, significaría romper el sistema, sería tanto como destruir la noción actual del proceso.

Sin embargo, la aparente paradoja se presenta, y desde siempre se ha conocido la multiplicidad subjetiva, si bien cada caso tiene una consistencia diferente y una explicación particular. Por ejemplo, los tribunales colegiados son frecuentes en Grecia lo mismo que en Roma, lo que no impide que la actividad jurisdiccional tenga unidad por lo mismo que, o uno de los jueces preside individualmente, o las decisiones se toman por votación y se emiten unitariamente. Otro caso manifiesto es el de la diversificación del oficio, de manera que al lado del juez se establecen

354 Supra 65.

escribanos, actuarios o secretarios, más ujieres, comisarios y oficiales de distintas jerarquías y cometidos diversos. También sucede que el juzgador se constituya como escabinato, que se implante la asesoría letrada, que se instituya el jurado. Tal multiplicidad en el oficio, deja siempre intocada la unidad jurisdiccional y sólo sirve para permitir el consejo técnico o la decisión popular.

Pero de ahí se pasa a situaciones de más difícil concepción, como el ingreso del ministerio público o fiscal, que no sólo en lo penal, sino en lo administrativo y en lo civil, viene a entrañar un sujeto más, con funciones requerientes y que suele figurar al lado o en lugar de las partes originales. En el fondo, la intervención del ministerio público, cuando hay ya dos partes accionantes, tiene el carácter de coadyuvancia con el juzgador, es un **amicus curiae** que toma a su cargo la vigilancia del rito o el dictamen sobre el fondo del conflicto. Este sujeto, al participar en el proceso no tiene pretensión propia y, todo lo más, apoya una de las pretensiones en contienda con su opinión fundada y desinteresada.

a) El punto en que el problema hace crisis es el de la efectiva multiplicidad de actores o acusadores, y de demandados o acusados. Ante todo, deben separarse dos extremos de diferente significación lógico jurídica: el primero es el de la simple multiplicidad de sujetos; el segundo, más calificado o técnico es el de la pluralidad de partes.

Es frecuente, dice Devis Echandía [355] que varias personas demanden unidas y valiéndose de una sola demanda, o que ésta se dirija contra varios demandados; pero puede acontecer que en el curso del juicio comparezcan otras personas e intervengan con títulos ajenos a los de las partes originales. Entonces se ha de hablar, en el primer caso, de una relación procesal simple o singular, y en el segundo de múltiple o plural. La pluralidad inicial puede ocurrir, según el autor citado, porque: i) existan varios litigios entre personas distintas, pero conexos o jurídicamente afines entre sí, razón por la que se autoriza la acumulación en la misma demanda; ii) por la reunión de varios procesos iniciados separadamente, a fin de ser resueltos en la misma sentencia; iii) porque, a pesar de tratarse de un solo litigio, sean más de dos las partes interesadas, ya como sujetos activos o como pasivos de la relación sustancial; iv) y porque otras personas concurran inicialmente o en el curso del juicio.

Con apoyo en las ideas de Carnelutti, [356] advierte que no puede existir conexión entre litigios diversos, cuando por lo menos uno de los sujetos no sea común, pues no hay litigios conexos entre partes distintas; idea de la mayor importancia para el tema de la acumulación, pero que puede sufrir alteraciones circunstanciales, como el supuesto en que la ley de amparo ordena se vean juntos varios juicios, no por su conexidad, sino

355 *Nociones generales*, Cit., p. 376.
356 *Sistema*, T. II, 131 *Instituciones*, T. I, 15 y 261.

por su problemática jurídica: aquí las partes pueden ser totalmente diferentes, pero la cuestión central semejante, y de ahí la conveniencia de unir los actos de decisión, para unificar el criterio jurisprudencial.

Por lo demás, el dato de la identidad subjetiva no es suficiente, admite Devis Echandía, porque se requiere de las mismas pruebas o de los mismos bienes, que versen sobre el mismo objeto o provengan de la misma causa jurídica. Para utilizar las mismas pruebas se requiere que las pretensiones se hallen fundadas en una misma **razón,** que lleve a la identidad del hecho o del efecto jurídico.

Cuando la identidad entre varios litigios conexos sea subjetiva, puede que resulte total o parcial; en el primer caso se tiene el proceso acumulativo bilateral, con un solo demandante y un solo demandado; si es lo segundo, el proceso acumulativo será plurilateral, llamado litisconsorcial. Estas hipótesis, en Devis Echandía son, en realidad, de acumulación de pretensiones, de manera que tratándose del proceso acumulativo bilateral, las dos partes tienen distintos litigios entre sí. En el plurilateral que llama litisconsorcial, sólo una de las partes es común en los diferentes litigios, como cuando se demanda a varios deudores para el pago de distintas obligaciones al mismo demandante o demandantes, por provenir de una misma causa, o cuando son distintas las personas, pero la pretensión y la cosa son las mismas, o si las pretensiones provienen de la misma causa a favor de distintos demandantes y se dirigen contra el mismo demandado.

b) Eliminado el extremo de acumulación de pretensiones entre las mismas partes, procede revisar el caso del llamado litisconsorcio. Desde un ángulo matemático, la reunión puede ser: de varios actores contra un demandado, de varios actores contra varios demandados, y de un actor contra varios demandados. Estas figuras reciben la calificación de litisconsorcio activo el primero, mixto el segundo y pasivo el tercero.

Las múltiples tesis que intentan justificar el litisconsorcio, son clasificadas en dos grupos por Andrea Proto Pisani. [357] La primera tendencia confiere al instituto caracteres funcionales, la segunda mira sólo a exigencias de oportunidad y conveniencia.

El primer grupo, llamado tradicional, aparece con Chiovenda y Redenti. [358] Estos autores hablan del litisconsorcio necesario, que se explica por la existencia de relaciones o situaciones sustanciales únicas con pluralidad de sujetos. El derecho sustantivo pertenecería a todos y contra todos los sujetos participantes de la relación; por lo tanto, el juez no podría pronunciar sobre el fondo si la demanda no se interpone por y contra todos. La unidad de la relación sustancial conduciría a la unidad

357 *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli 1965, pp. 608 y ss.

358 Del primero Cfr. *Principios*, e *Instituciones*, T. I, nota 39; del segundo, *Derecho procesal civil*, T. II, p. 11 y ss.

procesal y del pronunciamiento, y sería imposible que el juez resolviera sobre cada demanda individual, porque siendo necesaria la unidad, la eficacia sería para todos o no habría tal eficacia. El litisconsorcio sería, pues, necesario en todas las hipótesis en que se deduzca una relación sustancial única con pluralidad de sujetos, con el fin de no resultar **inutiliter datus,** es decir, radicalmente nulo, tanto para los litisconsortes presentes como para los ausentes.

A este punto de vista se ha adherido la mayoría doctrinaria, en particular Calamandrei, Segni, Zanzucchi, Costa, Andrioli, Liebman, Micheli y Fazzalari, etc., por más que entre ellos existan algunas divergencias particulares, como las siguientes: i) mientras unos limitan la necesidad del litisconsorcio a la sola hipótesis del procedimiento destinado a concluir con sentencia constitutiva, otros, siguiendo a Redenti, estiman que el litisconsorcio necesario existe aún en las hipótesis de procedimientos de mero acertamiento, y otros más lo extienden al de condena; ii) respecto a la eficacia **inter partes** de la sentencia, concordando todos sobre la fórmula chiovendiana de la sentencia **inutiliter data,** difieren en lo tocante a la oposición ordinaria de tercero.

La segunda tendencia se origina en Carnelutti, quien niega que el fundamento del litisconsorcio necesario pueda ser considerado como una exigencia funcional y lo entiende como fórmula de conveniencia y oportunidad práctica. La razón que expone es que no existe una categoría de relación de derecho sustancial única con pluralidad de sujetos, porque toda relación tiene una estructura necesariamente bilateral. De ahí que estos autores operen sobre la base de la conexidad entre las diferentes relaciones sustanciales, pues este fenómeno está generalizado en el ordenamiento jurídico. Por consecuencia, el litisconsorcio necesario sólo podrá ser admitido en la hipótesis expresamente prevista por la ley, y su justificación se encuentra en la conveniencia de evitar la multiplicidad de procesos cuando existe conexidad material, particularmente intensa en ciertos casos.

c) Una tercera posición es la de Pavanini, para quien la antinomia de la unidad o pluralidad de la relación sustantiva no influye sobre el fundamento del instituto del litisconsorcio necesario.

Pavanini cree que dicho litisconsorcio se funda sobre la exigencia de carácter funcional, pero la individualización de cuándo un pronunciamiento deba emitirse frente a varios sujetos deriva de la valoración legislativa; lo cual no parece resolver el problema que indaga por la razón que deba tener el legislador para llegar a cualquiera solución.

Una posición particular más es la de Satta, quien adhiriendo en parte la crítica de Carnelutti, niega el concepto chiovendiano de la sentencia **inutiliter data** al que se opone el principio según el cual, el juez no puede sobreponerse a la disponibilidad de las partes, y sólo éstas son

los jueces de la utilidad de la sentencia. De ahí pasa a subdividir las hipótesis del litisconsorcio necesario en dos especies: i) aquella en la cual la necesidad del mismo viene establecida exclusivamente en relación al criterio de oportunidad procesal: si la sentencia se pronuncia en ausencia de alguno de los litisconsortes, no será inútil sino plenamente eficaz entre partes, y puede ser impugnada por la oposición de tercero si sufre un verdadero perjuicio y no por el solo hecho de su emisión. ii) Hipótesis en la que la necesidad del litisconsorcio deriva de la sustancia de la relación de que se trata; en este supuesto el litisconsorcio puede ser admitido aun en casos no fijados por el legislador, porque se funda en el criterio normal de **legitimación;** en este supuesto, la sentencia emitida sólo frente a uno de los litisconsortes, siendo eficaz **inter partes** y no inútil, es inválida y el litisconsorte ausente podrá siempre, en vía autónoma de oposición, hacer valer tal nulidad.

d) Según Proto Pisani, ninguna de estas posiciones ha tenido el mérito de aportar una contribución positiva a la profundización del difícil tema del litisconsorcio necesario. Reconoce que la teoría tradicional ha permitido la revisión de la existencia de la categoría de la relación jurídica con más de dos partes, y la ha llevado al ámbito de la **legitimación** para actuar; pero no ha considerado suficientemente el número de casos que el legislador dispone de participación necesaria de sujetos que no son titulares de una relación única con varios sujetos, y fundamentalmente, el haber estimado que la sentencia sería **inutiliter data** en ausencia de una parte, sin distinguir entre las varias hipótesis especiales y sin considerar la notable influencia, que sobre el régimen de validez de tal sentencia, podría ejercer la adopción legislativa de los principios atinentes, como el de conversión de los motivos de nulidad en motivos de impugnación, y la distinción entre eficacia e inmutabilidad de la sentencia unida a la previsión de un medio de impugnación particular, como el de la oposición ordinaria de tercero.

En su criterio, la corriente doctrinaria que se deriva de Carnelutti, tiene el mérito de haber intuido y denunciado el verdadero punto débil de la doctrina tradicional, que es la noción de inutilidad de la sentencia; pero en esta reacción ha caminado demasiado lejos, negando la admisibilidad de la categoría de las relaciones jurídicas sustanciales únicas con más de dos partes. Al mismo tiempo, no ha analizado suficientemente la profunda diversidad existente entre las varias hipótesis de litisconsorcio necesario, cayendo en la contradicción de admitir, en homenaje al respeto del principio dispositivo, la eficacia plena de la sentencia emanada para algunos de los litisconsortes, es decir, sobre alguna de las relaciones inescindiblemente conexas, y al mismo tiempo estimar admisible un nuevo juicio entre las mismas partes y el litisconsorte ausente, o sea, un segundo proceso que tenga por objeto todas las relaciones inescindiblemente cone-

xas, aun la ya decidida, sin advertir que de esta manera se destruía automáticamente el principio de la inmutabilidad de la eficacia **inter partes** de la sentencia en el futuro juicio.

En cuanto a Satta y Pavanini, y aun en lo tocante a Allorio y a Andrioli, el autor les reconoce también el mérito de haber tratado de penetrar más a fondo en la compleja realidad del litisconsorcio necesario, poniendo en evidencia la notable diferencia existente entre las varias hipótesis en que el legislador, la jurisprudencia o la doctrina han considerado la necesidad del litisconsorcio.

Ante todo, añade Proto Pisani, es menester observar si resulta admisible la existencia de una categoría de relaciones sustanciales únicas con pluralidad de partes. El litisconsorcio hace referencia desde luego, al criterio normal de la **legitimación,** y después a casos explícitamente fijados por las leyes. Pero el autor apoya sus comentarios en la ley italiana y, por ende, tendrá que elevarse el punto de observación para llegar a un resultado teórico general.

Su premisa no puede ser más adecuada a la investigación, porque Proto Pisani se pregunta si la relación única con pluralidad de partes no contradice la definición de relación jurídica, formada por dos conceptos relativos: poder y deber, potestad y pretensión, sujeción y obligación, relación jurídica absoluta y relativa, real y obligatoria. En obvio de mayores análisis, el autor opta por la descripción de Santoro Passarelli, para quien por relación jurídica se indica la respetiva posición de poder; por poder y deber la posición activa y pasiva de la relación; por derecho subjetivo el poder directamente reconocido al particular por el ordenamiento jurídico, para la realización de su interés; por potestad y pretensión, los deberes posibes contenidos en el derecho subjetivo, esto es el poder que corresponde desde el punto de vista de la posición pasiva o deber, a la sujeción y a la obligación; por potestad el contenido del derecho subjetivo, constituido por una supremacía de la voluntad del titular, en virtud de la cual puede realizar su interés; a la potestad corresponde por otro lado una mera sujeción, porque el sujeto es verdaderamente pasivo, titular de un deber de respeto y no de un deber de comportamiento; la pretensión se tiene cuando el contenido del derecho subjetivo está dirigido a obtener un comportamiento del sujeto pasivo, que satisface el interés, y a la pretensión corresponde la obligación o deber de tener un determinado comportamiento; la relación jurídica es absoluta o relativa, según que los términos pasivos se constituyan indistintamente por varias personas o por una determinada; las relaciones jurídicas reales y las obligacionales constituyen el carácter específico pero no exclusivo de la relación absoluta y de la relativa, mientras en las absolutas el contenido prevaleciente es la potestad, en las relativas es la pretensión: lo potestativo.

d) Se inicia aquí lo que podría calificarse de pérdida de altura del análisis de Proto Pisani, aunque ya antes ha venido arrastrando un pesado fardo con la noción de **legitimación,** entendida unas veces como titularidad, otras como mandato y otras como representación, sin olvidar su extensión a los casos de sucesión y de sustitución.

Con esa inadecuada idea de **legitimación** [359] es apenas natural que finalmente concluya sustentando una tesis que en poco se aparta de la corriente chiovendiana. Lo que al autor preocupa, y ello es explicable, es demostrar la estrechísima conexión entre la relación sustantiva, la **legitimación** para obrar y los límites subjetivos de la eficacia de la sentencia. [360] Para ello ha tenido que acudir al expediente clásico de efectuar una transposición, y para justificar la admisibilidad de la relación sustancial única con varias partes, ha comenzado por hablar de derechos individuales [361] absolutos y relativos, calificando a ambos de relativizables, de modo que respecto a uno cualquiera, como la propiedad, entiende que es absoluto frente a todos y relativo respecto de quien le viola. De esta manera, da un salto en el vacío, y en vez de la demostración de la relación única, habla de varias relaciones respecto a un objeto, de varias conexiones con otras tantas personas por razón de diferentes situaciones jurídicas: el propietario con el usufructuario, con el superficiario, con el poseedor, con el usuario, con el titular de la servidumbre, con el comprador, etc. Pero entonces resulta que no es la relación lo individual, sino el objeto, con referencia al cual se pueden establecer tantas relaciones con otros sujetos, como lo permitan la imaginación y el orden jurídico positivo.

Después de esto, no hay duda que la llamada **legitimación** ayuda grandemente a la multiplicación de sujetos, al dividirse las relaciones entre el titular y el mandatario, éste y el tercero, el acreedor cuyo derecho depende del título de otro y un tercero, etc. Y sin sentirlo, Proto Pisani se convierte en adepto, en parte, de Carnelutti, admitiendo que en el terreno de la lógica, la pluralidad no existe pero el derecho debería encontrar una solución práctica, de manera que introduce **propter opportunitatem contra tenorem rationis,** el principio opuesto de la divisibilidad de las relaciones bilaterales, en relaciones jurídicas absolutas [362] únicas con pluralidad de partes. [363]

Ya nada queda por añadir, sino que el derecho, a pesar de la lógica, fabrica un absurdo por convenir así a las necesidades sociales. Y ello acontece en tres grupos de casos: i) en la hipótesis en que la relación sustantiva es única con varias partes, donde el derecho dispone

359 Cfr. op. cit., pp. 90 a 120.
360 Op. cit., p. 634.
361 Que llama subjetivos.
362 Lógicamente.
363 Cit., p. 627.

el litisconsorcio necesario o la extensión de la eficacia directa de la sentencia **ultra partes;** ii) la hipótesis en que el legislador atribuye a un sujeto no titular de la relación la **legitimación** extraordinaria, si bien dispone que participen en el proceso los dos sujetos; iii) y la hipótesis en que habiéndose dispuesto la participación necesaria de varios sujetos, los mismos no participan de la relación deducida en juicio, pero son titulares de una dependiente de la última. [364] Así pues, en tanto la tesis esté asentada en la idea errónea de **legitimación,** basta rechazar la noción corriente para que toda la construcción caiga por su propio peso, y el problema quede irresoluto todavía.

e) Que la idea de derecho subjetivo como el título jurídico que porta un sujeto es inadecuada, ha quedado explicado inicialmente. [365] Es suficiente ahora recordar que frente a esa caracterización, se enfrenta una realidad que muestra que los sujetos pueden ser titulares de, por lo menos, cinco clases de derechos: i) estatuto personal, ii) derecho familiar, iii) derecho administrativo, iv) derecho subjetivo, y v) derecho de instancia.

No en todos los títulos se advierte la misma función lógica. En el estatuto, el sujeto es condicionado por el ordenamiento positivo y va en gradual ascenso por una larga escala de situaciones, desde la nacionalidad, la mayoría o minoría de edad, el estado civil, la profesión, etc. En el derecho familiar, el sujeto encuentra una filiación que le convierte en titular de innumerables situaciones: parentesco, alimentos, sucesión legítima, el nombre, etc. En el derecho administrativo, el particular comienza por enfrentarse a un cúmulo normativo que se denomina derecho policial, por virtud del cual su actividad se encuentra restringida y muchas veces prohibida, pero es de la naturaleza de estas disposiciones el ser susceptibles de eliminación particular a través de autorizaciones: permisos, licencias, patentes, etc., inclusive la misma propiedad; y consecuencia de ello es que el gobernado pueda encontrarse apoyado por el orden estatal y estar en posibilidad de reclamar a la misma autoridad las violaciones a sus derechos de autorización. En el derecho subjetivo auténtico, la situación es de reversibilidad, es decir, aparece una pretensión frente a una prestación, y ambas se sustentan recíprocamente; la relación no viene impuesta heterónoma sino autónomamente, de ahí que formen este grupo los pactos, promesas y acuerdos. El último sector corresponde a los derechos de instancia, inconfundibles por ser el elemento de una relación dinámica: el procedimiento; se trata de ese título del justiciable, por el que puede impetrar una prestación resolutiva después de agotada una secuencia legal prevista.

364 Idem, pp. 633-5.
365 Supra 2 y 3.

No hay, pues, esas categorías vacías de significado que son las tradicionalmente conocidas de derechos absolutos y relativos. Lo que aparece en un caso como la propiedad, no es una relación del titular contra o frente a todo mundo. Esta noción no tiene sentido, porque lo único que exige es el respeto y, por tal se entiende hacer nada; pero el derecho no puede normar la nada, no puede existir un precepto que imponga nada. Hay, sí, el mandato de no hacer, pero la propiedad no es ni un convenio ni una norma objetiva que establezca el no hacer ajeno. Es la situación de un individuo que frente al Estado tiene un derecho administrativo: la autorización para usar y gozar de un bien según sus intereses; derecho que, por lo demás, según los regímenes aplicables, puede llegar a la limitación por razones sociales: gozar el bien en beneficio general, como cultivar la propia tierra. Esta obligación no se entendería si sólo hubiera un derecho válido **erga omnes**, porque en este concepto no se incluye el deber de hacer algo especial con el bien jurídicamente identificado como propiedad. Si los títulos jurídicos individuales no son susceptibles de relativización, lo que resta es observar si pueden vincular a más de dos personas en cada extremo de la relación, que es lo que explica el litisconsorcio necesario.

f) A primera vista, una relación sólo puede ligar dos posiciones individuales. No parece que sea lógico que en uno de los puntos diametralmente opuestos, haya varios pretensores o varios prestatarios. Sin embargo, tal idea sólo puede nacer de una visión matemática que mire a la relación como una ecuación, de manera que el guarismo de uno de sus miembros sea equivalente al del otro.

Tal igualdad matemática no tiene sentido jurídico, de tal manera que es no sólo factible sino común, que se pacte una pretensión relativa a varias prestaciones, o viceversa. Por ejemplo, a partir del máximo señorío llamado derecho de propiedad, resulta que por razón de un mismo bien, puede haber multiplicidad de sujetos vinculados en la relación definitoria, cuando a cada uno corresponda un título del señorío, desde las diferentes clases de comunidad, hasta los diversos derechos llamados reales y de garantía real, ya sean sobre el bien o sus productos, impuestos por la ley o provenientes del convenio. Estas circunstancias dan lugar a la mancomunidad o parte mancomunada. [356]

366 *Diccionario de derecho privado*, op. cit., p. 2580; Mancomunidad, n. f. Derivado de mancomún, de man, mano y en general significa la idea de personas que concurren a un fin, o también la *acción* y efecto de mancomunar o mancomunarse. En términos jurídicos puede ser tomado en un doble sentido: 1. Como participación o cuota que en una cosa o derecho tienen varias personas. 2. Como obligación por la que concurren en un mismo crédito varias personas acreedoras o deudoras, pudiendo revestir en este caso una doble modalidad: Mancomunidad simple y a prorrata, y mancomunidad solidaria o total. En el primer caso se distinguen asimismo diversos tipos: Mancomunidad de bestias de labor, mancomunidad de pastos, alera foral, etc.

En cuanto a la situación estatutaria, que ha venido a producir esa insuficiente doctrina de la **legitimación,** se dan también multiplicidad de posiciones subjetivas. En un primer sentido, la multiplicidad surge como resultado de la alteración de la personalidad, dando lugar al producto negativo en la reducción de personas, como cuando el sustituido desplaza al sustituto, la mayoría de edad, la revocación del mandato, etc.; y al positivo en la adición de sujetos, como en la interdicción, la inhabilitación, etc. Procesalmente, la figura continúa siendo origen de la sustitución.

En lo tocante al estatuto real, la multiplicidad se mira en la sucesión, sea la universal por causa de fallecimiento; la universal **inter vivos,** como el concurso y la quiebra; y también procesalmente se ha de hablar de sucesión, motivo de pluralidad sucesiva de sujetos.

Las relaciones simples de derechos subjetivos, conducen a la multiplicidad cuando son varios los titulares de la pretensión o de la prestación. Se trata de una participación de varias personas en un mismo título, hay una simultaneidad en la posición, que tiene la consecuencia de una unidad compleja. Se parte, entonces, de la simple relación con dos sujetos, a la relación con más de dos en cada extremo, lo que origina mancomunidad o participación positiva o por cuotas y pasiva o a prorrata; y participación positiva pro indiviso y pasiva solidaria o total. El sector de estructuras múltiples conduce a la multiplicidad o pluralidad de sujetos, según que se trate de situaciones estáticas o dinámicas.

g) Si no hay dificultad en entender que una sola relación contenga en sus datos interdependientes más de una pretensión frente a una o más prestaciones, sólo queda por demostrar hasta el fondo, que también es factible que una sola relación sea portada por múltiples sujetos.

La pluralidad de prestaciones respecto de una pretensión, por ejemplo, se mira con facilidad en los casos en que un solo derecho, como el de alimentos, exige varias prestaciones: alimento, habitación, vestido, educación, etc. Se diría que en realidad, hay un derecho con varias pretensiones, pero además de que ello en nada afecta a la unidad de la relación, existe el caso en que aparece la pretensión de rescisión y de indeminización íntimamente vinculadas. Así pues, todo lo más, se puede afirmar que el derecho es complejo, por lo mismo que se trata de dato unitario formado por elementos reunidos en el todo. Ello explicaría, de otra parte, el que de un derecho se pueda exigir una de varias prestaciones sin agotar la pretensión.

Pero si se insiste en sostener que cada vez que se exige una prestación se está haciendo valer una nueva pretensión; entonces tendrá que concluirse que la unidad está sólo en el título sustantivo, del cual podrán extraerse tantas exigencias de prestación como pretensiones contenga. Ello no impedirá finalmente que la relación sea unitaria.

El mérito de Carnelutti ha sido el poner en examen lógico la estructura de la relación, pero no puede admitirse su idea de la pura bilateralidad: primero, porque hay relaciones, como las definitorias, que establecen la situación de un bien en cuanto a varios sujetos, como el patrimonio de familia; segundo, porque hay relaciones complejas de referencia común, como el contrato de sociedad, en el que de un centro de imputación, salen conexiones con cada socio; y tercero, porque hay una relación dinámica, que es la acción procesal, que vincula ella sola a tres sujetos: actor o acusador, juez y demandado o acusado.

Si la unidad, aunque compleja, se ubica en el título y no en la pretensión, entonces es manifiesto que de un derecho, pueden escindirse varias pretensiones que son portadas por sendos sujetos; y también cabe que cada pretensión se dirija hacia una de las diversas prestaciones portadas también por sendos sujetos.

En definitiva, el problema viene a quedar establecido en los siguientes términos. La relación jurídica se establece entre títulos y, por ello, siendo posible que haya títulos complejos, es decir, títulos que forman un todo compuesto por varios elementos; cada elemento consistirá en pretensiones o prestaciones que pueden imputarse a diversos sujetos. Es de esta manera que se alcanza la noción de pluralidad de pretensiones y de sujetos portadores de ellas.

Lo que ahora procede, es analizar cuándo la existencia de un complejo conduce al litisconsorcio. Por tal se ha de entender la unión de varios sujetos que pretenden, que deben prestar o de ambas clases. El litisconsorcio que ahora se ha considerado es el llamado necesario, por la simple razón de que no está en la voluntad de los portadores el presentarse unidos o no. A este tipo de litisconsorcio se llega por el camino de la mancomunidad y de la solidaridad. Si en lo primero hay la posibilidad de separación, en lo segundo se advierte la necesidad de la reunión; pero todo ello no es sino una consideración lógica, que debe completarse con la disposición legal, que puede ordenar cierta unión.

170 Litisconsorcio.

El problema que ofrece el litisconsorcio no es enteramente el mismo que constituye el fenómeno de la pluralidad subjetiva en la relación jurídica única. Precisamente porque en la relación es factible que los términos interdependientes sean varios en cada extremo o en los dos, es fácil advertir que de una misma relación sustantiva se pueden ejercer por separado las pretensiones o por separado recibir las prestaciones.

El litisconsorcio no pregunta exclusivamente si hay varias prestaciones o diversas pretensiones en una misma relación. Ya sobre la base de que existen, inquiere si se deben presentar como objeto del proceso todas juntas o pueden deducirse alguna o algunas nada más.

Hay casos bien señalados, en los que todos los titulares de la relación o todos los títulos, han de exigirse conjuntamente. Este es el supuesto del litisconsorcio llamado necesario. En otras hipótesis, bien los títulos o los titulares pueden escindirse, y si se unen los titulares sin que esté ordenado legalmente, entonces se habla de litisconsorcio voluntario o facultativo.

Aunque propiamente no hay similitud en este punto en los ámbitos civil y penal, se puede comenzar por advertir que en el primer campo son dos las técnicas legales mexicanas, el código distrital refiriéndose a las prestaciones, exige se demanden todas de una vez, en tanto que el federal autoriza a ejercer una o alguna pretensión y a reservar el resto para otros juicios. Este fenómeno de pluralidad de títulos se mira en lo penal con diversa naturaleza, primero porque no hay relación de pretensiones a prestaciones sustantivas, y segundo porque la pretensión procesal alude a acontecimientos criminales. Con todo, el paralelismo existe, por lo mismo que también aquí se debe acusar por todos los estados de hecho que forman el acontecimiento delictivo, y puede acontecer que diversos acontecimientos deban reunirse por las razones arriba contempladas. [367]

Por lo que respecta la litisconsorcio, la separación entre lo civil y lo penal se hace más terminante. Ahora se trata de la necesidad de llamar a juicio a todos los interesados y, naturalmente, mientras en lo civil se puede hablar de una sola relación, en lo penal la conducta de cada indiciado, aunque vinculada a otras, es autónoma en su naturaleza criminal, y en la misma coautoría hay materialmente posibilidad de individualización.

Queda el rubro del litisconsorcio voluntario, y aquí es más factible que, tanto en lo civil, como en lo penal, la conveniencia de dar un solo sentido a las decisiones, aconseje la reunión. En lo penal, por razones de política legislativa, se busca acumular las acusaciones por diversos delitos, no sólo los cometidos por un mismo individuo, sino por varios simultánea o sucesivamente, en uno o en varios lugares, según lo ha expuesto la doctrina. [368]

Queda, entonces, por averiguar, ante todo, no ya la acumulación de pretensiones, que ha sido tema analizado arriba, [369] sino la convocación a juicio de varios sujetos, considerando desde luego, la posibilidad de unidad de relación que es el litisconsorcio necesario.

a) Inicialmente se debe precisar que el litisconsorcio, en cualquiera de sus combinaciones: activo, pasivo o mixto, no afecta al principio pro-

367 Supra 165 y 166.
368 Supra 165 y 166.
369 Supra 166 y 167.

cesal de la existencia de dos partes, ni más ni menos. Lo que hace el litisconsorcio es multiplicar los sujetos de cada posición de parte. [370]

Ahora bien, la pluralidad subjetiva de las partes se menciona en el proceso penal, y se habla de varios querellantes o acusadores, según el momento procedimental en que se les ubique al igual que hay la pasiva de querellados o acusados o la mixta de unos y otros. [371] Cabe, sin duda, que en un sistema se aplique la técnica del monopolio acusador del ministerio público, y entonces no podrá hablarse de pluralidad procesal activa, pero sin evitar la concurrencia de acusación penal con una demanda civil de indemnización. Por lo demás, en ciertos regímenes, como el español, se admiten cuatro tipos de acusación: fiscal, particular, [372] privada y popular, e incluso, dicen Alcalá Zamora y Levene hijo, [373] puede suceder que actúen dos acusadores estatales en un mismo proceso: el ministerio público y el abogado del Estado, cuando exista conexión entre delitos comunes y de contrabando, o cuando los primeros afecten al Fisco.

Lo frecuente en todas las legislaciones es la pluralidad procesal penal pasiva, que deriva de la codelincuencia y se destina a evitar que se quebranten la conexión y la continencia de la causa. Con todo, queda en pie, como antes se dijo, la pluralidad de relaciones jurídicas entre las diferentes partes, y sólo acontece que se unifica el cauce procedimental y se llega a la unidad de sentencia. Por no tratarse de un litisconsorcio necesario, se mencionan los extremos singulares de procesados presentes y rebeldes, o de inculpados que han de responder ante distintos jueces, o cuando existe pluralidad objetiva y subjetiva y se permite que alguno o algunos de los delitos se enjuicien por separado. [374]

b) También Beling [375] habla de la posibilidad de que una querella parta de una pluralidad de actores o se dirija contra una pluralidad de personas, de modo que surja una resolución procesal compleja que sería de litisconsorcio activo o pasivo.

Advierte que en la querella pública no puede darse el litisconsorcio activo, ni pueden querellarse varios fiscales, porque cada uno sólo puede invocar al tribunal a que está asignado. Pero varias víctimas pueden aunar sus querellas privadas en las hipótesis de conexión; y más dable es el camino, si el mismo hecho afecta a más de una persona. También pueden querellarse juntos la víctima y un legitimado como el cónyuge del ofendido.

370 Cfr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene hijo, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 10.
371 Op. cit., T. II, p. 40.
372 En delitos públicos.
373 Cit., T. II, p. 40, nota 53.
374 Op. cit., T. II, p. 41.
375 Op. cit., p. 97.

En el aspecto pasivo hay litisconsorcio si el Estado o el querellante privado dirigen su instancia contra varios inculpados, cuya actividad es conexa; y se encuentran en un litisconsorcio pasivo el inculpado y el que el autor llama cuasi inculpado.

El litisconsorcio puede resultar de querellas separadas si los objetos procesales guardan conexión, de manera que se produzca acumulación, o pueden reunirse para ser tratados juntos en el plenario. Si parten de diferentes sujetos o se dirigen a varios nace el litisconsorcio.

Pero ya Beling, advierte que hay diferentes clases de litisconsorcios y reconoce que en lo penal no hay el necesario. La diferente titularidad de la víctima y de un interesado en la reparación del daño muestra un primer escalón, al que sigue el de los varios inculpados que son realmente titulares de sendas conductas criminales; y lo mismo acontece entre varios querellantes privados que se refieren a diversos hechos del inculpado, o cuando han sido afectados por el mismo hecho, caso en que cada víctima sólo puede querellarse por lo que respecta al daño que le incumbe. La verdad, pues, es que cada litisconsorte es independiente de los demás, conserva su posición procesal, como si se encontrara solo, y no puede deducir pretensiones de la persona o de la situación de sus litisconsortes, ni experimenta por causa de los demás merma en sus derechos.

c) Al estudiar la pluralidad de pretensiones punitivas, Miguel Fenech [376] comienza por distinguir tres hipótesis: i) unidad de proceso y unidad de pretensiones punitivas que es el tipo normal; ii) unidad de proceso y pluralidad de pretensiones, que plantea problemas de dos órdenes, según que la pluralidad sea sucesiva o simultánea; iii) y pluralidad de proceso con una misma y única pretensión común a todos ellos, lo que exige la distinción de dos hipótesis, según que el objeto haya sido ya resuelto en alguno de ellos o que esté pendiente de resolución en todos.

El caso de pluralidad sucesiva de pretensiones puede ocurrir cuando el ministerio fiscal sea sustituido por un acusador particular; y también puede existir cambio de sujetos activos, en lo que respecta al acusador particular y al acusador privado, cuando por muerte o inhabilitación sobrevenida en el proceso, deban continuar la pretensión los herederos o representantes. El caso contrario se daría cuando careciendo de habilidad el acusador privado o particular, comparezca su representante legal, pero adquiera habilidad el primero pudiendo continuar el proceso.

En cambio, el sujeto pasivo ha de permanecer invariable a todo lo largo del proceso, regla única que no se aplica al juzgador, porque en el curso del proceso puede variar en su persona o en la competencia del oficio.

376 *Derecho procesal penal*, T. I, pp. 490 y ss.

Por cuanto a la pluralidad por introducción de nuevos elementos, excluyendo toda posibilidad en cuanto al sujeto pasivo, porque significaría introducir pretensiones nuevas que el derecho español no permite, queda sólo la yuxtaposición de acusadores, cuyo número, prácticamente ilimitado tratándose de particulares, dada la llamada acción popular, cuando se trate de una pretensión pública incondicionada, multiplica la posibilidad de entrada de otros sujetos activos, sin más limitación que la de constituirse en partes antes del momento procesal de serles comunicado el proceso para que lleven a cabo la calificación. Pasado ese momento no se permite la yuxtaposición, de manera que la ley establece que siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones procesales, lo harán en un solo proceso.

La pluralidad simultánea de pretensiones, que Fenech llama horizontal o paralela, por haber calificado de vertical a la sucesiva, se da cuando en un mismo proceso se examinan más de una pretensión punitiva o necesaria, a diferencia de las contingentes o no punitivas.

Aparentemente, dice Fenech, el problema está legalmente resuelto al ordenarse, por un lado que cada delito será objeto de un proceso independiente, y de otro, que esta regla no se aplicará a los delitos conexos. Pero la aparente sencillez plantea numerosas cuestiones, por lo que se dedica a examinar diversas hipótesis, distinguiendo entre pluralidad subjetiva, pluralidad objetiva y pluralidad compleja.

Con referencia a la pluralidad subjetiva, Fenech [377] establece una separación frente al litisconsorcio, que no puede considerarse como un aspecto de la pluralidad de partes, en lo cual tiene toda la razón, pues es factible un procedimiento con pluralidad de partes sin litisconsorcio y un litisconsorcio sin pluralidad de partes. Desde luego, por partes se entienden las situaciones antagónicas de los acusadores y los acusados.

Ahora bien, el acusador, sigue diciendo Fenech, puede ser una posición ocupada por un solo sujeto o por varios, cada uno con distinto carácter, por lo que les llama acusadores necesarios y contingentes. Si se prescinde del ministerio fiscal y del abogado del Estado, tanto el acusador particular como el privado, son posiciones de parte que pueden ser asumidas por más de una persona haciendo las mismas peticiones o distintas. Y en cuanto al acusado, es también una situación que puede ser ocupada por más de una persona como coimputados, quienes pueden estar en una misma posición respecto al hecho o en distintas: coautores, cómplices y encubridores, y concurrir en las mismas o en distintas circunstancias subjetivas: parentesco, trastorno mental, etc. Y ello sin tener en cuenta la pluralidad de partes producida por la concurrencia del actor civil y del responsable civil, titulares de la pretensión de resarcimiento, junto con los sujetos de la pretensión punitiva única o diversa.

377 Op. cit., p. 500.

Es por ello que Fenech insiste en contrastar la pluralidad de partes como la situación subjetiva en que se encuentra el proceso, cuando junto a las partes necesarias aparecen las contingentes, con el litisconsorcio que se produce cuando en un proceso aparecen en la posición procesal de alguna de las partes acusadoras o acusadas más de un sujeto.

La pluralidad de partes puede ser homogénea o heterogénea, según que sean titulares de pretensiones no punitivas. Puede ser activa o pasiva, según que la pluralidad se produzca entre las acusadoras o las acusadas, siendo mixta cuando la pluralidad es al propio tiempo activa y pasiva. La homogénea se da cuando además del ministerio fiscal, del acusador privado o del abogado del Estado, en su caso, actúan uno o más acusadores particulares. La homogénea pasiva se da cuando aparecen varios imputados no litisconsortes. La homogénea mixta aparece en el caso en que estén en el proceso, por un lado el ministerio fiscal, acusador privado o abogado del Estado, en su caso, y uno o más acusadores particulares, y por el otro, varios imputados que no constituyan un litisconsorcio pasivo.

La heterogénea activa se encuentra cuando actúan el ministerio fiscal, el acusador privado o el abogado del Estado, en su caso, haya o no acusador particular, y al mismo tiempo interviene el actor civil.

La pluralidad de partes heterogénea pasiva se da cuando, además del imputado o imputados, litisconsortes o no, aparece otra persona como responsable civil. Y la pluralidad de partes heterogénea mixta existe en el caso de que el proceso se produzca con la totalidad de partes necesarias y contingentes.

Ya en el campo del litisconsorcio, acontece que puede haber tantos como partes privadas acusadoras o acusadas haya en el proceso. Se distingue, por tanto, el litisconsorcio de acusadores particulares, de acusadores privados, de actores civiles, de imputados y de responsables civiles. Por lo mismo se produce un litisconsorcio, cuando los sujetos que pueden integrar cada parte actúan unidos. Como en la mayoría de los casos los intereses de cada uno son diferentes y aun contrapuestos, la agrupación será meramente formal y puede tener representaciones y dirección letrada diferentes; en tal hipótesis no habrá litisconsorcio sino pluralidad de partes homogénea activa o pasiva. Parece, entonces, que la regla será que los intereses de los diversos sujetos no sean distintos, lo que posibilita que se unifique la representación y la defensa de los sujetos. Ello explica que los plazos les sean comunes y las notificaciones únicas en el procurador. Pero hay un efecto común a la pluralidad de partes y al litisconsorcio, y es la posibilidad de adherirse al recurso interpuesto por uno de ellos.

d) La peculiar reglamentación del proceso penal español, permite hablar, como lo hace Fenech, de litisconsorcio. A pesar de ello, el autor

no le califica de necesario, y pudiera creerse que tiene simplemente un carácter facultativo, principalmente porque ningún precepto ordena que acudan al proceso todos los posibles litisconsortes.

La peculiaridad del objeto procesal penal, exige que se considere el problema con calidades distintas a la materia civil. En efecto, al no existir pretensión sustantiva sino meramente procesal, porque tratándose de la reparación del daño o de la responsabilidad civil se da una pluralidad de partes heterogénea, es decir, prácticamente se duplican los objetos: uno penal y otro civil; pero situada la atención exclusivamente en lo penal, al no darse relación material, no es posible pensar en el llamamiento de todos los titulares de una relación que no existe.

Lo que acontece es que en el ordenamiento español hay cuatro tipos de acusadores: ministerio fiscal, abogado del Estado, particular y privado. El particular es titular de una acción llamada popular y para una pretensión punitiva pública incondicionada. El privado es titular de una pretensión punitiva en los delitos llamados también privados. Esta circunstancia hace que en un momento dado, puedan reunirse los cuatro acusadores pidiendo todos el mismo castigo. Pero en todo esto, no se ve una base para apoyar la idea chiovendiana de que hay litisconsorcio necesario, cuando el juez no puede pronunciar sobre el fondo si la demanda no se interpone por todos y contra todos los participantes en la relación sustantiva.

Ahora bien, en el proceso penal, específicamente en el español, hay un momento en que el litisconsorcio se forma, y es el de la calificación, o dicho en otra forma, el momento de ejercer la acusación. No puede confundir el hecho de que en la yuxtaposición llamada sucesiva por Fenech, entre un sujeto ante la inactividad de otro, porque la acusación no cambia.

e) Como en el caso de la acumulación de pretensiones, en el litisconsorcio se levanta la pregunta de si lógicamente es necesario. Es claro que una pluralidad de sujetos pueden unirse en cualquiera de las posiciones, activa o pasiva de la relación procesal; pero si esto es conveniente en algún momento, las razones siguen siendo pragmáticas y no lógicas.

El litisconsorcio voluntario, explica Salvatore Satta,[378] proviene de la disposición legal en virtud de la cual, cualquiera puede intervenir en el proceso de otras personas, para hacer valer frente a una de las partes un derecho relativo al objeto o dependiente del título deducido en el proceso, o intervenir para sostener las razones de alguna de las partes cuando tiene un interés propio. Sin embargo, en estas palabras, más parece acudirse a la figura de la intervención principal o de la adhesiva, que al litisconsorcio mismo, y así es que concluye el autor.

378 *Diritto processuale civile*, Padova 1950, pp. 99 y ss.

Basta, entonces, remitir el estudio de estas figuras al lugar apropiado, para reducir la atención a la hipótesis verdaderamente importante del litisconsorcio necesario. Podría decirse con Enrico Allorio [379] que, como lo estatuye la ordenanza procesal civil alemana, la intervención litisconsorcial es la intervención de los terceros en cuya esfera jurídica se refleja la cosa juzgada que va a surgir del proceso entre las partes. En efecto, explica Allorio, entre los terceros que pueden hacer intervención por adhesión, hay toda una categoría que se siente digna de una mayor protección, que actúa concediéndoseles mayor independencia, como si fuesen litisconsortes de la parte principal.

Aquí la idea de intervención litisconsorcial, frente a la intervención adhesiva, ofrece el dato de la afectación por el caso juzgado, y esto aclara la idea que en el derecho italiano se tiene del litisconsorcio, o sea, la de que es la reunión de varios sujetos en una posición de parte, en virtud de que la resolución de fondo juzga sobre sus derechos. Sobre esta base es que se discute ahora si hay tres figuras de intervención que serían, como quiere Giovanni Nencioni, [380] la principal, la adherente y la litisconsorcial.

Pero frente a esta posición, Allorio, apoyado en Chiovenda y en Segni, [381] rechaza la tercera figura, considerándola una especie de la adhesiva. Si la intervención litisconsorcial se configura como la participación de un tercero que deduce una litis propia, dice Allorio, entonces es una variedad de la principal pero si es una forma de participación en apoyo de la razón que en el proceso hace ya valer una de las partes, es una especie de la adherente.

Naturalmente que Allorio, siguiendo a Carnelutti, niega la tesis de Nencioni por entender que la relación jurídica es bilateral y, por ende, no encuentra factible las relaciones con pluralidad de sujetos. Pero como este punto ha quedado dilucidado ya contra los seguidores de Carnelutti, es procedente el argumento de la intervención litisconsorcial como algo distinto de la principal y la adherente.

Con todo, subsiste la cuestión básica de la necesidad lógica del litisconsorcio, sobre todo a la vista del proceso penal, en el que no se puede hablar de una exigencia razonable para que concurran cuantos tienen un derecho o título material discutido.

La solución se orienta en el sentido de la pretensión procesal, y así resulta que tratándose de la controversia penal, de las cuatro hipótesis que puede ofrecer el derecho español, se sigue: i) Respecto al ministerio fiscal, que es un legitimado casi natural en la acción pública. ii) El abogado

379 *Problemas de derecho procesal*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1963, T. II, pp. 383 y ss.

380 *Intervento voluntario litisconsorziale nel processo civile*, Padova 1935.

381 Op. cit., T. II, p. 380.

del Estado es también un legitimado de la administración activa. iii) El acusador particular es un legitimado popular. iv) Y el acusador privado es el único titular de un derecho propio de acción por ser el ofendido, y si por él insta y pretende otro sujeto, éste será nuevamente un legitimado del inhábil.

Cuando estos sujetos se unan en la acusación, su pretensión de pena debe ser idéntica, aunque difieran los fundamentos fácticos y los jurídicos, y es por ello que no se admite la deducción de nuevas pretensiones, independientes de la primitiva, comenzado el proceso. [382] Y lo que importa, la unión será necesaria, cuando la pena pedida para el sujeto pasivo tenga como fundamento fáctico el acaecimiento que ha de ser invocado por todos los sujetos activos.

La necesidad de un litisconsorcio, en lo penal o en lo civil, viene a apoyarse en las mismas razones. Si antes no era posible la unificación, se debió al hecho de que se tenía en cuenta sólo la pluralidad de sujetos de la relación sustantiva. Pero superado este punto de vista, se entiende que, a diferencia del litisconsorcio voluntario, en el que sólo la conveniencia de contender varios contra varios en un proceso sea lo que explique la unión; el litisconsorcio necesario se justifica por la exigencia lógica de que una decisión sobre el objeto del proceso, afecte a quienes tengan el mismo interés en la sentencia, o sea esa línea jurídica causal que va de la posición sustantiva a la resolución final. [383]

Es el mismo interés, pero no el mismo título sustantivo el de los sujetos vinculados solidariamente en lo civil, como es el mismo interés el de los acusadores diversos en el derecho español por la unidad del acontecimiento criminal. Podrá cada acusador invocar fundamentos jurídicos diversos, como también pueden hacerlo los litisconsortes civiles, pero al unirse en la misma pretensión de sentencia, la consolidación de la parte ha quedado establecida.

El tema no es fácil, y por ello, a estas alturas, todavía se vienen exponiendo nuevas tesis. Pero es de creer que si se mantiene la congruencia con respecto a las bases: noción de pretensión, concepto de objeto del proceso, naturaleza escindible de las pretensiones y prestaciones de una relación jurídica, etc., entonces el camino se allana, y la solución se posibilita.

La manifestación del litisconsorcio voluntario es, consecuentemente, de entidad menor, y su procedencia depende de las consideraciones pragmáticas del legislador. Lo difícil ha sido siempre el otro caso, el del litisconsorcio necesario, que bien podría llamarse el litisconsorcio por an-

382 Fenech, op. cit., T. I, pp. 497-8.
383 Supra 164.

tonomasia, ya que la idea es, no de una posible reunión de sujetos, sino de la exigencia de convocar a todos los interesados en el mismo fallo, por la eficacia que para ellos tiene lo resuelto en un solo proceso.

171 Intervención de terceros.

Una delgada línea separa el litisconsorcio de la intervención de terceros. Sustancialmente, el conflicto puede abarcar a más de dos personas y, por ello, la explicación de la procedencia del litisconsorcio en un caso, y de la intervención del tercero en otro, es problema que no puede resolverse mirando la solución de una ley dada.

Para el derecho italiano, expone Jaeger,[384] la intervención del tercero puede asumir las siguientes figuras:

I) Intervención voluntaria que puede darse: i) para hacer valer, frente a las partes o a alguna de ellas, un propio derecho, relativo al objeto o dependiente del título deducido en el proceso; este tipo se denomina intervención principal o intervención autónoma, como sucedería si tratándose del derecho de autor su titular, aun después de la cesión, interviniera en el juicio promovido por el cesionario, para la tutela de sus intereses; ii) para sostener la razón de alguna de las partes, siempre que el interveniente tenga un interés propio; es el llamado interventor adhesivo.

II) El interveniente a instancia de parte que puede ser: i) quien tenga un título en la causa común, o ii) de quien se pretenda la garantía.

III) El interveniente por orden del juez, cuando considera oportuno que el proceso se desenvuelva frente al tercero, para quien la causa es común.

Como aclaración, Jaeger recuerda que tienen un carácter manifiestamente diverso, la intervención en el proceso del ministerio público, y la de la asociación sindical, a los que corresponde un fin público.

a) El problema de la intervención de tercero se liga con el fenómeno de la pluralidad de partes, en tanto que el litisconsorcio se vincula con la pluralidad de sujetos en la posición de parte. Es por esto que Fenech ha distinguido tajantemente las dos situaciones. Lo que verdaderamente importa es que, como explica Fenech, en el litisconsorcio, los sujetos que integran una parte actúen unidos.

Probablemente las leyes de los diversos países no respondan exactamente a la teoría del litisconsorcio, y puede suceder que en algunos casos, uno de los sujetos inste individualmente, como parece factible tratándose de recurrir las resoluciones judiciales, supuesto en el que Fenech habla de la facultad de adhesión de los otros litisconsortes. Lo congruente

384 Op. cit., pp. 453 y ss.

es que la impugnación se haga igualmente por la representación común, porque el litisconsorcio ofrece la peculiaridad de conferir a uno de los sujetos o a tercero extraño a ellos la procuración, o sea el derecho de instancia.

Si se pierde de vista este dato, la confusión entre litisconsorcio y pluralidad de partes es factible, porque la justificación de ambos se encuentra en la unidad del conflicto. No se está considerando ahora el llamado litisconsorcio voluntario, porque aquí la acumulación de pretensiones responde a la idea de economía procesal y no a una necesidad lógica; por ende, es posible que cada litisconsorte tenga con respecto a la contraria, un conflicto individual, distinto al de los demás. Todavía más, la pluralidad de partes, identificada por la autonomía de instancias de cada una, ha obligado a Fenech a distinguir entre partes necesarias y contingentes, por la pretensión deducida.

Con estos antecedentes, es posible revisar la doctrina y advertir los puntos discutibles. Por ejemplo, Ramiro Podetti [385] comienza por utilizar el término tercería para significar la intervención, voluntariamente o por llamado de las partes o del juez, antes o después de trabada la contienda, de otro sujeto, que bien puede ser actor, como litisconsorte, coadyuvante, substituto o sucesor del actor, o demandado en iguales supuestos, o bien ser actor contra actor y demandando, pero que es siempre un nuevo sujeto distinto físicamente de los anteriores y jurídicamente también, aun cuando sea sólo en matices de su interés.

Esta misma línea de unificación del tercero en la noción de la tercería se advierte en Alcalá Zamora, [386] quien invocando al Conde de la Cañada, [387] recuerda que para éste, el actor y el reo, demandador y demandado son dos partes esenciales del juicio, al cual si viene otro litigante, componen el número de tres, y el último recibe con propiedad el nombre de tercero.

Naturalmente, Alcalá Zamora continúa respetando la tesis de Hellwig, en el sentido de que en el proceso no hay ni menos ni más de dos posiciones de parte, y por ello en el litisconsorcio, aun en el doble o mixto, no hay más que dos partes, aunque una de ellas o ambas, se compongan de varias personas, físicas o jurídicas, sobre todo en el litisconsorcio necesario. Lo mismo afirma respecto a la sustitución, porque sustituto y sustituido se alínean en el mismo lado, y lo extiende a la sucesión, porque el sucesor es un **Primus** bis o un **Secundus** bis, ter, etc. Más aún, agrega Alcalá Zamora, ni siquiera la **tercería** coadyuvante, adhesiva o accesoria,

385 *Tratado de la tercería*, Bs. As. 1949, pp. 32 y ss.

386 *El antagonismo juzgador partes; situaciones intermedias y dudosas*, *Estratto dagli Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova 1957, pp. 44 y ss.

387 *Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarios como extraordinarios*, México 1850, pp. 359 y ss.

supone una derogación de la regla, precisamente por el plano de subordinación o secundariedad en que el **tercerista** se mueve, sea simple o doble.

Para el autor, verdadera tercería lo es sólo la principal excluyente, espontánea o provocada, y aun ella no pugna con el principio de las dos posiciones de parte, porque su deducción se traduce en una nueva relación procesal. Ahora bien, a la tercería espontánea le llama intervención, y a la provocada llamamiento de tercero.

b) En el estudio de estas figuras hay una cierta movilización del punto de vista del análisis, que sutilmente efectúa transposiciones en las determinaciones subjetivas; sin embargo, cuando llega el momento de las conexiones técnicas, el principio de congruencia muestra la debilidad lógica de la concepción.

Si se va, como lo hiciera el Conde de la Cañada, de la dualidad de partes, y se denomina tercero a cualquier otro litigante que llegue al juicio; por razón de intervención sobrevenida serían terceros el coadyuvante, el sustituto y el sucesor, es decir, toda la línea de pluralidad sucesiva o vertical de que habla Fenech.

Alcalá Zamora [388] unifica todas las posiciones ajenas a las partes en el término tercería. Conforme a este punto de partida, le basta agregar los calificativos de espontáneo y provocado, o los sustantivos intervención y llamamiento, para diferenciar las dos clases o formas fundamentales de la tercería intervención o espontánea, y la tercería llamamiento o provocada; y también unos adjetivos contrapuestos le son suficentes para distinguir las dos modalidades de la tercería intervención: la principal o excluyente, y la adhesiva o coadyuvante. Todavía, dice, el derivado **tercerista,** impide confundir al tercero litigante con los demás terceros, personas ajenas a la relación procesal que participen como testigos, peritos, auxiliares, encargados e incluso poseedores de medios u objetos de prueba.

La tesis es sugestiva, principalmente por la sencillez terminológica, pero realmente no responde a las manifestaciones técnicas posibles. No parece sino que su apoyo fuera una nota externa a la figura respectiva, y así, tratándose de la intervención, se considera el hecho de su espontaneidad o de su provocación, pero no se precisa la función procesal que le corresponde. Propiamente, se ha distinguido la manera en que entra el interveniente, pero se le deja de llamar como tal cuando es llamado por las partes o por el juez, como si por tal circunstancia hubiera de tener un papel diferente a la intervención espontánea. Además, habiéndose calificado de intervención a la supuesta tercería espontánea, se le subclasifica en principal o excluyente que es la única tecería, y adhesiva o coadyuvante que ofrece modalidades especiales.

388 *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua,* Chihuahua 1959, pp. 154 y ss.

No parece sino que lo adecuado, teóricamente, sea considerar las posibles actuaciones procesales de los terceros litigantes, para estar en condiciones de unificar su denominación si fueren semejantes, o de buscar una para cada caso si sucede lo contrario.

c) Desde luego, en el proceso penal estricto no tiene cabida el fenómeno del tercero interveniente, porque según lo explicado por Fenech para el ordenamiento español, en el que se presentaría el problema con más apoyo legal, las partes deben constituirse en el momento de la calificación, y no sería procedente que un tercero interviniera posteriormente deduciendo una pretensión punitiva distinta.

Ello no obsta para que si una de las partes sale del proceso, continúen las otras: por ejemplo, si el fiscal no formula conclusiones acusatorias o retira la acusación provisional, cabe que los titulares de la acusación popular, los de la privada o particular, según el caso, continúen el proceso. [389]

Pero las leyes pueden atender al caso de la intervención desde el principio, de manera que no es por el momento de entrada que se ha de distinguir la figura. Ya Fenech habla de pluralidad de partes como algo distinto del litisconsorcio, y su atención está puesta, precisamente en la independencia que guardan entre sí los acusadores penales y los actores civiles del proceso penal español. Esta situación no sería factible ahí donde la ley regulara el monopolio de la acción, e incluyera en la pretensión punitiva el resarcimiento del daño, como lo hace el artículo 34 del código penal mexicano distrital.

La nota que caracteriza a la figura de la intervención, no es la cronológica, sino la que atañe a la pretensión. Sin averiguar, por lo pronto, si varias situaciones de hecho, una pluralidad de derechos, o simplemente una variedad de intereses contenidos en el mismo conflicto, pueden acumularse en un proceso; lo que ahora importa es señalar la circunstancia de que esta reunión no sería pretensionalmente siempre homogénea, es decir, no podría estimarse que con la deducción de la o las pretensiones del actor y del demandado, se satisfaría el conflicto todo.

La experiencia actual en los negocios mercantiles, muestra una mayor complejidad de vinculaciones subjetivas, en las que un común contrato de maquila puede estar apoyado en un fideicomiso de garantía respecto de bienes de tercero, con todas las implicaciones que puede ofrecer el que este tercero sea uno de los cónyuges, casados en sociedad conyugal. Las demandas de y contra la fiduciaria, de y contra el fideicomitente, de y contra el maquilador, pueden conducir a una reunión de sujetos cuyos dere-

389 Cfr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, *Aspectos, obstáculos y posibilidades procesales en torno a la muerte del general Humberto Delgado*, en *El asesinato del general Humberto Delgado*, Ateneo Español de México, 1966, pp. 17-8.

chos e intereses deben ser defendidos independientemente. La situación es susceptible de complicaciones superiores, por ejemplo, en el caso de que los bienes fideicomitidos sean títulos de sociedad anónima o títulos de sociedad en nombre colectivo, y todavía cabe que se encuentren en depósito de tesorería que ha expedido una constancia, etc.

A primera vista, la intervención autónoma, aquélla que no puede conducir al litisconsorcio, se explica por la independencia de los derechos, puesto que ello impide que finalmente se designe un representante común; pero acontece que hay litisconsorcios voluntarios a pesar de esa independencia, como cuando un arrendador demanda a varios arrendatarios para desalojar el inmueble que piensa derribar, o cuando son los arrendatarios quienes demandan al arrendador por sendos incumplimientos de contrato. No hay duda de que cada sujeto es titular de un derecho independiente, de manera que la asociación procesal no prejuzga sobre la dependencia o independencia.

Se diría con Alcalá Zamora [390] que la característica del litisconsorcio necesario es que la decisión recae por igual frente a sus componentes, mientras que en el impropio o voluntario la resolución no les afecta de la misma manera porque los litisconsortes no están indisolublemente vinculados por una concreta relación jurídica material; pero esto, siendo exacto, no es sino el resultado y no la natualeza de la figura, mucho menos su razón de ser.

El por qué los litisconsortes necesarios hayan de actuar bajo una misma representación o dirección, [391] es debido a que sus pretensiones individuales se unifican en la resolución pedida. Esto ha quedado demostrado confrontando las manifestaciones civiles y penales, ya que en las últimas no se puede hablar de diferentes o similares derechos sustantivos, ni menos de pretensiones materiales congruentes.

d) La intervención de terceros está bien clara en el proceso penal español, para esos casos que Fenech llama pluralidad heterogénea de par-

390 *Panorama...*, p. 66.

391 Alcalá Zamora, op. cit., p. 290, nota 206, crítica al código distrital mexicano que emplea el término representación, cuando su similar español usa el de dirección, sosteniendo que la dirección atañe al desempeño del patrocinio por un mismo abogado, mientras la unidad de representación implica la intervención de un procurador que existe en España pero no en México, de manera que la paradoja sería que allá donde hay procurador las normas se fijen en el abogado, mientras que acá donde no lo hay reglamentado suceda lo contrario; pero debe advertirse: primero, que el código distrital habla también de procurador y que aunque la profesión no esté reglamentada como en España, la figura no puede ser exclusiva de los países que la convierten en una profesión; segundo, que la procuración es bien conocida en México, tanto en materia mercantil, donde los títulos de crédito suelen endosarse en procuración, como en lo civil al regularse el mandato para pleitos y cobranzas, el cual, al ser llevado a los tribunales, cae dentro de la ley de profesiones y corresponde exclusivamente a los profesionales del derecho; tercero, que en el fondo, no se ve cómo pueda separarse la dirección de la instancia con la representación en este caso, puesto que el titular de la acción al tiempo que representa a los litisconsortes, se encarga de dirigir la serie proyectiva.

tes, cuando al lado de los acusadores penales intervienen los actores civiles. La heterogeneidad significa, precisamente, que no es factible el litisconsorcio, porque cada sector: el penal y el civil, deduce pretensiones autónomas.

Si en vez de esa técnica, se aplica la consistente en atribuir al ministerio público la titularidad exclusiva de la acción, entonces, como sucede en México, se tendrá que hablar del actor civil coadyuvante. Pero la inconveniencia práctica de esta solución se traduce en la irregularidad técnica de hacer del actor civil titular de una pretensión impugnativa, aunque sólo sea con referencia a la reparación del daño.

En lo civil, el tercero interveniente muestra una pretensión autónoma, lo que en nada afecta a la naturaleza de las relaciones procesales, porque ya se ha visto que pueden existir relaciones con pluralidad de pretensiones y prestaciones. En el caso del interveniente, la prestación resolutiva, o sentencia judicial, queda distinguida en su pluralidad de contenido, aunque se trate de un fallo único.

Pero la intervención de tercero no tiene una razón lógica de necesidad. Si este sujeto tiene una pretensión que deducir forzosamente, la posibilidad de ir a un proceso distinto es evidente, y así, tanto en lo penal, cuando se permite que el actor civil acuda por separado, al mismo tiempo o con posterioridad como parece ser lo normal, a otro juicio y ante autoridad distinta; como en lo civil, donde es obvio que el tercero tiene abierto el camino de su juicio particular; lo cierto es que apenas por consideraciones de economía se autoriza la acumulación de pretensiones.

La explicación del fenómeno sigue siendo la dada por Carnelutti, en el sentido de que en estos casos de reunión procesal, al menos uno de los sujeto es el mismo para todas las relaciones. Sin embargo, se ha de anticipar que el interveniente no es uno de esos sujetos que Podetti, siguiendo a Giovanni Nencioni, [392] llama de interés incompatible con el de las partes originales, porque entonces, en lugar de intervención se ha de hablar de verdadera tercería. El interveniente pretende una resolución que no es excluyente de la pedida por una de las partes, pero que es directamente interesante para él.

e) La intervención de tercero extiende su aplicabilidad a procedimientos que o no son procesales, o lo son por virtud de accidentes que en ellos se presentan.

Desde luego, en lo penal, el denunciante toma una posición de interveniente frente a la que más tarde han de alcanzar acusador y acusado. La línea de identidad subjetiva que corre desde el denunciado, que luego se convierte en indiciado para entrar en el plano de acusado y finalmente responsable o sentenciado, permite hablar de una acumulación sucesiva de varios períodos procedimentales.

392 Op. cit., p. 39.

En lo civil, laboral, administrativo o constitucional, la variedad de combinaciones hace fácil la mostración de ejemplos de intervención de tercero. A partir de los negocios por atribución judicial, llamados **jurisdicción** voluntaria, el tercero es frecuente, como sucede en el apeo o deslinde, y aunque no haya conflicto entre partes, la situación del tercero es completamente autónoma frente al peticionante.

En seguida, el interveniente se mira en los procedimientos administrativos en que la ley exige su audiencia, como tratándose de exenciones de impuestos a industrias nuevas o necesarias. Y hay intervenientes en el proceso fiscal mexicano, cuando a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se le considera parte necesaria de los juicios de nulidad. Hay tercero interveniente cuando en estos juicios se autoriza a sujetos diversos del obligado directo al pago de impuestos o multas, a participar en el juicio, como pueden ser los agentes aduanales, los sujetos pasivos de responsabilidad objetiva, etc.

En lo constitucional, el control de amparo, queja que se instaura contra una autoridad llamada responsable, se conoce la figura del tercero perjudicado, que es un interveniente cuya presencia ha llevado a la doctrina a suponer infundadamente, primero, que hay un verdadero proceso, y segundo, que en materia judicial hay una tercera instancia. Pero también tiene el carácter de interveniente el ministerio público federal, que actúa como **amicus curiae.**

Y en lo mercantil, la figura del interveniente es bien conocida en las quiebras, especialmente cuando dictada la sentencia, acuden los supuestos acreedores a hacerse reconocer. Aquí se presentan problemas especiales que pueden conducir a procesos accidentales, como cuando el presunto acreedor es desconocido y formula demanda singular, o cuando un tercero acude para pretender la separación de ciertos bienes, y aún en el caso en que el fisco, los trabajadores o las instituciones de crédito, promueven su privilegio de juzgamiento.

Todas estas expresiones de la intervención de tercero, culminan con la presencia del sujeto en un verdadero proceso. Ello provoca la final explicación de la posibilidad de que se mantenga la dualidad de partes. Aunque aparentemente la intervención originaría una ruptura del principio, en realidad esto no acontece, porque no se observa sino una acumulación procesal, en la que el tercero, pretendiendo por su cuenta, complica la serie de instancias proyectivas y multiplica las pretensiones de resolución, sin dar lugar a una triangularidad de partes, porque no se llega a la situación de una pugna de todos contra todos, sino a un caso de varios contra uno o varios, pero sin formar litisconsorcio y sin excluirse los sujetos de una misma posición actora o demandada.

172 Coadyuvancia.

A través del litisconsorcio y la intervención de terceros, la simple pluralidad de sujetos se va convirtiendo en pluralidad de partes, y con ello, el postulado inicial de la dualidad de éstas, parece quedar en entredicho. Sin embargo, ya se ha esclarecido que en el primer caso, los sujetos se unen para originar sólo una parte, sea la actora o la demandada, la acusadora o la acusada. En cuanto al segundo extremo, la efectiva existencia de varias partes conduce, en unas hipótesis, que son la mayoría, a los procedimientos de concursos, sucesiones o a negocios por atribución judicial llamados **jurisdicción** voluntaria; en el resto, se encuentra apenas una acumulación procesal, en virtud de la cual, lo que podría ser pluralidad de procesos, se reduce a pluralidad de partes, de acciones y de pretensiones que serán decididas en un solo acto final.

La coadyuvancia es un punto intermedio en la línea que va de la pluralidad de sujetos con unidad de parte, a la efectiva pluralidad de éstas. Sin penetrar de lleno en el litisconsorcio, aun siendo igual la pretensión del coadyuvante que la del coadyuvado, tampoco cae en el extremo de la absoluta separación de pretensiones que es lo característico de la intervención de terceros.

El coadyuvante puede tener un título sustantivo igual o distinto al del coadyuvado, puede variar su pretensión sustantiva y, por ende su interés es diverso; pero dentro del proceso, no cabe que este sujeto intente una resolución aparte, una sentencia que sólo a él favorezca, porque la idea de adhesión es la de colocarse al lado de uno de los pretensores para reforzar su exigencia de pronunciamiento en cierto sentido. Pero el coadyuvante no está presente en el juicio con la exclusiva intención de enterarse de las actuaciones, sino que desea y puede instar, puede accionar aunque con referencia a la misma pretensión.

En las legislaciones y en la doctrina, el caso ha sido considerado desde otros ángulos, unas veces se exige que la causa o título sean los mismos, otras que el objeto sea idéntico, unas más que sólo cambie el interés individual y, en fin, no falta la tesis en el sentido de que la titularidad de acción sea para uno de estos sujetos: el coadyuvante o el coadyuvado, pero no para ambos, de manera que se piensa que uno tiene la dirección y el otro es una especie de subparte.

Naturalmente que todo ello hace confuso y complicado el cuadro de la pluralidad subjetiva, sin embargo, se ha venido observando que toda la sistematización ha de quedar incluida en el sector estrictamente procesal, y de ahí que lo determinante venga a ser, no la situación de las relaciones materiales, que algunas veces no existen como en el caso del proceso penal, sino la posición que toman los sujetos dentro de la serie de instancias proyectivas, sus recíprocas vinculaciones y las posibilidades

de reunión o de separación personal. Así como en lo tocante a la pretensión aislada, se ha podido componer una estructuración totalmente procesal que lleva del proceso con pretensión simple a los procesos con múltiples pretensiones y al extremo opuesto de la escisión o separación de procesos por razones atinentes a las pretensiones; de la misma manera se debe analizar el fenómeno de la pluralidad subjetiva con exclusiva o preferente atención a lo estrictamente procesal, a las instancias proyectivas y a la pretensión de sentencia penal o civil.

a) Con un criterio similar al ahora mencionado, Devis Echandía [393] opina que la noción de terceros en el proceso debe determinarse formalmente, es decir, por sus características procesales, al grado que afirma que en ciertos momentos, un sujeto que ha venido siendo parte, sale del proceso y entra otro que toma su lugar, permanentemente o de manera incidental o transitoria.

Estos terceros, repite, pueden tener una situación independiente o autónoma respecto al demandante o al demandado, opuesta a ellos o coordinada y con intereses comunes; o por el contrario, una situación de subordinación o desigualdad procesal, por limitarse a adherir a las pretensiones de una de las partes, sin reclamar ninguna diferente para sí, a lo que califica de **legitimación** secundaria en la causa.

Queda explicado reiteradamente, que el empleo de la palabra legitimación, para hipótesis en que no verse la complementación de la habilidad jurídica es inadecuado. Pero también insistentemente la doctrina, casi la totalidad de los autores modernos, usan la palabra para aludir a los titulares, y ello obliga a constantes aclaraciones.

Pues bien, los sujetos que intervienen con una situación autónoma son calificados de principales, y los que lo hacen coadyuvando se consideran secundarios o accesorios, en razón de que los primeros aducen una pretensión propia para que en el juicio les sea declarada, reconocida o satisfecha, en conexión con la de una de las partes o independientemente; al paso que los secundarios se limitan a apoyar las pretensiones de la parte a que se adhieren, por tener un interés propio de ellas.

Devis Echandía explica que antiguamente se hablaba de intervención **adiuvandum** cuando el tercero se limitaba a apoyar la pretensión de la parte, y de intervención principal y por adhesión para distinguir los mismos casos, subdividiéndose el último en adhesión autónoma cuando el tercero se apoyaba en las razones de una de las partes alegando derecho propio, y en adhesión dependiente cuando no tenía derecho propio. Hoy, asegura, se prefiere la clasificación de terceros principales y accesorios o

393 Op. cit., pp. 490 y ss.

secundarios, ya que el tercero por adhesión autónoma es un verdadero tercero principal litisconsorcial, y el calificarlo de adhesivo se presta a confusiones.

La única dificultad en la exposición de Devis Echandía se presenta respecto al calificativo de tercero listisconsorcial, porque se unen dos términos que, según explicara Fenech, no son sinónimos, ni siquiera guardan coincidencia en otra cosa que en la multiplicidad de sujetos. En efecto, el litisconsorcio, en todas sus acepciones y extensiones gramaticales, debe quedar reducido a la alusión del caso en que la parte se compone multipersonalmente. No cabe hablar de coadyuvancia litisconsorcial, precisamente porque los litisconsortes pueden ser tan ajenos en sus derechos y en sus intereses, que sería exagerado pensar que están en el proceso adhiriéndose a la pretensión de otro. Lo que el litisconsorte realiza procesalmente, es una unión, una acumulación de pretensiones, con el encargo a uno de ellos o a tercero, para que accione por todos. Si alguna ley permite que estos litisconsortes se dividan nuevamente para cierta promoción, entonces no se puede pensar en algo combinado de litisconsorcio y coadyuvancia, sino en algo desnaturalizado, que da por consecuencia una mala técnica legislativa, en la que el litisconsorcio es tratado como coadyuvancia indebidamente.

b) Como, finalmente, Devis Echandía reconoce la impropiedad de la expresión litisconsorte accesorio o secundario,[394] queda en pie la cuestión de la naturaleza jurídica de la coadyuvancia a la que continúa llamándole tercería accesoria o secundaria. Según el autor, estos coadyuvantes están en la posición limitada y accesoria de quien no alega un o una pretensión propios sino un interés personal o familiar en los derechos o las relaciones jurídico materiales de una de las partes.

Más adelante[395] Devis Echandía se propone analizar la verdadera naturaleza de la coadyuvancia, y comienza por repetir que es siempre una parte accesoria o secundaria, porque actúa para sostener las razones de un derecho ajeno y en un plano distinto de la parte principal, de subordinación a ella, ligado secundariamente a la situación de su coadyuvado.

Luego de exponer las diferencias respecto al sustituto, que propiamente no tienen necesidad de aclaración mayor, puesto que el coadyuvante insta al mismo tiempo que el coadyuvado, observa que, sin embargo, puede suplir la actividad de éste con ciertas limitaciones, cuando por desinterés u otra causa, abandona total o parcialmente su defensa. Tampoco hay representación, dice, porque el coadyuvante actúa en su propio nombre defendiendo causa ajena, se vincula al proceso, como explicara Chiovenda,[396] pero nada impide, afirma, que ambos tengan el mismo apoderado.

394 Op. cit., p. 411.
395 Op. cit., pp. 431 y ss.
396 *Principios*, T. II, Núm. 36.

En definitiva, es, como quería Couture,[397] quien tiene un interés jurídico propio en un conflicto ajeno, pero en condiciones tales que la defensa de un interés propio le conduce al litigio a defender el interés ajeno.

La condiciones para que proceda la coadyuvancia se reducen a tres en concepto de Devis Echandía: que el proceso esté pendiente; que el coadyuvante no esté actuando ya en el proceso con otra calidad; y que tenga interés personal en el éxito de la pretensión de una de las partes principales. Este interés, para Chiovenda[398] es una relación jurídica entre coadyuvante y coadyuvado pero no con el adversario, como cuando el legatario interviene en los pleitos entre el heredero testamentario y el legítimo, o el vendedor obligado por la evicción en los pleitos entre el comprador y un tercero. La idea del interés es mejorada sensiblemente por Carnelutti,[399] quien habla de interés jurídicamente tutelado.

c) Parece que en las nociones precedentes coincide la doctrina más difundida, y que los ejemplos que se aducen, tomados principalmente del campo civil, son suficientemente aleccionadores. Queda, pues, por revisar si en el ámbito penal acontece algo semejante.

Beling[400] habla de la figura desde el punto de vista activo, cuando recuerda que después de la querella existen acontecimientos procesales que modifican la situación de las partes.

Desde luego, afirma refiriéndose al proceso alemán, el caso del incoado por querella privada permite que cada lesionado por el mismo hecho pueda adherirse dando lugar a un litisconsorcio. También puede entrar el ministerio fiscal en un proceso de querella privada dando lugar al traspaso de la persecución penal, retirándose el querellante privado a la situación de un interveniente adhesivo.

Más específico es el caso de la adhesión de ciertos sujetos al Estado, como el querellante privado pospuesto que en el fondo, dice Beling, es un litisconsorte. Este sujeto puede ser coautor respecto al asunto penal en cuanto se trata para él de la persecusión del asunto penal, o puede ser actor al lado del Estado respecto a la indemnización y se le denomina interveniente adhesivo, puesto que el asunto penal progresa aunque falte él, y su participación modifica sólo la manera como se desarrolla el procedimiento y se emite la resolución, o se refiere sólo al punto accesorio de la indemnización. Pero no es mero auxiliar de una parte, ya que su posición equivale en lo fundamental a la del querellante privado, y le corresponde un papel de parte que es discutible.

397 *Estudios*, T. III, p. 220.
398 *Principios*, T. II, Núm. 36.
399 *Instituciones*, T. I, Núm. 105.
400 Op. cit., pp 99 y ss.

A su turno, Fenech omite hablar de coadyuvancia, y para los extremos que toca Beling se refiere a la pluralidad heterogénea objetiva, que se produce en un proceso penal, cuando junto a la pretensión punitiva se formula una pretensión de resarcimiento. Esta pluralidad no lleva necesariamente a una multiplicación de las partes, porque la pretensión de resarcimiento puede ser deducida por los mismos sujetos de la punitiva y el proceso sólo tendrá lo que Fenech ha llamado partes necesarias.

Ahora bien, la pretensión de resarcimiento es paralela pero no principal a la punitiva en lo penal, porque el proceso de este orden no subsistiría para sólo la primera; sin embargo, la extinción de la pretensión punitiva no lleva consigo la de resarcimiento que puede formularse en un proceso civil. Esta figura lleva a la pluralidad subjetiva, cuando la ley exige que para el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil de una persona no responsable en la esfera penal, se le oiga en juicio. El respeto al principio acusatorio impone que se falle sobre un problema que afecta a terceros, o al mismo imputado, sin ser llevado al debate procesal.[401]

En México, González Bustamante [402] en su afán por excluir toda nota de privatismo en el proceso penal, se limita a explicar que hay ordenamientos en que se admite la concurrencia de la parte lesionada por el delito, con intervención privada principal, para los delitos de querella o intervención accesoria; de ello se infiere apenas, un regreso a la confusión que la doctrina ha tratado de eliminar penosamente.

Más rigorosa es la explicación de Alcalá Zamora, [403] para quien la reparación del daño pertenece a la pretensión civil resarcitoria, es renunciable por el ofendido, si bien el artículo 35 del código penal establece que entonces se aplicará el monto al Estado, es susceptible de transacción, transmisible a los herederos del damnificado y ejercible contra los del culpable y en ocasiones frente a terceros civilmente responsables. Normalmente, agrega el autor, intervendrá como actor civil el ministerio público, teniendo como coadyuvante al ofendido y como demandado al culpable. Si el responsable es un tercero, la relación se establecerá entre el papel de actor y el tercero a título de demandado, y puede sustanciarse la reclamación como incidente en el proceso penal o bien en vía civil después de fenecido aquél; pero si el damnificado es distinto del ofendido, habrá que acudir al proceso civil.

d) Esta regulación penal comparada, conduce a necesarias reflexiones sobre la posibilidad de la coadyuvancia en este sector. Propiamente en el régimen español no sería prudente hablar sino de litisconsorcio cuando los sujetos se unen en una sola parte, o de intervención de tercero

401 Op. cit., T. I, pp. 542 y ss.
402 *Principios*, cit., p. 87.
403 *Panorama*, cit., p. 198.

que la doctrina ha venido calificando de principal, en lo que Fenech llama pluralidad heterogénea, o sea la formada con partes necesarias y contingentes. Pero no habrá coadyuvancia, si se respeta la idea de parte accesoria que tiene interés en apoyar la pretensión del coadyuvado aunque en interés propio, porque el conflicto no es ajeno al interveniente, sino que le afecta directamente, sin que importe ahora mencionar los casos de verdadera legitimación.

Sin embargo, en la doctrina mexicana se habla de coadyuvancia, probablemente por influencia de la legislación. De admitir su existencia considerando el monopolio de la acción por el ministerio público, se tendría que concluir que el ofendido o damnificado no es parte en el conflicto originado por el delito y que sólo estaría en el proceso para defender el interés ajeno por virtud de que al hacerlo defendería secundariamente el interés propio. Con todo, ya Alcalá Zamora indica que en la responsabilidad de tercero, accidentalmente deducida en el proceso penal, la relación se establece entre el ofendido y aquél; y al analizar los recursos, advierte que pueden apelar el ministerio público, el acusado o su defensor, y el ofendido o sus legítimos representantes, cuando coadyuven en la pretensión reparadora y sólo en cuanto a ella, conforme al artículo 417 del código distrital. Con esto, se confirma que la pretensión de la parte civil no es propiamente accesoria, sino principal y que también aquí debe hablarse de intervención de tercero. No sería conducente acudir a la figura del litisconsorcio, porque no hay unidad ni de dirección ni de actuación, y el ofendido o damnificado se encuentra instando con titularidad suficiente para poder continuar aunque muera el culpable, en caso de amnistía o de indulto por gracia, porque el Estado, dice Alcalá Zamora, [404] puede disponer del derecho de penar que le corresponde, y anular o reducir sus repercusiones expiatorias, pero no del derecho a la indemnización, a menos de hacer víctima al damnificado, de una expropiación sin indemnización.

e) De regreso al campo civil, único en el que parece factible la coadyuvancia, conviene revisar algunos ejemplos doctrinarios que muestran que la figura sigue siendo confundida con otras. Así, en el derecho italiano, se habla de coadyuvancia respecto a los pleitos del deudor, para evitar que se empobrezca por la condena. Es posible que la hipótesis esté admitida jurisprudencialmente, como afirman Chiovenda [405] y Carnelutti; [406] pero fácilmente puede suceder que en lugar de coadyuvancia se esté regulando, o una subrogación, una sustitución, un litisconsorcio o una intervención principal. En efecto, la subrogación podría aparecer cuando el

404 Op. cit., p. 199.
405 *Principios*, T. II, Núm. 36.
406 *Instituciones*, T. I, Núm. 105.

tercero acude cubriendo el adeudo del demandante de su deudor; la sustitución cuando el mismo deudor no demande a tercero y ello impida que el acreedor deje de cobrar; litisconsorcio cuando el demandante intente despojar al demandado de un bien que disfruta el tercero a título de relación personal; y habrá intervención si el tercero aduce derecho propio y no mero interés tutelado.

Devis Echandía, al mencionar el ejemplo de Rosenberg [407] cuando la sentencia produce frente al interveniente efectos de caso juzgado, o puede ser ejecutada contra él, advierte que entonces se trata de una parte principal litisconsorte, porque su situación jurídica queda resuelta con el pronunciamiento. Y cuando alude a Alsina, [408] en lo tocante al acreedor o codeudor solidario y el comunero, también opina que los dos últimos son litisconsortes, porque tienen un derecho propio en el proceso. Estas observaciones de Devis Echandía demuestran nuevamente, cómo en la doctrina existe aún insuficiencia de conceptos y equivocidad en los términos.

Tal circunstancia exige un resumen comparativo de las distintas figuras, pero como todavía hace falta considerar el extremo de la tercería por antonomasia, y aun la oposición de tercero en el derecho francés, la tarea debe posponerse en este momento.

Lo que sí puede señalarse ahora, es el fundamento invocado por la doctrina para el coadyuvante. Sergio Rodríguez Garcés [409] afirma que el legislador, al aceptar la intervención de terceros tuvo en vista un triple objetivo: i) evitar los perjuicios de hecho que podría acarrear la sentencia a personas extrañas al juicio; ii) evitar la multiplicidad de juicios, y iii) evitar se dicten sentencias contradictorias.

De ahí que sólo se haya admitido la intervención cuando los terceros tengan interés actual en el pletio, o sea que tengan comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley los autorice para intervenir fuera de estos casos. El tercero coadyuvante se identifica de tal manera con la parte que autores como Reus, no aceptan la distinción entre terceros coadyuvantes y excluyentes, estimando que para que exista tercería es necesaio que el tercero reclame un derecho opuesto al de ambas partes, o por lo menos preferente al de cualquiera de ellas. En consecuencia, a su juicio, en la coadyuvancia no hay sino una relación procesal múltiple: el pleito de uno contra dos o más.

La oportunidad para que el coadyuvante intervenga está, generalmente, ampliada al máximo, de manera que la doctrina considera que el tercero de esta clase puede participar en cualquier estado del juicio, puede apelar y aún recurrir en casación. Pero en contra de lo que opina Rodrí-

407 *Derecho procesal civil*, T. I., p. 207.

408 *Unificación de la legislacin acerca de al intervención de terceros en la relación procesal*, en *Estudios procesales en memoria de Eduardo J. Couture*, Madrid 1957, p. 410.

409 *Tratado de las tercerías*, Concepción, Chile 1967, pp. 115 y ss.

guez Garcés, [410] no es necesario que el coadyuvante y el coadyuvado obren conjuntamente constituyendo un solo mandatario, ya que, tal como explica Devis Echandía, [411] el coadyuvante puede suplir al coadyuvado sin representarlo aunque defienda su causa. De ahí que no resulte totalmente claro su criterio, cuando el mismo Devis Echandía estima que nada impide que los dos tengan el mismo apoderado. Probablemente sólo se quiso decir que el mandatario puede tener dos mandatos; pero la expresión se presta a varias interpretaciones, entre ellas la del procurador común, figura que pertenece adecuadamente al litisconsorcio; pero aquí los litisconsortes no tienen dependencia o subordinación de derecho, lo cual sí se aprecia en el coadyuvante respecto al coadyuvado.

173 La tercería.

Litigar ante otro alude a la relación entre la parte y el juzgador. Litigar contra otro es lo que establece la situación de la contraparte. Litigar para otro explica el caso del mandatario. Litigar por otro señala los supuestos de la legitimación, la representación, la delegación y en ciertos extremos el patrocinio. Litigar sin otro conduce a la contumacia. Litigar entre otros es la tercería.

Pero la simple preposición **entre,** no permite identificar totalmente al tercerista. También litigan entre las partes los litisconsortes, los intervenientes principales y los coadyuvantes. Lo cierto es que el problema de la pluralidad de las partes procesales hace crisis en la tercería. De los terceros opositores trataron en general y con diversos repectos muchos autores, dice el Conde de Cañada. [412] Aquí, lo importante es esa circunstancia obstativa que significa el nuevo sujeto, y en esta doctrina se indica que debe añadirse al nombre de tercero el de opositor, porque se trata de quien viene a juicio a oponerse necesariamente al actor o al reo y a veces a los dos. [413] Sin embargo, la oposición misma no fue entendida en su real consistencia, pues sirvió apenas para calificar y no para determinar, como lo demuestra el que dicho autor sostuviera que en el primer caso se llama tercero opositor coadyuvante, y en segundo excluyente.

Para la ley distrital mexicana en lo civil, sólo existen dos tercerías, las excluyentes de dominio que deben fundarse en el señorío que sobre los bienes o derechos alega el tercero; y tercería preferente, que debe fundarse en el mejor derecho para ser pagado. [414] Para ambas tercerías, porque la ley no distingue, es requisito que con la demanda se presente el título en que se funde, sin cuya condición se desechará de plano.

410 Op. cit., p. 123.
411 Op. cit., p. 431.
412 *Instituciones prácticas*, T. I, p. 357.
413 Idem, p. 359.
414 Artículos 659 y 660 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios.

Podría decirse, al llegar a la tercería, que la pluralidad de partes va caminando de la necesidad sustantiva a la metaprocesal: comienza en el litisconsorcio cuando en virtud de los derechos simples, varios sujetos participan en los títulos relativos; sigue en la intervención principal cuando el nuevo accionante aparece ajeno a cierto dato del conflicto o de la pretensión procesal, pero no a los resultados de la sentencia en lo que se apoya su interés; y llega al caso de la coadyuvancia donde, como resultado de las relaciones complejas, los interesados acuden a auxiliar a una parte.

Se diría que no hay otra posibilidad de intervención, sin embargo, de manera autónoma surge la oposición de tercero, posición que ya en la tesis del Conde de la Cañada se distinguía por cuanto su pretensión era incompatible con las que habían producido los otros litigantes, a más de ser independiente en sus derechos.[415]

En la corriente moderna se admite que un tercero puede llegar al proceso después de trabada la contienda, con el carácter de actor contra el actor primitivo y el demandado, siendo siempre un nuevo sujeto, distinto físicamente de los anteriores y jurídicamente también, aún cuando sea sólo en matices de su interés. Por eso, Podetti,[416] llama tercerista a este sujeto, aunque su identificación no sea plena, por incluir en ella a sustitutos, sucesores, o litisconsortes.

a) La tercería y la impugnación del caso juzgado son para Ricardo Reimundín[417] dos instituciones afines y, por lo tanto, limítrofes, en cuanto son medios legales para proteger el interés jurídico de los terceros.

Sin embargo, la tercería ha sido estudiada muy frecuentemente como intervención principal, pensando, no en el proceso mismo, sino en la sentencia. Para la doctrina alemana,[418] esta intervención principal[419] es posible si el tercero aprovecha la ocasión de estarse discutiendo un derecho o un objeto, para demandar su propiedad o la titularidad de su crédito. En un supuesto semejante, el tercero puede hacer valer su derecho contra las otras partes, mientras el proceso iniciado por las mismas está pendiente, por medio de la presentación de una demanda ordinaria al tribunal ante el que el proceso pende en primera instancia, y aunque no sea competente para decidir sobre la pretensión que deduce. Las partes que litigan desde el principio se llamarán partes principales, su proceso sería primitivo o principal; y el tercero recibiría el nombre de interveniente principal y su participación sería intervención principal.

415 Op. cit., p. 370.
416 Op. cit., pp. 32-3.
417 *Derecho procesal civil*, T. I, p. 196.
418 W. Kisch, *Derecho procesal civil*, p. 319.
419 *Hauptintervention*

Sin embargo, la tercería sólo puede producir una ilusión de pluralidad de acciones, en realidad no existe posibilidad teórica ni práctica de multiplicación de partes, cuando el interveniente es un verdadero tercerista, y por ello se acude a los casos en que se impugna la sentencia deducida por otros. Según Reimundín, en la doctrina argentina se señalaba la naturaleza procesal de la cuestión, cuando se observaba que la pretensión pauliana sólo podía dirigirse contra una sentencia, en cuanto lo permitía la ley y en la forma reglamentada, por ser materia de legislación privativa de cada provincia. [420]

Lo cierto es, como explica Kisch, [421] que el tercerista no persigue ayudar a una de las partes para que venza a la otra, lo que hace es deducir una pretensión independiente contra ambas. Y puesto que dirige su acción al mismo tiempo contra dos personas en común, surgen dos nuevos procesos, uno del tercero contra el actor principal y otro del mismo contra el demandado primitivo. Pero como estos procesos siguen su curso acumulados, se está ante un caso especial de litisconsorcio, en el cual el tercerista actúa como demandante, y las dos partes primitivas como litisconsortes demandados.

Todo lo demás que hay que decir, explica Kisch, surge por sí una vez vista la estructura de la figura. Los tres procesos pueden ser reunidos y decididos conjuntamente, lo que muchas veces será oportuno para evitar resoluciones contradictorias; o el proceso de las dos partes principales puede continuar su curso sin tenerse para nada en cuenta la intervención del tercerista; o puede ser suspendido, a petición de una de las partes primitivas, hasta tanto se decida acerca de las pretensiones del tercerista, pues en caso de victoria de éste el litigio entre aquéllas no tendrá sentido la mayor parte de las veces.

Pero los dos procesos del tercero contra las partes principales, añade el autor, están sujetos a las reglas del litisconsorcio. O sea, que también pueden avanzar separadamente si no exigen una sustanciación uniforme frente a las partes primitivas, como en el caso de que una de éstas reconozca la pretensión del tercero y el otro la discuta.

Cuando por el contrario, la pretensión del tercero reclama una resolución única frente a las dos partes principales, los procesos reunidos de las mismas están en una relación de dependencia en la forma indicada respecto al litisconsorcio necesario.

b) Explica Podetti [422] que la legislación actual sobre la tercería difiere grandemente de unos países a otros: i) en cuanto a las instituciones

420 Op. cit., T. I, p. 196.
421 Op. cit., pp. 319 y 320.
422 Op. cit., pp. 13 y 17.

creadas para la defensa del interés de los terceros y a la amplitud de las mismas, y ii) en cuanto a la técnica con que han sido concebidas y ubicadas dichas instituciones.

Agunos países como Paraguay, Perú y España, sólo prevén la tecería en juicio ejecutivo, aunque a veces lo hagan extensivo a las deducidas en juicios de otra índole. Otros se refieren también a la del juicio ordinario como en Uruguay, y a otras instituciones afines aunque esquemáticamente como en Chile, y otros, en forma más amplia, a la intervención voluntaria o coactiva del tercero, incluyendo expresa o implícitamente, las diversas situaciones posibles como Alemania, Austria, Brasil y México; y por último, otros disciplinan además, un procedimiento típico que es la oposición del tercero a la sentencia como Francia, Italia, Holanda y algunos cantones suizos.

Respecto al segundo punto, unos códigos sólo incluyen una sección en el título del juicio ejecutivo, como Paraguay, España o Perú; otros, además, un título sobre la tercería en juicio ordinario como Uruguay, o algunas disposiciones en la parte general como Chile; otros reglamentan dentro del juicio tipo a la tercería y en los recursos extraordinarios la oposición de terceros a la sentencia como en Francia. Algunos países como Alemania, Austria, Hungría, Japón, Brasil y México, reúnen en un título de la parte general todo lo relativo a la intervención de terceros, sin perjuicio de referirse a la oposición a las ejecuciones en la parte correspondiente a ellas. En cuanto a Italia, en el ejercicio de la pretensión sistematiza todas las posibles intervenciones de terceros, y se refiere a la oposición a las sentencias en el libro dedicado al proceso de conocimiento, y a la oposición e intervención de terceros en los diveros supuestos de juicios ejecutivos, en el libro dedicado a éstos.

Por otra parte, agrega Podetti, la doctrina que se ha desarrollado alrededor de estas leyes, da a la tercería fundamentos de los más diversos: efectos del caso juzgado, derecho de accionar y derecho de intervenir, clases de tutela judicial de los bienes, etc. Por tanto, a guisa de esquema de agrupamiento, el autor reúne tres grupos normativos: i) códigos que solamente reglamentan la defensa del interés del tercero, cuando se embargan sus bienes o es preterido en sus derechos sobre el producto del bien embargado, como España, Paraguay, Perú y Chile; ii) códigos que reglamentan o admiten diversas clases de tercerías e instituciones conexas, como Austria, Alemania, Brasil, Estados Unidos, Italia, Uruguay y México; iii) códigos que además de la tercería, conceden a los terceros la oposición a la sentencia, caso de Francia, Italia, Holanda y algunos cantones suizos.

Si a esto se añade que la tercería se suele estudiar como una forma de intervención de tercero, dividida en voluntaria y forzada, y combinadas con principal y adhesiva, se comprenderán las razones por las que indebidamente se ha oscurecido un tanto la noción.

c) La figura del tercerista es mucho más rica de las simples manifestaciones del excluyente de dominio y del preferente al pago. Pero debe observarse que es indispensable dejar bien precisada su naturaleza antes de buscar otras especies, y en esta tarea, conviene distinguir entre tercería y la manera de constituirla: voluntaria o forzada, por llamamiento de parte o por disposición judicial.

Ya Luis Loreto [423] recordaba que existen dos formas de intervención de tercero: la voluntaria y la forzada, las cuales se combinan con las manifestaciones de principal y adhesiva, por más que él contemplaba específicamente la tercería, o sea, la oposición a la ejecución o a la distribución del producto de la expropiación: la llamada tercería de mejor derecho.

Sin embargo, en el derecho venezolano no fueron recogidas algunas formas de tercería forzada admitidas por el derecho común, como la **adcitatio,** dirigida a hacer intervenir aquellos terceros que tienen un interés igual al del actor, de manera que no cabe la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad al pretenderse contra uno solo de los posibles litisconsortes.

Tampoco parece admitida en ese régimen la **nominatio auctoris,** que se refiere al caso de demanda contra el detentador de cosa poseída en nombre ajeno. En el derecho venezolano, el detentador tiene cualidad pasiva en cuanto está provisto de la **facutas restituendi.**

Dudas se presentan, dice Loreto, en relación a la llamada en causa del tercer pretendiente, la que persigue que la controversia se decida frente a éste y quede jurídicamente despejada y resuelta con autoridad de caso juzgado la situación a que debe atenerse el citante.

Otras modalidades de tercería forzosa son también impedidas por el principio sustentado en el código venezolano, en el sentido de que nadie puede ser compelido a constituirse en actor, salvo en ciertas hipótesis particulares, que concuerdan con las del código mexicano: la jactancia, la interposición de tercería por cuantía mayor respecto al juicio principal, si el tercerista no concurre a continuarla, o cuando alguno tenga pretensión o defensa que dependa del ejercicio de la de otro.

A propósito de la llamada de garantía y de saneamiento, Enrico Redenti [424] alude a una particular reunión o acoplamiento de varias causas. En primer lugar, ello acontece cuando una de las partes pretende estar garantizada o tener derecho a estarlo, por un tercero en la hipótesis de sucumbir en la causa.

La garantía, si existe, dice Redenti, tiene un doble contenido: que el garante defienda al garantizado en la causa principal contra su adversario, y en caso de salir vencido lo mantenga indemne de las consecuencias de la derrota. El garantizado puede llamar al garante.

423 *Cita de saneamiento y de garantía,* en *Estudios,* p. 286, nota 2.
424 *Derecho procesal civil,* T. I, pp. 314 y ss.

Es la cita de saneamiento y de garantía, la que más variaciones ha sufrido en la historia y en las legislaciones. Ante todo, debe considerársele una institución netamente procesal y que ha servido para que en un proceso pendiente, pueda realizarse el derecho de una parte o de ambas a ser garantizadas por un tercero.

En el derecho romano se conoció como **litis denuntiatio** y no pasó de un simple medio de notificación al tercero, sobre la pendencia de un juicio contra el denunciante, para instruirle por si deseaba intervenir. De este modo, el garantizado conservaba intacto su derecho a la indemnización en caso de vencimiento. Era, pues, simple denuncia y no verdadera acción, porque ésta quedaba reservada para hacerla valer en proceso por separado. [425]

La obligación procesal de defender la causa caracterizó al derecho germánico y se desarrolló en el ederecho franco como contenido principal inmediato y directo del llamamiento al tercero. La denuncia se convirtió en propia demanda del garantizado contra el garante, incluida en la causa principal, originando un proceso accidental o conexo, a tramitar simultáneamente. El sistema, acogido en el derecho francés fue el modelo del italiano, pero otros códigos siguieron la forma evolucionada por el derecho común de la figura romana.

En la complejidad de los negocios actuales, litisdenunciación, cita de saneamiento, cita de evicción y llamamiento de garantía, se han mezclado, confundido o separado casi en forma caprichosa. Hay, desde luego, un fondo común: la obligación de garantizar o defender; pero ella puede ser propia, cuando la relación fundamental tiene estrecha conexión con la existencia entre el garantizado y el tercero, conexión jurídica o de títulos y no simplemente económica. Y existe la garantía impropia cuando la conexión objetiva de títulos no existe y ambas relaciones se presentan distintas y separadas. Puede pensarse en la situación resultante del contrato de seguro contra accidentes, donde el asegurador debe satisfacer al asegurado, con independencia de que éste, a su vez, tenga obligación para con el demandante.

De otra parte, Loreto habla de garantía simple y formal. [426] La última aparece cuando el garantizado puede exigir la prestación de hacer que estriba en el aseguramiento del goce y existencia de un derecho que le ha sido transmitido o atribuido, y para el caso de que esta prestación no se realice, que sea indemnizado por el perjuicio patrimonial. La garantía puede prestarla, tanto el cedente del bien como un tercero, y en el último supuesto, se da la garantía simple. Esa garantía formal encuentra su más caracterizada manifestación legal en la compraventa para el caso de evicción y recibe el nombre específico de saneamiento.

425 Loreto, op. cit., p. 288.
426 Op. cit., p. 290.

Importa dejar precisado que la deducción de la pretensión a la garantía, puede darse en un proceso autónomo, y por razones prácticas, en cuanto muchas veces es difícil precisar en la demanda la prestación a que debe ser condenado el citado, se aconseja limitar el alcance de la demanda a una función declarativa y de simple llamamiento en causa, que deja reservado el derecho a la pretensión de regreso por vía principal. [427]

Por la circunstancia de que la demanda propone una condena del garante, la pretensión suele proponerse condicionalmente. Es, dice el autor, una demanda propuesta **in eventum** de ser condenado el garantizado en la causa principal; pero como la demanda, en cuanto acto procesal, no puede estar sujeta a plazo ni condición, lo que se quiere decir de la demanda principal es la solicitud de que se decida sobre la pretensión de tutela del derecho al regreso para el caso de vencimiento. [428]

En los casos de ejecución, particularmente en la vía mercantil, esta cita en garantía no se permite y queda al ejecutado el derecho de regreso en cuanto paga el importe del título. En ciertos ordenamientos, como el alemán, el portugués, el español y el brasileño, tampoco cabe la pretensión de regreso en forma incidental; ahí, dice Loreto, [429] la cita de garantía tiene la función de una litisdenunciación desprovista de toda condena.

Se tuvo en cuenta, para esta solución, que el hecho de extender la defensa hasta el ataque al tercero entrañaría una cierta anarquía procesal, con discusiones que no podrían interesar sino raramente a la parte adversaria, y sobre todo, que sería inconveniente que en el mismo proceso, denunciante y denunciado tuvieran que combatir simultáneamente en dos frentes. Con esto, el legislador brasileño observó con precisión el fenómeno de la acumulación de acciones e intentó impedirlo, permitiendo sólo una **provocatio ad adiuvandum.** [430]

Esta figura de la cita en saneamiento o garantía, viene a mostrar una verdadera acumulación de acciones y no simplemente de pretensiones. [431] En la cita de saneamiento la pretensión condicionada o eventual de regreso, se hace valer en demanda distinta de la principal, que le sirve de elemento subordinante, y contra persona extraña a los sujetos que integran la relación procesal originaria.

427 Loreto, op. cit., p. 298, nota 19.

428 Idem, p. 293.

429 Cit., p. 292, nota 11.

430 Llamamiento a la autoría que expresa, según Loreto, llamar a la causa a la persona de quien deriva el derecho discutido en juicio y nada más, en tanto que la *Laudatio autoris* originó el derecho de saneamiento de la ley 32, Tít. V, parte 5 del Fuero Viejo de Castilla; Cfr. op. 291, nota 9.

431 Cúmulo objetivo y eventual de pretensiones condicionantes y condicionadas, o subordinantes y subordinadas, explica Loreto, op. cit., p. 293, nota 12.

De otra manera, la llamada en garantía puede ofrecer diversas manifestaciones, por ejemplo, en vía incidental, cabe la pretensión de evicción aunque se haya renunciado al derecho de la defensa en juicio por el vendedor y sólo para conseguir la condena eventual al resarcimiento y la obtención de un título ejecutorio. En la garantía simple es difícil encontrar en la demanda de regreso una pretensión de defensa, y así, en el juicio promovido por el acreedor contra el fiador, éste cita de garantía al deudor principal, no para que defienda la causa, sino para que sea condenado a reintegrar la suma pagada por el fiador. Pero es factible que en la garantía simple, el garante haya prometido expresamente la defensa en juicio. En todo caso, Loreto opina que la responsabilidad del citado, no obstante haber salido a la defensa, no tiene su fundamento en el fracaso de ésta, sino en la raíz profunda de la obligación prístina y única de la evicción. [432]

d) Todavía Redenti [433] se refiere a otro caso de intervención forzada, al que llama de acciones en alternativa. [434]

Expresamente habla de acciones que pueden agruparse en un mismo proceso y la explica diciendo que si el sujeto A pretende ser acreedor de cierto deudor y lo demanda en juicio, pero B, a su vez, pretende que la prestación no se debe al primero sino a él, procede a demandar al deudor para que sea condenado en favor de B. La ley, dice, consiente la reunión de las causas, que son dos, ya que son dos las demandas de sujetos distintos. Pero la de A excluye a la de B y viceversa, y el mismo deudor tiene interés en que se resuelva la cuestión para no correr el riesgo de ser dos veces condenado.

Caso análogo pero no idéntico, es el que se presenta cuando A reivindica una cosa de su poseedor y B piensa a su vez hacer otro tanto. Según las reglas vigentes, B debería reivindicar contra el poseedor, pero puede ocurrir que al hacerlo separadamente, la sentencia no le sirva al objeto, si entre tanto ha salido vencedor A y ha recuperado la posesión. Al reunir las causas, el juez puede decidir de una sola vez y con efectos para ambos, si la cosa corresponde a A o a B, o tal vez a ninguno.

e) A no dudarlo, la intervención forzada de tercero, por el llamamiento del demandado, aunque también puede hacerlo el actor, constituye una nueva actitud que puede llevar hasta la complejidad de una pretensión aducida a la manera de la reconvención, pero contra tercero extraño al proceso original, partiendo desde una excepción de falta de responsabilidad, especialmente cuando la demanda de saneamiento o garantía se

432 *Evictionem praestare*, op. cit., p. 295, nota 13.
433 *Derecho procesal civil*, T. I, pp. 315 y ss.
434 Del tercer pretendiente en la exposición de Loreto, cit., p. 296, nota 2.

dirige a alcanzar la prestación de condena y a fin de que todos los vendedores o herederos del vendedor respondan. [435]

Esta circunstancia puede explicar por qué, respecto a la oportunidad procesal de proponer la cita, también exista diferencia entre las legislaciones positivas. En algunos casos, como en Venezuela, se reserva hasta el momento de contestar al fondo de la demanda principal; pero en el sistema francés que parece seguir la ley mexicana, debe proponerse **in limine litis,** es incluida entre las excepciones dilatorias. La función agresiva y compleja de defensa acción, que tiene la cita, hace que en muchos puntos se asemeje a la reconvención, dice Loreto. [436]

Esta cita origina, naturalmente, litispendencia, de modo que si pretendiese hacerse valer en juicio separado, daría base para la correspondiente excepción dilatoria. Además, el garante entra al juicio con facultades para oponer a la demanda principal excepciones de inadmisibilidad y perentorias, sin que pueda efectuar actos que estén en contradicción con los realizados por el defendido.

Cabe también que el garante salga al pleito y se convierta en parte principal, como indica el artículo 657 del código distrital mexicano, o que se convierta en una sola persona con el principal, según los códigos de Bolivia, Uruguay y El Salvador; pero en Venezuela es simple coadyuvante de condición subordinada. [437] De cualquiera manera, es necesario insistir en que las defensas del garante contra la demanda de garantía, no pueden utilizarse contra el garantizado por su contraria. Es decir, el garante puede defenderse de dos maneras, la primera, en tanto coadyuvante, contra el actor principal; y la segunda, en cuanto llamado por el garantizado, contra este mismo, y en el último caso, sus defensas no perjudicarán las del garantizado contra el actor principal.

Otra manifestación, consiste en la posibilidad de que el llamado salga al pleito excluyendo al primer demandado. Se trata de una verdadera sucesión procesal, admitida por sistemas como el francés y el mexicano, [438] que en otras regímenes cabe como acuerdo procesal, según afirma Gelsi Bidart para el Uruguay. [439]

435 De ahí que en algunos sistemas se haya establecido que el saneamiento no puede reclamarse sino en un proceso principal, después que se haya realizado la evicción mediante sentencia ejecutoriada, en que resulte condenada la persona que tiene derecho a reclamarla, como sucede en España —Art. 1480 CC.—, Uruguay —Art. 1712 CC.— y el Brasil —Art. 1101 CC.—; pero la doctrina moderna, dice Lireto, p. 299, se ha apartado de esta rígida concepción civilística y admite la demanda de saneamiento por vía incidental y hecha valer *in eventum* la pretensión de regreso, aún sin haberse realizado la evicción, por existir desde el momento mismo en que se propone la demanda de molestias, un interés jurídico a ello; lo contrario, añade, sería convertir en instrumento meramente denunciatorio de la litis al instituto de la cita de saneamiento, en desmedro de sus fines y su elevada función.

436 Op. cit., p. 431.

437 Loreto, op. cit., p. 304, nota 26.

438 Art. 5º del código distrital.

439 citado por Loreto, p. 307, nota 29.

Finalmente, la identificación del accionar del garante surge en cuanto se considera el procedimiento a seguir. En el derecho venezolano, más detallado y completo, propuesta la demanda o cita de saneamiento o de garantía, el juez dispondrá se practique la citación en forma ordinaria, acompañándole demanda de la pretensión principal, y si hubiere otras citas, también sus respectivas demandas, para que el citado tenga cabal conocimiento del juicio pendiente.

Si el citado no comparece, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contrario a derecho, y si lo hace puede asumir dos actitudes: allanarse o contradecir en todo o en parte. El allanamiento a la demanda de garantía no implica el ejercicio de la defensa contra la demanda principal y si realiza esto último, es mero coadyuvante, en cuanto no puede pedir se pronuncie sentencia a su nombre y en su solo favor sino de su defendido; no puede realizar actos de disposición material ni procesal pero puede promover pruebas y contradecir las contrarias, solicitar medidas preventivas, hacer oposiciones, interponer recursos, etc. En una palabra, dice Loreto, [440] puede efectuar todo acto que no hallándose en contradicción con los realizados por su defendido, promuevan la marcha del proceso hacia un resultado favorable al interés de éste.

Aún con las peculiaridades de la legislación venezolana, es imposible decir que el llamado no acciona, porque todas sus actuaciones se presentan frente al garantizado y contra el principal. La marcha del proceso parecería, entonces, como impulsada por doble instar de dos partes enfrentadas a una tercera. Apenas puede decirse que si el garantizado se allana, cuando esto es factible sin perjudicar el derecho del garante, la coadyuvancia es cierta por la relación de subordinación.

f) La legislación mexicana es parca en cuanto al régimen del proceso, pero además es confusa en cuanto a la técnica adoptada. Todo un título, el décimo, se destina en la ley distrital a lo que llama de las tercerías. La denominación parece conservar una tradición hispánica bastante discutible. Y si a ello se añade que en este título, con el nombre de evicción, en lugar de saneamiento, que es lo castizo, pues responde a la genuina historia hispánica y resulta expresión idiomática de gran poder expresivo, [441] se regula una obligación civil, resulta comprensible la necesidad de una depuración.

En abstracto, la situación que se produce por la diversidad de relaciones sustantivas, es clasificable en dos primeros grupos: el primero podría calificarse de conexidad, y el segundo de pendencia. La conexidad de derechos puede conducir a la acumulación de pretensiones. Cuando la

440 Op. cit., p. 304, nota 26.

441 Dice Loreto, p. 291, nota 9, donde añade que denota una idea diferente a la del verbo latino *sanare*, y que aparece ya legislada en el Fuero Real, ley VI, X del libro III.

442 Art. 2119 del código civil distrita.

acumulación es voluntaria y se trata de diversos sujetos, se habla del litisconsorcio voluntario. En consecuencia, los acreedores pueden actuar juntos o separados y demandar a uno o todos los deudores. Las respectivas pretensiones siguen una suerte particular y cabe que se condene a unos deudores y se absuelva a los otros.

En cambio, hay litisconsorcio necesario en el caso del artículo 989 del código civil distrital, que determina que el usufructuario tiene derecho de ejercer todas las pretensiones y derechos reales, personales o posesorios, y ser considerado como parte en todo litigio, aunque sea seguido por el propietario, siempre que en él se interese el usufructo.

La pluralidad de partes se separa del litisconsorcio, no tanto por la titularidad o habilidad que en el último comúnmente se aduce, cuanto por el respectivo interés en obrar o contradecir procesalmente. Si el litisconsorcio voluntario es fácil de percibir, porque la diferencia de personas no impide la unidad del **petitum;** en cambio el necesario se da en condiciones muy especiales, en aquellos casos en que es necesario hacer concurrir a todos los sujetos que deban soportar los efectos.

Así, Loreto [443] menciona el caso jurisprudencial de anulación de contrato, en que se hizo valer la excepción de inadmisibilidad de la demanda por ser indispensable que el juicio estuviera integrado con todos los contratantes; o el de disolución de sociedad civil contraída por tiempo limitado. [444] También se alude al supuesto de la pretensión pauliana que debe intentarse contra comprador y vendedor. El principio es, pues, el de evitar una sentencia **inutiliter data.**

Los tres vínculos de pendencia en la causa, en la cuestión o en la pretensión, no unifican el interés, y por el contrario es probable que lo dividan o separen. Desde luego, la pendencia en la causa se contempla en la cita de saneamiento, porque aquí, lo que está debatido es el título transmitido, y el demandado o también el actor cuando se discute su derecho extrajudicialmente, necesitan reforzar su posición, o al menos dejar precisada la responsabilidad del vendedor.

El tercero puede venir al proceso a enfrentarse, no sólo al actor, sino al mismo demandado, alegando entre otras, la razón de haber convenido en no responder para el caso de evicción. La doctrina distingue [445] entre causa mediata de adquisición y relación inmediata discutida. Por la primera se determina el título, en tanto la segunda funda la pretensión, por ejemplo, de reivindicación. Estas relaciones deben tener una cierta individualidad jurídica propia, bien que condicionada.

443 *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad*, en *Estudios*, p .119, nota 66.

444 Art. 1740 del código civil venezolano.

445 Loreto, *Contribucin al estudio*, cit., p. 114.

El segundo tipo de pendencia: relativo a las cuestiones, puede originarse en obligaciones diversas: el fiador demandado por incumplimiento del deudor, tiene una responsabilidad autónoma, pero la cuestión llevada al juicio pende de la existencia de la deuda. Hay, entonces, un vínculo de cuestiones, no de causas, hay relación entre las posibles **res in iudicio deducendae.**

Por último, la tecera pendencia atañe al pretender, tengan o no relación las causas y las cuestiones. El ejemplo del tercer pretendiente que Redenti llama de acciones alternativas, es bien claro. Una primera pretensión pende del resultado a que pueda llegar otra, aunque entre los pretendientes no aparezca vínculo jurídico alguno; caso concreto es el del depositario judicial que intenta cobrar un alquiler que también persigue el arrendador.

g) Estas figuras aproximadas pero distintas, tienen indudablemente caracteres autónomos. El litisconsorcio encuentra su lugar en el artículo 53 del código distrital mexicano, y conduce como informa Guasp,[446] al mismo plano a los litigantes y a la unidad de la actuación procesal. La pluralidad de partes, en cambio, va en el código con el nombre de tercería, desde la pendencia en la causa como en la cita de saneamiento que regulan sus artículos 22 y 637, a la cita en garantía del artículo 21, donde aparece la pendencia de cuestiones, y al artículo 23 con la hipótesis del tercer pretendiente o acción alternativa, que el código llama tercería de preferencia en el artículo 664 y en el 666.

En toda esta enumeración, ha quedado sin ahondar la figura de la oposición de tercero, propia del derecho francés, pero acogida en alguna forma en el mexicano. Roger Perrot[447] observa que para proteger eficientemente a los terceros, no es suficiente reconocerles facultad de intervenir en el proceso; desde que ignoran la existencia del proceso, es apenas cuando se emite sentencia que se aperciben del perjuicio que les causa. Por tanto, es ahora que debe dárseles posibilidades de atacar la decisión que les causa gravamen, por medio de un recurso especial que en Francia se llama oposición de tercero.

Esta figura es de historia relativamente reciente, pues en su forma actual no hace su aparición sino hasta el siglo XVI. Ciertamente, en todos los tiempos, los terceros han estado protegidos contra los efectos del caso juzgado; pero los medios han variado y durante mucho tiempo, mejor que instituir una vía de recurso especial, se prefirió utilizar los procedimientos conocidos; así, en derecho romano, los terceros podían interponer apelación o ejercer la pretensión pauliana en caso de fraude,

446 *Derecho procesal civil*, Madrid 1962, p. 209.

447 *Les aspects nouveaux de la tierce opposition en droit judiciarie français*, Estratto de *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano 1967.

en derecho consuetudinario y en el canónico, si bien se desconoció la oposición de tercero como vía autónoma, los terceros podían apelar o promover un incidente civil. Es necesario llegar a la Ordenanza francesa de 1539 y a la de 1566, para encontrar en el derecho francés una primera alusión a la oposición de un tercero. Pero en realidad, es en la Ordenanza de 1667 que se estructura de manera diferente esta oposición, concediendo una vía autónoma, exclusivamente reservada a los terceros.

En opinión de Perrot,[448] la actualidad de la figura proviene de su carácter práctico, pues las recopilaciones jurisprudenciales muestran la gran utilización de esta vía, probablemente por el hecho de que las relaciones jurídicas se interpenetran más y más y es sumamente raro que una sentencia no tenga efectos reflejos sobre la situación de terceros, más o menos directamente interesados en la solución del litigio. Y a esa actualidad debe sumarse la científica que ha justificado numerosos estudios sobre el fundamento y la función de esta institución, desde los trabajos de Tissier en 1890, al de H. Roland en 1958.

Toda la evolución moderna de esta vía impugnativa parece dirigida por un más justo análisis de la cosa juzgada. A partir del principio de que ella tiene una autoridad estrictamente relativa, la doctrina clásica llegó a dudar de la utilidad real de la oposición de tercero; y se pudo sostener que existiendo la disposición del artículo 1351 del código civil sobre la relatividad del fallo, el tercero tenía dos posibilidades, invocar el principio de que el caso juzgado sólo afecta a las partes que litigaron, o seguir el camino de la oposición, la cual venía a convertirse en meramente facultativa. Pero otra corriente opinó que se trataba de una vía necesaria en ciertas hipótesis, en particular en los casos de créditos quirografarios pretendiendo sentencia contra su emisión fraudulenta. Además, considerando este medio como la simple aplicación de la relatividad de la cosa juzgada, necesariamente se excluye la posibilidad de oposición contra las decisiones de **jurisdicción** voluntaria y las resoluciones que tienen una autoridad absoluta como las declaratorias de nacionalidad. Y puede agregarse que la relatividad del caso juzgado no significa que los terceros no serán afectados indirectamente por la sentencia. Por lo contrario, no es aceptable decir que el tercero tiene derecho a ignorar el caso juzgado, pues la verdad es que el fallo es oponible **erga omnes** con el mismo título y las mismas condiciones de cualquier hecho jurídico. En cuanto la oposición de tercero tiene el propósito de conferir la posibilidad de deducir una pretensión contraria al caso juzgado, tiende simplemente a convertir en inoponible a los terceros los efectos incidentales del pronunciamiento, en la medida en que se le considera un simple hecho. Y en tal virtud, lejos de ser una duplicidad de vías o medios junto con el principio

448 Op. cit., p. 676.

de la relatividad del caso juzgado, como se creía antes, aparece como una vía necesaria con autonomía y propia utilidad.

La oposición de tercero ha tenido dificultades para aplicarse a todos los campos; a la **jurisdicción** voluntaria por cuanto el concepto de tercero supone una posición latente de alguien que no ha contendido pero que debió hacerlo, y en cuanto existe el camino de la pretensión principal de nulidad: la oposición se parangonaría a una apelación y llevaría a un litigio lo que es **jurisdicción** no litigiosa. Y también la ha tenido en lo tocante a las sentencias constitutivas, porque en resumen no se ha esclarecido si el carácter absoluto de éstas significa que tienen eficacia frente a todos, o que ninguno puede impugnarlas, es decir, se trata de la diferencia entre caso juzgado e inimpugnabilidad, que la doctrina corriente designa con los nombres de cosa juzgada material y cosa juzgada formal.

La cualidad de tercero ha sido precisada lentamente por la jurisprudencia, que se ha encargado de eliminar de esta categoría no sólo a las partes sino a los intervenientes por cualquier título y a los representantes, figura que se ha extendido a los causahabientes universales y a los acreedores quirografarios, pasando luego a los causahabientes a título particular y a los que tienen con la parte una simple comunidad de intereses, como los curadores de los menores o los consejos judiciales de un pródigo, los coobligados solidariamente y los fiadores o los aseguradores. Esta extensión jurisprudencial ha sido vista con gran reserva por la doctrina, que le ha calificado de una fórmula técnica destinada a justificar la ampliación del caso juzgado. De cualquiera manera, hay supuestos en que la hipotética representación no existe evidentemente, como son el caso de dolo o de fraude en las partes originales, el caso de los acreedores hipotecarios y de los prendarios, así como el heredero que se vale de su derecho de excusión en los bienes del **de cujus,** para escapar a las consecuencias del juicio; a todos estos sujetos la jurisprudencia les considera con derecho propio.

Como una condición más para la procedencia de la oposición, es menester que el tercero sufra un perjuicio, en el sentido de que la decisión atacada, reconozca expresa o implícitamente un beneficio a una de las partes, por medio de un derecho incompatible con el que alega el tercero. Y aquí también, la tendencia restrictiva de la jurisprudencia, entiende que el perjuicio debe resultar de la parte dispositiva del fallo y no de sus considerandos. Pero como contrapartida, la jurisprudencia admite que el perjuicio pueda ser material o moral como el atentado al honor del

tercero, y también que sea un perjuicio eventual como el que surgiría para el garante del cedente en un juicio contra el cesionario de los derechos marcarios; sin embargo, esto no abarca el posible daño moral que significaría la emisión de un fallo que tuviera valor de precedente, en particular para los sindicatos y asociaciones.

Los efectos de la oposición se califican de devolutivos y no suspensivos, porque el juez se ha de limitar al litigio que fue objeto del pronunciamiento atacado, de manera que no puede sentenciar sobre una demanda nueva; y al negarse el efecto suspensivo, se tiene en cuenta la experiencia en el sentido de la oposición llamada por mandato o encargo del condenado que utiliza la intervención de un amigo dolosamente. Pero como la ejecución podría ocasionar serios trastornos para el tercero, el código procesal dispone que los jueces podrán ordenar la suspensión según las circunstancias. En cuanto a la sentencia, tiene el efecto de convertir en inoponible el fallo atacado, lo que significa un efecto meramente relativo para el opositor, conservando su fuerza respecto de las partes originales y los demás terceros. Sin embargo, esta regla sufre excepciones y críticas doctrinarias, desde luego en los casos de indivisibilidad como la impugnación por demanda fraudulenta entre las partes originales, en las hipótesis de **jurisdicción** voluntaria y en la materia administrativa. En lo tocante a las críticas, Perrot apoya la solución jurisprudencial, para evitar que con el subterfugio de una oposición convenida con el tercero, se logre dejar sin efecto el caso juzgado entre las partes. Por último, debe advertirse que la oposición cabe incidentalmente mientras se sustancia el juicio principal. [449]

174 Recapitulación y corolarios.

Pluralidad de partes y litisconsorcio son dos fenómenos legislativos que de alguna manera, atentan contra el principio de la dualidad de partes.

Razonablemente, por tres caminos se puede llegar a la solución: i) reducir a unidad la pluralidad; ii) calificar de terceros a los intervenientes; o iii) admitir la multiplicidad de partes.

Para lograr la primera es indispensable destacar una entre varias notas que se atribuyen a la parte. La segunda solución exigiría una caracterización secundaria del interveniente, como la de representación, sustitución o sucesión procesales. Y en el caso de la tercera, no sólo se tendría que explicar la estructura compleja, sino su coexistencia con la unidad procesal.

449 P. 696.

En realidad, en todos estos sentidos preside implícitamente la idea de parte. Sea cualquiera el resultado a que se llegue, el tratamiento toma en consideración la naturaleza jurídica de parte, sustantiva o procesal. En la individualización de este concepto, dice Proto Pisani, [450] hay una grave disputa entre los estudiosos: para unos parte es el sujeto que propone y frente al que se deduce la demanda judicial, independientemente de su titularidad en la relación sustantiva; para otros, parte es también el titular de la relación deducida en juicio, independientemente de que contra él o por él se proponga la demanda; y para los demás, parte es sólo el titular del interés deducido en juicio.

Para Proto Pisani, las divergencias obedecen sobre todo al punto de vista que se toma para analizar el mismo fenómeno. El legislador ha usado el mismo término para significaciones diversas, y en distintas normas ha calificado como partes a los sujetos de los actos procesales, a los sujetos de los efectos del proceso, y a los sujetos de los efectos de la sentencia. Pero, a su turno, Proto Pisani se inhibe en la definición de parte, limitándose a identificar el sentido que en cada ocasión tiene la palabra usada por el código italiano.

Aunque el problema viene resuelto por la doctrina mayoritaria, en el sentido de que parte es el sujeto afectado por la eficacia del juicio; [451] no faltan quienes sigan considerando a la parte en sentido procesal; [452] y todavía otros sostienen que es parte quien ha intervenido en el procedimiento de impugnación. [453] Consecuentemente, la cuestión del tercero sigue una línea paralela, y se hablará de él cuando se piense, sucesivamente, que no interviene en la relación sustantiva, que no interviene en la relación procesal, o que no es afectado por la sentencia.

Es de advertir que la controversia sobre el punto ha sido estudiada, principalmente, por los procesalistas del ramo civil, y que cuando se va al proceso penal, se habla de partes formales destacadamente. Ahora bien, la decisión final no puede alcanzarse poniendo atención en la relación sustantiva, porque si ella aparece disponible en lo civil en gran medida, no sucede lo mismo en lo penal; y otro tanto cabe decir de la eficacia del fallo que no es penalmente trascendental.

Una primera conclusión llevaría a decir que parte es quien actúa en el proceso; pero hay dos inconvenientes en este plano: el primero es que por actuar se puede entender, tanto accionar como pretender; y el se-

450 Op. cit., p. 228-9.

451 Así lo entiende Lipari, Allorio, Pavanini, Mortara, Betti, Satta y Mendelssonhn Bartholdi. Cfr. Proto Pisani, op. cit., p. 232, nota 21.

452 Como Redenti, Galluppi, etc., op. cit., id.

453 Chiovenda y Carnelutti, id.

gundo, que, lo mismo el instar que el requerir sentencia, se puede hacer por sí o por otro. Dejar el concepto de parte en el solo sentido del titular de la posición procesal relativa, es cerrar los ojos a las consecuencias del pronunciamiento.

Aquí es que se ubica la importancia de la solución, pues ya la doctrina y la jurisprudencia, francesas e italianas, han advertido que el principio de relatividad del caso juzgado, el cual significa que la sentencia sólo afecta a las partes, tiene un gran número de excepciones que vienen a desnaturalizarlo. En el mismo derecho mexicano se habla de la eficacia **erga omnes** de la sentencia constitutiva de estado, la que puede ser impugnada por colusión o fraude y por acto de tercero.

Desde otro ángulo, se ha advertido que la necesidad del litisconsorcio, que vendría a remediar en cierto grado el problema de la noción de parte, no está admitida pacíficamente en la doctrina; que se habla de una mera conveniencia y economía procesales, y que de ahí se infiere el principio de que son los interesados quienes deben juzgar si intervienen en el proceso ajeno.

Por último, se dice que en toda acumulación hay, por lo menos, un sujeto que permanece idéntico en todas las relaciones; pero muchas veces no es en virtud del sujeto sino del objeto con el que se conecta a través de cierto título jurídico, que se forma la continencia o la conexidad de causas. Cabe, por ejemplo, que discutiéndose la servidumbre de paso entre dos propietarios, un tercero, colindante, estime que tiene interés en la solución por el perjuicio que entrañaría la sentencia desfavorable para el actor, sin que importe la identidad física o jurídica del mismo.

Parte, naturaleza de las relaciones: sustantivas o procesales, titularidad en cada una, interés jurídico, necesidad de acumular pretensiones, vinculación entre el conflicto y el caso juzgado, eficacia de la sentencia y medios de impugnación; todo esto y cuestiones a ello relacionadas, es preciso tener en cuenta al definir la pluralidad de partes, al explicar su consistencia y al contrastarla con el litisconsorcio. Después, las distintas estructuras de la pluralidad de partes o del litisconsorcio, y la manera como se establecen, viene a completar el cuadro de la problemática especial de este capítulo procesal.

Cuando se tiene presente tal sistematización, no puede menos de calificarse de superficiales a las exposiciones que se limitan a indicar que las leyes regulan varias formas de agrupamiento de pretensiones y de personas; y aún aquéllas que fabrican esquemas de impresionante simetría, al servicio de la cual omiten manifestaciones particulares, o niegan la posibilidad de que existan otras complejidades. La mayor parte de las ocasiones, es en los estudios monográficos que se ahonda en el tema, y de

ahí que las obras generales sólo expongan un criterio personal, dando la impresión de que toda la problemática mencionada es ficticia o intrascendente.

Conviene, por lo mismo, intentar una recapitulación de lo expuesto arriba, y llevarla a corolarios que son realmente el examen de la casuística convertida en doctrina secular.

a) A partir del conflicto, supuesto procesal, las relaciones jurídicas se escinden en dos órdenes: el sustantivo o material, y el estrictamente procesal.

En lo material, la estructura relacional no es forzosamente de pretensión a prestación. Así, en lo civil hay conflictos sobre el estado o filiación de las personas, que no pueden resolverse pidiendo una a otra que, extrajudicialmente, acceda a conferirle el estatuto o a declarar que no le corresponde. En lo penal, la situación es todavía más clara, porque el ofendido no puede exigir extrajudicialmente, que el culpable acepte un castigo, ni éste puede requerir de la víctima que acepte una excusa absolutoria o una causa de justificación.

Por estas circunstancias, es menester discriminar casuísticamente si los titulares son de una relación de prestación o de una determinativa indisponible. Definido el extremo, es preciso advertir si en el mismo conflicto, los titulares actúan por sí o por medio de un sujeto distinto. Y en el último caso, se debe esclarecer si este sujeto es un mandatario, un legitimado o un representante.

Cada hipótesis lleva a consecuencias especiales. En las relaciones de prestación, el titular hábil que actúa pretendiendo materialmente, es la única parte; pero puede delegar la pretensión procesal en otro y de ello resultará que la sentencia vendrá a afectarle y no al accionante. Si, por el contrario, fuere inhábil, su legitimado pretenderá sustantivamente y la prestación será en interés del primero; si luego se pasa al ámbito procesal, las combinaciones pueden aumentar, aunque finalmente, la sentencia afectará sólo al inhábil en el fondo.

En las relaciones determinativas indisponibles, sus titulares no pueden actuar pretendiendo sustantivamente, y por la índole singular del pretensor procesal, es factible que las partes sustantivas no estén facultadas para debatir entre ellas, como sucede en lo penal, de manera que la pretensión de sentencia corresponde al ministerio público, aunque el efecto punitivo se limite al culpable.

Resulta de lo anterior que si bien siempre existen partes sustantivas, en unos casos no son las mismas en el proceso y en otras no son todas afectadas por el pronunciamiento. Como ya en lo sustantivo el conflicto puede atañer a varios sujetos y en diverso grado, la índole de parte material tendrá que precisarse por el interés peculiar que lleva a la preten-

sión hecha valer, cuando ese interés es la línea que une la pretensión principal con la prestación principal, el carácter de parte principal es obvio. Si, en cambio, el interés proviene de una línea secundaria, o sea, accesoria a la principal, entonces tendrá que hablarse de una tercera parte. Y, por último, cabe que la tercera parte desinterese a la principal y quede en primer lugar en el conflicto. Ese desinterés no es necesariamente resultado de un convenio o de una subrogación, sino que puede ser en virtud de una sucesión, como acontece cuando los herederos dependientes económicos del trabajador, exigen del patrón la indemnización por la muerte del **de cujus.**

Para el derecho procesal, es más importante el carácter de parte en dos momentos: durante el desarrollo de la serie proyectiva, y después del pronunciamiento de fondo. Respecto a las partes accionantes que también pueden ser pretendientes de sentencia, su carácter es actual; pero de las afectadas por el fallo es meramente eventual.

Lo último se explica porque es posible que alguna parte tercera sustantivamente, no haya venido al proceso y el pronunciamiento resuelva sobre el conflicto que le afecta accesoria pero necesariamente. Si esto llega a realizarse, la intervención de este sujeto es conveniente; y de ahí se ha de avanzar para encontrar la hipótesis del litisconsorcio necesario. Ya no se tratará de una tercera parte, sino de las personas afectadas por la pretensión sustantiva, como se mira cuando alguien ataca la compraventa aduciendo el derecho de tanto.

El litisconsorcio necesario en lo civil arranca desde el ámbito sustantivo; en cambio en lo penal, se ha tenido que acudir a la suma del hecho tipificado como delito y los efectos del caso juzgado. Cuando en el régimen español es factible la intervención del acusador público, del popular y del privado, no se puede decir que los tres sean partes materiales porque sólo el privado tiene carácter de ofendido o causahabiente. Pero si se dicta sentencia de fondo, ninguno de los otros dos podría considerarse tercera parte, llamada a acusar cuando no fuera oída en el juicio. Para todos la sentencia será un caso juzgado, de manera que el interés del acusador público y del popular, depende del fallo y no del agravio material. Si los tres intervienen en el proceso, el litisconsorcio se convierte en necesario, exclusivamente porque ninguno podría intentar acusación aparte. Todavía más, en lo penal no cabrían, ni la tercería estricta ni la oposición de tercero.

b) La pluralidad de partes está en íntima conexión con el criterio que se tenga de parte. Como el término alude a la relación material y a la procesal, la pluralidad tendrá que encontrarse en uno de estos ámbitos o en los dos.

A diferencia del litisconsorcio, donde la reunión conduce a la dirección de la instancia y la representación de la pretensión; en la pluralidad hay autonomía en ambos sentidos.

Aquí el problema se ha suscitado por la afirmación de cierta parte de la doctrina italiana, en el sentido de que las relaciones no pueden formarse sino con dos partes, una en cada extremo de la línea vinculativa o de los miembros de la función interdependiente. La respuesta ha provenido, no sólo de la realidad, donde se encuentran innumerables supuestos de relaciones con pluralidad de sujetos, sino de la teoría misma, al distinguir entre derecho y pretensiones por un lado, y obligaciones y prestaciones por el otro. Desde que un derecho puede estar formado por varias pretensiones materiales, la titularidad de cada una puede distribuirse en otro número igual, inferior o superior de sujetos. Y lo mismo debe decirse de las pretensiones sustantivas, de manera que los obligados pueden ser varios: al mismo hecho o a diversos cada uno.

Ninguna dificultad hay en llevar el esquema a lo penal, porque el delito puede agraviar al mismo tiempo a multitud de sujetos, y un solo delito puede ser realizado por varias personas. La diferencia frente a lo civil, es que en lo penal los agraviados no pueden pretender sentencias punitivas diversas por un mismo delito; ni cabe formar un litisconsorcio pasivo con todos los imputados, porque la sentencia tendrá que individualizar la pena después de individualizar la conducta y la misma consistencia somática de cada procesado. Hay una posibilidad de defensor común, pero aún para los coautores, la defensa ha de ser individual, lo que le distingue de la solidaridad civil.

En puridad ontológica, tanto en la pluralidad de partes como en el litisconsorcio hay la dicha pluralidad. Pero en la primera se quiere indicar que la individualidad de cada sujeto se conserva en todos los casos, mientras que en la segunda, esa multiplicidad sustantiva se convierte en unidad procesal. La cuestión importante parece ser el determinar cuándo la multiplicidad subjetiva caerá en la unidad y cuándo tendrá que seguir siendo pluralidad. La respuesta legislativa es insuficiente, porque deja por sabido lo que ahora se intenta averiguar, que es la distinción entre la necesidad de reunión y la mera conveniencia.

Si todas las dificultades consistieran en esa argumentación carneluttiana sobre la imposibilidad de que una relación contenga pluralidad de sujetos, los problemas estarían resueltos definitivamente. Pero a dicha cuestión se añade otra que produce los obstáculos más serios, es que las relaciones se van sucediendo consecuencialmente, de manera que en el paso de un estadio al siguiente o al posterior, la subjetividad ha cambiado y ha crecido en número o ha disminuido.

En verdad, se podría decir que el tema hace crisis en este punto, y que los errores o malentendidos al hablar del concepto de parte, provienen de ser varios los lugares en que se puede colocar a los sujetos.

En lo inmediato al conflicto puede haber relaciones entre una de las partes del mismo y otros sujetos, que por virtud de la colisión se convierten en partes materiales; lo que resta es averiguar las condiciones en que es eficaz la mutación, y la influencia que ello podría tener frente al pronunciamiento.

Para advertir los alcances del fenómeno, se puede acudir al campo penal, y observar que en caso de fallecimiento de la víctima, sus causahabientes toman el papel de partes sustantivas; pero su intervención en el proceso será distinta en el régimen español y en el mexicano. Así, la mutación de pariente a ofendido es de menor trascendencia para el proceso penal mexicano que para el español; pero en ambos es igualmente operante para la pretensión indemnizatoria.

En el ámbito administrativo puede acontecer que el usufructuario se convierta en parte del conflicto, cuando por decreto se ordene al nudo propietario derribar las construcciones. Y en el civil, un acreedor hipotecario se encontrará sorpresivamente participando de una relación más, cuando una sentencia decida que del precio de adjudicación del inmueble, se pague a un acreedor preferente que amenaza emplear la pretensión revocatoria. Se considere o no que el acreedor hipotecario puede utilizar la oposición de tercero, lo cierto es que en esta transformación de situaciones jurídicas, hay una pluralidad de partes que pueden ser afectadas por un pronunciamiento. [454]

Por tanto, la pluralidad de partes no proviene siempre de la etapa sustantiva, sino que puede constituirse con motivo del proceso o de la sentencia. Al menos en este sentido es factible sostener que la conversión de multiplicidad de titulares en litisconsorcio sólo puede efectuarse al inicio del proceso; de manera que la aparición de una parte tercera posteriormente, originará intervención, coadyuvancia, tercería u oposición pero no litisconsorcio.

c) Una diferencia más y muy útil para la técnica jurídica, entre el litisconsorcio y la pluralidad de partes, es que tratándose del necesario, la pretensión de sentencia no puede proponerse por uno o algunos de los litisconsortes, sino que tiene que formarse una sola parte activa o pasiva con la totalidad, como en el caso de nulidad de un testamento, que debe demandarse con citación de todos los herederos y legatarios. [455]

454 Cfr. Rodolphe Rousseau et Laisney, *Dictionnaire Théorique et pratique de procédure civile, comerciale, criminelle & administrative*, Paris 1894, T. VIII, pp. 77 y ss.

455 Alvaro Leal Morales, *Teoría del proceso civil*, Bogotá 1959, T. I, p. 154.

Se diría que todas las partes sustantivas están llamadas al juicio y deben acudir formando un solo frente. La hipótesis se entiende mejor cuando se le contrasta con el caso de los coherederos que no pueden deducir la oposición de tercero contra la sentencia recaída en juicio de otros coherederos personalmente sobre una deuda de la sucesión, ya que tal pronunciamiento no afecta sus derechos. [456]

Esa mutabilidad de las posiciones subjetivas al paso de una relación por diversos episodios de su existencia jurídica, hace que, por ejemplo, el causahabiente a título particular de una de las partes, sea tomado, ya como tercero facultado para la oposición extraordinaria, o como interesado autorizado para impugnar por vía ordinaria. Los dos criterios han sido aplicados en Italia, el primero en el código derogado de 1865, el segundo por el vigente de 1940. [457]

En definitiva, se podría pensar con Carnelutti, [458] que todos los terceros están llamados a la oposición en cuanto demuestren que su derecho y el acertamiento de la sentencia impugnada, no pueden coexistir. Esto daría una concepción distinta de parte, esto es, la del sujeto que aunque no pudo o no debió ser llamado al juicio, tiene interés en la sentencia.

Realmente, la modificación operada en la ley italiana, al dejar al causahabiente sólo la impugnación ordinaria, vino a colocarla en la misma línea técnica del código mexicano que permite la apelación ordinaria al accionante que creyere haber recibido algún agravio, a los terceros salidos al juicio, y a los demás interesados a quienes perjudique la resolución judicial. [459] Tal vez ello se deba a que, como explicaba Carnelutti, [460] todo el mundo jurídico está construido en la interdependencia, y el que Ticio sea hijo legítimo de Cayo depende de la validez del matrimonio de Cayo con la madre de Ticio. Que el fiador esté obligado para con el acreedor depende de la existencia de la obligación del deudor principal. Que el comprador de un fundo no sea el propietario, depende de la existencia de la propiedad del vendedor. Por tanto la sentencia sobre el matrimonio de la madre, sobre la deuda principal o sobre la propiedad del fundo, es algo que toca no sólo al interés sino al derecho del hijo, del fiador y del comprador, precisamente porque estatuye sobre el respectivo presupuesto en cada hipótesis.

456 Rousseau, *Dictionnaire*, op. cit., T. VIII, p. 78.

457 Cfr. Mario Rotondi, *L' opposizione di terzo dell' acquirente da chi fu parte nel giudizio in cui la sentenza fu pronunciata*, Estrattodalla revista del diritto commerciale, Anno XLV (1947) N. 4-6, parte II, Milano 1947

458 *L' opposizione di terzo e i creditori*, *Rivista Processuale Civile*, T. II, p. 170, Roma 1935.

459 Art. 689 del código procesal civil distrital.

460 *Lezioni di diritto procesuale civile*, Padova 1925, Vol. II, p. 111.

d) En esta ampliación del punto de vista, el concepto de parte viene a depender, primero, del episodio jurídico que se considere; segundo, de la interdependencia que se forme por virtud de la colisión jurídica; y tercero de la cantidad de pretensiones implicadas en la relación que se analice.

Episódicamente, las partes del conflicto material pueden no serlo del proceso si la ley o las circunstancias irremediables las excluyen; a su turno, las partes dentro del proceso pueden serlo, no sólo quienes accionen, sino quienes pretendan sentencia y aquellos por cuyo derecho material se exija el fallo. Quedan dos supuestos, en los que el carácter de parte se constituye **a posteriori:** el primero es cuando un tercero es afectado por la actividad precautoria o ejecutiva; el segundo es cuando el tercero encuentra incompatible su derecho con el acertamiento de la sentencia dictada en el proceso de otros. Se debe recordar que en la última hipótesis se basan, tanto la intervención de tercero, como la impugnación ordinaria de tercero y la oposición de tercero. Para que la última proceda, tanto en Italia como en Francia se ha establecido una cuádruple condicionalidad: i) que la sentencia perjudique al tercero opositor; ii) que el tercero no haya sido parte en el juicio cuya sentencia impugna; iii) que no haya estado representado en el mismo; y iv) que no haya apelado. Al faltar cualquiera de estas condiciones, el tercero opositor se habrá convertido en totalmente ajeno en el primer supuesto (i), o en interveniente en los demás (ii, iii y iv).

Es extraño pero cierto, que el litisconsorcio se forme en dos hipótesis contrarias. El necesario cuando los litisconsortes son titulares en la misma relación. El voluntario cuando no son titulares de la misma relación. El segundo extremo haría pensar en terceras partes, pero ello no acontece porque la intervención de éstas tiene como razón suficiente el que sus relaciones sean interdependientes: i) en el derecho original; ii) en el conflicto material; o iii) en la relación debatida en el proceso, sea por la sentencia que se espera, o por la que ya se dictó.

Así pues, el litisconsorcio puede incluir sujetos con intereses totalmente autónomos unos de otros y aún independientes; pero como la pretensión de sentencia se unifica por la contraria, conviene la representación y la procuración comunes.

La pluralidad de partes es inadecuada al litisconsorcio, precisamente porque los derechos son interdependientes. Podría sugerirse la conveniencia de la representación común, pero esto sería olvidar que en la pluralidad, la interdependencia fuerza a cada interveniente a defender su derecho por el peligro de perderlo si resulta vencida la parte accionante.

Es manifiesto que un peligro semejante hay en el litisconsorcio, pero aquí, tratándose del voluntario, los sujetos han querido formar una sola parte; y en cuanto al necesario, el vencimiento es tan perjudicial para el representante como para los representados, si el primero renuncia o se allana, los demás han manifestado su consentimiento. En la intervención, el accionante no necesita de la anuencia del tercero, y es por ello que éste debe contar con los medios de afirmar, confirmar y demostrar su derecho.

e) Al mirar exclusivamente la pluralidad de partes, hay una escala ascendente de autonomía que va de la coadyuvancia a la intervención de tercero, y de la tercería a la oposición de tercero; de tal manera que si en el proceso penal se puede hablar, como en el civil de litisconsorcio y de pluralidad de partes, el último extremo sólo comprende la coadyuvancia y la intervención de tercero, no así la tercería ni la oposición de tercero.

En la coadyuvancia se ha hablado equívocadamente de una subparte, tal vez porque el coadyuvante viene al proceso de otro, pero su titularidad procesal implica un derecho de instancia autónomo, y si bien la pretensión de sentencia es la ejercida por el coadyuvado, la interdependencia de derechos no excluye la autonomía de intereses. Como ejemplo se puede acudir al invocado por la doctrina, [461] del fideicomitente en el proceso del fiduciario sobre el bien objeto del fideicomiso, o del notario que interviene en el juicio en que se pretende la nulidad de una escritura pasada ante él por defecto de forma.

Si en este momento se acudiera al derecho positivo, se encontraría que los términos litisconsorcio, coadyuvancia, intervención de tercero y aún tercería, se encuentran mezclados indiferenciadamente. La ley distrital mexicana, por ejemplo, manda litigar unidas a las personas que ejerzan la misma **acción** u opongan la misma excepción; [462] pero al referirse a los coadyuvantes, los considera asociados a la parte coadyuvada y les autoriza a hacer gestiones dentro del juicio, siempre que no deduciendo la misma **acción** u oponiendo la misma excepción, no hubieren nombrado el representante común que menciona el artículo 53. [463] También se faculta al tercero para coadyuvar en el juicio seguido contra su codeudor solidario, y al tercero cuyo derecho depende de la subsistencia del derecho del demandado; y el demandado por la totalidad de la prestación, que tenga carácter de deudor de obligación indivisible, puede hacer concurrir a juicio a sus codeudores, si el cumplimiento no es de tal naturaleza que

461 Cfr. Leo Rosenberg, *Derecho procesal civil*, T. I, p. 267.

462 Art. 53.

463 Art. 656, Fracc. II.

sólo pueda satisfacerlo el demandado.[464] Todavía el artículo 22 habla del tercero obligado a la evicción, y el 23 del tercero con derecho propio que intenta excluir los derechos del actor y del demandado o sólo del primero. Y más adelante, el artículo 652 establece que en un juicio seguido por dos o más personas pueden venir uno o más terceros que tengan interés propio y distinto del actor o reo en la materia del juicio; esta tercería se deducirá por demanda según el artículo 653 y se sustancia en la vía correspondiente al juicio en que se promueva al tenor del artículo 654. Todavía el artículo 657 se habla de la denuncia del pleito al obligado a la evicción, quien al intervenir se convierte en principal. Además, el artículo 5o. permite al tenedor de la cosa declinar la responsabilidad del juicio designando al poseedor a título de dueño.

Así pues, el legislador no ha tenido verdadero interés en diferenciar figuras que presentan colindantes pero no semejantes. La reunión de los litisconsortes definitivamente lleva a la unidad de la parte, pero la asociación de los coadyuvantes conduce a la pluralidad de partes. Y la misma pluralidad hay en esa intervención denominada del tercer pretensor por Loreto o de la **acción** alternativa en la terminología de Redenti. Más aún se deberá hablar de pluralidad en la tercería propia.

f) Ahora bien, al penetrar en las consecuencias de estas composiciones subjetivas, se descubre que el litisconsorcio necesario es la figura que explica la ineficacia del caso juzgado, como lo ha visto la jurisprudencia respecto a la nulidad de un contrato de compraventa que se sigue a una de las partes contratantes.[465] Aquí las partes materiales han de nombrar representante o procurador común y no pueden ejercer aisladamente acciones ni pretensiones procesales, al grado de que si el representante se conforma con la sentencia es improcedente la apelación de uno de los representados.[466]

Si el litisconsorcio voluntario no tiene más peculiaridad frente al necesario que el hacer factible la separación de pretensiones y acciones sin perjuicio de la validez y eficacia de la sentencia, en cambio el supuesto de la coadyuvancia, al entrar de lleno en la pluralidad de partes puede dar lugar a una sustitución procesal sin sucesión de derechos. Mientras coadyuvante y coadyuvado están en el proceso, ambos accionan pero la pretensión de sentencia no se multiplica, al salir uno el otro puede continuar, siempre persiguiendo el fallo inicialmente pretendido. Hay, sin em-

464 Art. 21.

465 Amparo directo 2462/1958, publicado con el número 8755 en el Boletín de Información Judicial de Abril de 1961.

466 Semanario Judicial de la Federación T. XXXIII, p. 1894.

bargo, un dato importante que no se repite en otras figuras, y es que el coadyuvante no puede continuar pretendiendo la sentencia exigida por el coadyuvado, si este renuncia o se allana.

Ciertamente, la legislación mexicana, tanto en lo civil como en lo penal, califica de coadyuvante a quien puede continuar una pretensión de sentencia si el calificado de coadyuvado se aparta del proceso; pero debe tenerse en cuenta que a pesar del legislador, lo que se regula entonces es la intervención de tercero. Esta nueva figura de pluralidad de partes es lo que se constituye cuando de las tres soluciones conocidas, se impone la unión de las pretensiones punitiva y civil ante los tribunales penales. [467] Debido a tal fórmula, el legislador se ve precisado a permitir la continuación del juicio civil, sea ante el tribunal penal o posteriormente ante uno de lo civil, cuando la pretensión punitiva es desistida o desechada.

La coadyuvancia no puede entrañar algo más que la ayuda al coadyuvado, para ello se autoriza que inste el adherente; pero si por economía normativa se mezclan las regulaciones, será la jurisprudencia la encargada en cada caso particular, de rechazar la sustitución o de permitir la continuación, según se trate de verdadera coadyuvancia o de intervención de tercero.

Probablemente sea la intervención de tercero la figura más rica en especies. Desde la **laudatio** o **nominatio auctoris** que parece tener aplicación en el artículo 5o. de la ley distrital mexicana, en que el detentador de la cosa declina la responsabilidad designando al dueño, a la participación del actor civil en el proceso penal, las legislaciones registran otros tipos: la **litis denuntiatio** que llegó a transformarse en cita en garantía, donde el tercero es llamado, bien para que sepa del juicio, o bien para que garantice el derecho, como cuando el fiador llama al deudor para defender la causa. En seguida, aparece la cita de saneamiento, donde el deudor interveniente puede también ser condenado a favor del fiador.

Con todo, **adcitatio, laudatio autoris** y **litis denuntiatio** se ofuzcan en la regulación positiva, y en cuanto a la cita en garantía, parece prácticamente absorvida por la cita de saneamiento, con los graves inconvenientes que significa el confundir el llamamiento del causante de un derecho, con la cita simple en virtud de un vínculo obligatorio entre garante y garantizado, ajeno a toda idea de transmisión.

Estos tipos de intervención se asemejan a la tercería, sólo en la carencia de litisconsorcio. Pero en la tercería, sea de exclusión o de preferencia, no hay ayuda a alguna de las partes, sino contienda entre

467 Las otras dos son de separación ante los respectivos tribunales, y de elección ante unos y otros, cfr. Romeo Augusto de León, *La acción civil derivada del delito*, Guatemala 1964, p. 25.

todos. Si la coadyuvancia debe resultar efectiva cooperación en el instar, en la intervención puede resultar favorecida la pretensión original como cuando el citado en garantía o de saneamiento triunfa sobre la contraria, pero también cabe que las pretensiones del actor y del demandado iniciales se vean derrotadas por el tercer pretendiente, y luego, es asimismo factible que el interveniente citado de saneamiento, resulte doblemente vencido: por lo que toca a la pérdida de la pretensión de su colitigante y por lo que atañe a la responsabilidad para con éste y significada por la evicción.

Por cuanto a la tercería, excluyente de dominio o de preferencia, su contraste con la oposición de tercero de los regímenes francés e italiano, se encuentra en que la última es una impugnación del fallo, mientras las otras son demandas contra las parte originales. La tercería, en sus dos expresiones, conduce a la coexistencia de dos procesos, mientras que la oposición se presenta cuando el primer proceso ha concluido y se ha dictado sentencia firme, de ahí que en la jurisprudencia se haya debatido si podía intentarse durante el plazo de prescripción máxima de treinta años que luego la legislación redujera el lapso. [468]

g) Se llega ahora al corolario final. Si técnicamente el problema consiste en determinar la procedencia de pretensiones múltiples para varios sujetos, por el particular interés que cada uno tiene, y la subsecuente regulación de sus instancias, por si es factible permitir la coexistencia de actuaciones que se van desenvolviendo en la unidad procedimental; teóricamente la cuestión está en el compromiso a que se ve conducida la tesis de la bilateralidad de las partes.

La tercería en sus dos tipos y la oposición de tercero, quedan explicadas por la pluralidad de procesos, que sólo tienen como punto de referencia el bien de la ejecución o el perjuicio que produce el fallo en un tercero. Cada proceso marcha por su camino, y la bilateralidad está respetada, hasta en el caso de que los accionantes del principal se allanen o uno ceda, o ambos resistan.

Si falta el litisconsorcio, necesario o espontáneo, la pluralidad es innegable y ofrece dificultades desde la coadyuvancia, porque no puede ocultarse que hay un accionar de tres sujetos distintos.

En unos casos acontece que las pretensiones se abren como abanico para corresponder a los distintos sujetos, pero en otros son las instancias las que se distribuyen proyectándose siempre de una parte a otra

468 Cfr. Rousseau, op. cit., VIII, p. 86, y Roger Perrot, op. cit., p. 681 donde advierte que para los acreedores del marido el plazo es de un año a partir de la fecha de la publicación del fallo que determina la separación de bienes; de ocho días para las quiebras y de un año también para los casos de adopción.

a través del mismo juzgador. Sin embargo, toda la confusión provendría del empleo de la palabra **parte** sin determinación del ámbito en que actúa. Si no se olvida que en tres momentos se puede ser partícipe de la relación jurídica se advertirá que conviene hablar de parte material para referirla al conflicto, de parte procesal para vincularla con la acción o la pretensión de sentencia, y parte afectada para identificarla por razón de la sentencia.

Pues bien, el problema procesal es sólo el de la participación en la instancia proyectiva o en la pretensión de sentencia. La incuestionable pluralidad queda reducida a dos sectores: pluralidad en la acción y pluralidad en la pretensión de sentencia. Debe mantenerse presente que no se niega que pueden ser partes quienes no están en el proceso, pero esto es problema que concierne más al caso juzgado que al proceso en sí. De manera que vista la pluralidad de sujetos por la multiplicidad de pretensiones, la solución se facilita al constituir el litisconsorcio.

Es cuando se mira la pluralidad de instancias que surge la dificultad. Los accionantes pueden, unirse en la pretensión original o mantenerse separados por sus pretensiones autónomas. Cualquiera que sea el caso, destaca esa individualidad de sus instancias proyectivas.

Ahora bien, se diría contradicha la proposición de bilateralidad, si las instancias mismas en lugar de ser proyectivas simples se convirtieran en proyectivas elevadas a segunda potencia. Pero no sucede que la instancia del interveniente llamado tercero pretendiente, que es el caso más irreductible, vaya primero a una de las dos partes originales y luego continúe hasta la otra. Simplemente actor y demandado son a su vez demandados por el tercero formándose una doble contienda, no ajena a la que aparece en la reconvención.

En todos los casos de pluralidad opera la instancia proyectiva, lo que implica bilateralidad de partes. El resultado más complejo puede llegar a ser: actor frente a demandado y, en seguida, tercero frente a los dos. La acumulación es manifiesta: a la demanda del actor contesta el demandado; a la demanda del tercero contesta cada uno. Esta multiplicidad procesal se mira en la cita de saneamiento, cuando el tercero concurren defendiendo al demandado y defendiéndose contra él. Como explica Loreto, en este proceso de molestia, es factible que el tercero sostenga que no ha pactado responder de la evicción, lo que no le releva de la obligación estrictamente procesal de defender a su causahabiente. Al hacerlo, contesta la demanda del actor y, a su turno, demanda al demandado el reconocimiento de su ausencia de obligación de indemnizarle. Lo único que ha sucedido es que en lugar de presentarse una reconvención del demandado contra el actor, se ha presentado una especie de reconvención del tercero contra el demandado. La sentencia tendrá que decidir dos debates: el del

actor contra el demandado y el tercero, y el del tercero contra el demandado. Pero la estructura de la instancias será siempre la misma: proyectiva de una parte a la otra a través del juez: si en lugar de demandar a una parte original se demandan las dos, no por ello se multiplica la proyectividad: se unifica.

CAPITULO V

175 Convergencia y divergencia procesales. 176 El incidente.
177 Desplazamientos y sucesiones procedimentales.
178 El accidente. 179 Recapitulación y corolarios.

175 Convergencia y divergencia procesales.

La existencia de pretensiones procesales contrapuestas, así sean más de dos, pero siempre en parejas, explica la final reunión en un punto llamado la sentencia, al cual se llega por convergencia de la serie de instancias proyectivas. El desarrollo procesal tiene una meta, un momento teleológicamente previsto que muchas veces ha sido tomado por la doctrina para explicar, no la naturaleza del proceso pero sí su finalidad.

Si el proceso sirve, en su aspecto eficiente, para alcanzar ese estadio crismático, es indispensable que toda la actividad dinámicamente relacionada converja. La conversión es una idea matemática que significa suma de unidades, [469] si ello no sucede la serie es divergente.

Hay casos en que antes de la demanda se desenvuelve un procedimiento que conduce a una providencia que tiene el cometido de obtener una resolución que será llevada al interior del proceso, aunque también es factible que se reserve para unirla a los actos posteriores a la sentencia. A su lado, se observan procedimientos que interfieren la marcha regular de la serie convergente; otros que se sustancian simultáneamente con el proceso para conseguir determinaciones que pueden tener eficiencia autónoma, o resultados compatibles con el dato crismático del pronunciamiento o con sus efectos. Y, por último, hay procedimientos posteriores al fallo, que también se enlazan por el contenido de éste de dos maneras: impugnativa la primera, ejecutiva o de realización administrativa la segunda.

En esta heterogénea constelación de procedimientos, sólo la pretensión deducida en cada uno, permite reconocer la manifestación divergente o convergente con respecto al proceso. Aún más, tanto en lo penal como en lo civil, es apenas con motivo de las resoluciones dictadas en diversos procesos, que se puede hablar de una cierta conexidad o convergencia que también ha sido llamada preliminaridad. [470]

La pretensión sirve ahora de centro de referencia y de principio de división, para establecer los contrastes cronológicos y teleológicos. Preliminar sería el procedimiento desenvuelto con anterioridad a la demanda

469 E. C. Titchmarsh, *Esquema de la matemática actual*, México 1951, p. 88.

470 Niceto Alcalá Zamora y Castillo, *En torno a la noción de proceso preliminar*, op. cit., pp. 3 y ss.

de fondo y relacionado con el proceso principal por los vínculos o referencias de las pretensiones aducidas. Y, en realidad, en la índole de la pretensión es que se basa Alcalá Zamora, para distinguir por su teleología, entre los medios preventivos y las medidas cautelares, las situaciones prejudiciales y las revisoras.

De los cinco tipos posibles de procedimientos preliminares, dice el autor, [471] el preparatorio lo es siempre y por esencia, aunque no se siga luego el proceso principal previsto como secuela al deducirlo; el preventivo y el cautelar lo son únicamente cuando funcionen como preprocesales respecto del de fondo; y en cuanto al prejudicial y al revisivo, lo serán **a posteriori,** cuando la sentencia del primer proceso repercuta en el segundo, o cuando el potencialmente revisable quede efectivamente sujeto a revisión.

a) Dentro del extensísimo elenco que constituye la competencia de los tribunales, [472] hay una posible interferencia de las resoluciones, lo cual viene a determinar la unidad de las atribuciones y a señalar la convergencia de los procedimientos. Desde los negocios judiciales, llamados diligencias de **jurisdicción** voluntaria, que son aquellos en los que, sin haber contienda ni partes, el tribunal despliega una actividad que se ha calificado de administrativa más que jurisdiccional, [473] hasta las vías propiamente ejecutivas, las medidas disciplinarias y todo el cúmulo de procedimientos que circunvalan al proceso principal, ofrecen un panorama de sustanciaciones que finalmente consiguen una convergencia en la administración de justicia.

En la historia del derecho positivo y en la comparación de legislaciones, se pueden encontrar regímenes que han separado muchas de esas atribuciones para entregarlas a otros órganos estatales, y así puede confirmarse cómo en Austria se ha llegado a la creación de un tribunal de ejecuciones, competente exclusivamente para este procedimiento coactivo que tiene como punto de referencia las sentencias de los demás tribunales ordinarios. En cambio, en México, se han tenido jueces ejecutores, competencias de la autoridad administrativa para resolver sobre divorcios voluntarios o para delitos cometidos por menores, y hasta se llega a extremos como el de encomendar a los notarios la tramitación de las sucesiones en condiciones especiales.

Si se busca un apoyo para pugnar por la unificación competencial, se tendrá que invocar la convergencia procesal, porque se dirá que todos los procedimientos que en alguna forma han salido de la judicatura, y

471 Op. cit., pp. 7 y ss.

472 Supra Nº 79.

473 Ignacio Medina, *El derecho judicial privado, según Solus y Perrot*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XIII, Núm. 49, p. 111.

hasta ciertas medidas, órdenes y proveimientos dictados de plano, o sea sin tramitación particular, tienen conexión lejana o mediata con la función sentenciadora de los tribunales.

En cambio, cuando se defiende la idea descentralizadora, se acude a la especialización para argumentar que los procedimientos sustraídos al juzgador, no caen inmediata o necesariamente en lo procesal por antonomasia, o no deben llegar a este ámbito, en virtud de que el propósito perseguido es una medida autoritaria que se puede conseguir sin la bilateralidad de la audiencia de las partes. Acontecería, entonces, que cuestiones tales como los negocios por atribución judicial o de **jurisdicción** voluntaria, las medidas cautelares, las administraciones de cosas y de personas, y las mismas ejecuciones, se verían entorpecidas si se sometieran a un procedimiento procesal.

El más claro ejemplo de la posibilidad de aislar al proceso, se encuentra en el arbitraje privado, donde no sólo es factible realizar la serie proyectiva en un medio no compulsivo ni ejecutivo, sino que es forzoso eliminar de las facultades del árbitro toda potestad coactiva. En este proceso privado, los problemas anexos y conexos son remitidos por vía divergente a la judicatura, de modo que el árbitro se limita a ejercer jurisdicción y a dictar el pronunciamiento llamado laudo. Aquí, mejor que en otras hipótesis, se percibe con claridad la diferencia entre lo estrictamente procesal, y lo que pudiera constituir una serie divergente o una cuestión finalmente convergente por accidentalidad.

b) La divergencia toma contacto con el principio procesal de seccionalidad, por lo mismo que explica una fuga, una separación del tronco matriz. Pero la seccionabilidad responde a una idea directriz precisa e inconfundible; se trata de la necesidad de formar dentro del proceso, diversos cuerpos para otorgar a cada uno cierto cometido. Así, inicialmente se prevé la sección de conocimiento de las pretensiones, llamada fase postulatoria. En seguida, se regula un cuerpo de actuaciones que se destina a la adquisición de medios de confirmación; esta fase recibe el nombre de probatoria, probablemente por la influencia que en la confirmación tiene la prueba, aunque no es ella sola la materia de eficiencia conseguida por el juez, pues a su lado se hallan medios de acreditamiento, de convicción y de mostración. La tercera y última fase procesal es la conclusiva, se trata del conocimiento de los alegatos de las partes, razonamientos sobre lo actuado y la eficiencia que se ha conseguido por cada parte en la presentación del conflicto.

Quedan fuera del proceso otras secciones, que integran un grupo de procedimientos con un cometido distinto al estrictamente procesal. Ya no se persigue dar a las partes ocasiones de audiencia bilateral, porque la

finalidad perseguida es, unas veces plenamente ejecutiva, otras meramente administrativa y el resto son medidas preparatorias, preventivas o precautorias.

Es con base en este fenómeno de la seccionabilidad, que la doctrina ha sustentado opiniones diversas, porque tanto se ha dicho que el proceso incluye la sección decisoria, como se ha pensado que se extiende a la ejecutiva. No faltan autores que estimen que las medidas preparatorias, preventivas y precautorias, son otras tantas secciones del proceso, semejantes, por ejemplo, a las incidencias que dentro de la serie constituyen un paréntesis a la actuación principal.

El problema toma su origen en la perspectiva teleológica, que hace decir que los notarios o los oficiales del Registro Civil, los ejecutores o los árbitros, son auxiliares de la administración de justicia. Aquí reina una confusión entre autonomía e independencia. En verdad, los procedimientos y medidas no procesales, que por varias razones se han descentralizado, pueden llevar a resultados que en cierta medida transcienden al fallo. Con esto, la dependencia lógico jurídica está demostrada; pero de ahí no puede inferirse que carezca de autonomía, porque precisamente su sustanciación o emisión, es factible sin la intervención del juez del conflicto principal.

Si las secciones del proceso no pueden calificarse de series divergentes, es porque la unidad pretensional se mantiene firme, y la identidad del accionar es manifiesta. Pero antes, fuera, dentro o posteriormente al proceso, hay series que deben caracterizarse como divergentes, porque se apartan del tronco en algún momento. Su cometido no es necesariamente dar eficiencia a la pretensión principal, y pueden darla a cuestiones circunstanciales, porque están en la periferia del proceso. Esto implica una vinculación con la sentencia, pero un apartamiento también, y en ello radica la divergencia, la salida hacia una resolución autónoma, una resolución que ha sido tomada considerando la peculiaridad de un problema que puede tener con el dilema del conflicto, una conexión final. Autonomía en la tramitación y dependencia en la resolución, es lo determinante en la divergencia absoluta.

c) Ahora bien, hay otros datos que deben invariarse para lograr la definición de las series convergentes y divergentes. Si la temporalidad del procedimiento es sintomática para la divergencia, no es exclusiva ni principal. Puede acontecer que tramitándose el proceso, aparezca una sustanciación divergente, o un procedimiento secundario pero convergente. No es por el tiempo en que se desarrolla, que se puede diferenciar el carácter de la serie, sino por otras notas.

Desde luego, la pretensión, centro volumétrico de la estructuración procesal, viene a ofrecer el principio de separación más efectivo. Si durante el proceso se presenta una cuestión que atañe mediata o inmediata-

mente al pretender mismo, la necesidad de resolverla lleva a una divergencia absoluta. Es decir, el problema enlazado a la pretensión, pero no vinculado con la resolución del conflicto objeto del debate principal, necesita de un procedimiento que se aparta del tronco medular; tal viene a ser el caso de las cuestiones prejudiciales.

En cambio, si la cuestión atañe al instar proyectivo, la divergencia es inmediatamente convergente. Se mira tal fenómeno en los supuestos de las llamadas cuestiones incidentales, como la incompetencia del juzgador o la nulidad de las actuaciones.

Entonces, establecida la separación entre la serie convergente y los procedimientos divergentes, se debe avanzar para distinguir entre la divergencia por razones de la pretensión, y divergencia por motivos del instar. La causa de ello es que no todo problema que provoca una tramitación divergente afecta o se vincula con la eficiencia del pretender, y asimismo, que no toda divergencia constituye un apartamiento de la serie convergente principal, sino que hay extremos en los que la divergencia principal, implica una tramitación que cae o llega al proceso en vez de salir de él.

Por ahora, lo único que importa es dejar advertido que la convergencia fundamental está en la serie proyectiva pura, y que la divergencia abarca fenómenos tan disímbolos, como pueden ser los procedimientos anteriores al proceso, los simultáneos con él y los posteriores al mismo. Tal vez las mayores dificultades estén en el segundo caso, porque ha sido muy discutida la diferencia entre cuestiones previas y prejudiciales, las que se forman al avanzar el proceso.

Determinar cuándo la divergencia origina un incidente y cuándo da lugar a un accidente, es tema de un análisis posterior; aquí han de quedar esclarecidas las notas de diferenciación entre la convergencia y la divergencia. Si luego acontece que, como se mira en matemáticas, una serie divergente puede resultar convergente por su unión final con la suma, es decir, si luego sucede que una tramitación divergente regresa a la serie principal, en tanto que otra permanece sin sumarse a ella como pasa con las medidas precautorias; la tarea del estudioso será encontrar la explicación adecuada para la divergencia absoluta y para la relativa que es la que vuelve a la serie principal. Así, mientras la corrección disciplinaria está impuesta en un procedimiento absolutamente divergente, la recusación se tramita en un procedimiento que se desprende momentáneamente del accionar procesal básico, pero que luego origina una resolución que surte efectos en la serie principal. Esta aparente complejidad de la divergencia, es susceptible de reducción a términos de simplicidad técnica, y su comprobación se verá en lo que sigue.

176 El incidente.

Ni la doctrina ni la legislación, menos aún la jurisprudencia, han precisado las distinciones que pueden encontrarse en situaciones tales como las cuestiones que implican solución de continuidad en el proceso, y las que son especies de series divergentes absolutas y divergentes convergentes. Hay, sin embargo, una manifiesta separación en estos fenómenos, porque no pueden regularse de la misma manera, ni cabe pensar en efectos similares, según que la cuestión o problema sean atinentes a la serie proyectiva o vengan a ella por conexión teleológica.

Desde luego, la palabra incidente ha sido empleada para mencionar todos los casos de interrupción, desplazamiento divergente o convergente, de mera conversión y hasta los supuestos de resoluciones dictadas de plano que eventualmente pueden ser cuestiones previas en el fallo. Puede decirse que mirando al desarrollo normal, el incidente es una anomalía en lo que tiene de desviación, sea que se sustancie sumariamente, durante la tramitación de la serie principal o por cuerda separada, y tiene peculiaridades que exigen explicar anticipadamente cierto tipo de cuestiones que provocan la incidencia.

a) En la doctrina se comienza por la etimología, como cuando Becerra Butista [474] o José de Vicente y Caravantes [475] explican que la palabra viene del latín **incidere** que significa sobrevenir, interrumpir, producirse; de manera que incidencia es lo que sobreviene en el discuso de algún asunto o pleito, según dijera Escriche. Se explica que por incidente en general se ha de entender la cuestión o contestación accesoria que sobreviene o se forma durante el curso del negocio o pretensión principal. Unos, agregaba de Vicente y Caravantes, recaen sobre el fondo del negocio, otros se refieren a la personalidad de las partes, a la variación de jueces o funcionarios, a la práctica de las pruebas y, por ende, son incidentes: las recusaciones de los jueces, las cuestiones de competencia, la declaración de pobreza, la acumulación de autos, la cuestión sobre si la parte o su representante tienen carácter legítimo para litigar, la de si se ha de recibir a prueba o no el litigio, la de redargüirse de falso un instrumento, la de si debe arraigarse o no el juicio, las cuestiones sobre embargos, tercería de dominio y otras de esta naturaleza.

Estos incidentes han sido llamados artículos y para Becerra Bautista, son pequeños juicios que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo, que tienen relación inmediata y directa con el asunto principal. Además, como el proceso, para el autor, no termina con la sentencia sino

474 Op. cit., T. II, pp. 51 y ss.

475 *Tratado histórico, crítico filosófico y de los procedimientos judiciales en materia civil*, T. II, pp. 309 y ss.

con la actividad judicial, se extiende hasta satisfacer a la parte que obtuvo resultado favorable, de manera que los incidentes son posibles aún después de dictada sentencia definitiva, es decir, en la ejecución misma. Afirma también que se recurre a la vía incidental en los que califica de procesos atípicos y aún en los de **jurisdicción** voluntaria, con la misma idea de hacer posible la aplicación correcta de las normas adjetivas. Y hace notar que la cuestión incidental debe tener relación inmediata y directa con el asunto principal, pues las ajenas al negocio central deben ser repelidas de oficio, en los términos del artículo 72 de la ley procesal civil distrital mexicana.

Lorenzo Prieto Castro [476] explica que el título III del libro II de la ley de enjuiciamiento civil española, lleva como epígrafe escueto el De los incidentes. Pero en el primero de sus artículos aclara la indeterminación, aludiendo a cuestiones incidentales de previo o especial pronunciamiento; [477] para definirlas luego como aquellas que tienen relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promuevan o con la validez del pocedimiento. [478] Resulta claro, agrega el autor, que las cuestiones incidentales pueden surgir respecto de la relación jurídica u objetiva que constituye el fondo del asunto, y respecto del proceso mismo. Son numerosos los extremos que ha de resolver el juez antes de llegar a la sentencia, relacionados más o menos con la cuestión de fondo; pero la mayor parte de las veces son meros antecedentes lógicos y no susceptibles de constituir un incidente. Puede ser calificada de incidente una cuestión, en tanto origine una resolución con independencia de la cuestión principal en que aparece.

La invocación de la ley española permite recordar que en los códigos mexicanos de 1872, 1880 y 1884, se establecía que los incidentes eran cuestiones que se promovían en un juicio y que tenían relación inmediata con el negocio principal. Bazarte Cerdán [479] destaca el caso de la legislación procesal de Veracruz, que en su artículo 539 llega hasta a calificar de incidente a cualquiera intervención judicial que no amerite la tramitación de un juicio, significando con ello la tramitación de un procedimiento sumarísimo. Pero el vigente código distrital se aparta de sus antecedentes y no define a los incidentes. Sólo en el artículo 72, manda repeler de oficio las cuestiones ajenas al negocio principal; con ello, según Bazarte, quedó resuelto el problema de saber si el incidente tiene relación inmediata con el asunto principal, pues basta que el juez enfoque el estudio desde el ángulo opuesto, es decir, analice si el incidente es ajeno o no al

476 *Derecho procesal civil*, T. II, pp. 229 y ss.
477 Art. 741.
478 Art. 742.
479 *Los incidentes en el código de procedimientos civiles*, pp. 9 y ss.

negocio principal y lo rechace o admita. [480] De ahí, este autor infiere que la nota dominante del incidente es el acaecer de una cuestión que se promueve durante la tramitación del juicio, entendiendo por evento un acontecimiento o suceso imprevisto o de realización incierta o contingente. En resumen, un evento en el juicio que amerita la intervención de las partes o terceros y del juez. [481]

En este camino analítico, es apenas natural que la doctrina entienda que se trata de multitud de cuestiones que son accesorias a la principal. Entre ellas se citan el nombramiento de nuevo procurador, la recusación de un juez, la acumulación de autos, la reclamación de nulidad, la petición de reposición, la oposición a la prueba, la petición de plazo extraordinario de prueba, la declinatoria de competencia, la alegación y prueba de falta de personalidad, etc. Sin embargo, el citado Bazarte Cerdán, ha encontrado confusión en las definiciones legales, como la del artículo 861 del código de 1884, porque dentro del procedimiento las partes pueden promover cuestiones que tengan relación inmediata con el negocio principal y que sin embargo no son incidentes: cuando una parte pedía una prórroga del plazo, estaba promoviendo una cuestión que tenía relación inmediata con el negocio principal, pero al resolver de plano el juez no había jurídicamente un incidente. [482]

En realidad esta crítica no compagina con la tesis de Bazarte, pues si el incidente es, para él, un evento que amerita la intervención de los sujetos del proceso, poco importa que tenga relación o no con el negocio principal. Si se toma en cuenta esa relación como nota determinante, poco importa la tramitación; lo que sobreviene, lo que es accesorio, lo que interrumpe o suspende, altera el curso del proceso, eso puede ser, tanto algo eventual, en cuanto imprevisto, como normal y previsto, o sea, exigido por el procedimiento mismo.

Bazarte intenta enumerar los elementos de la siguiente manera: i) una cuestión que sin ser elemento normal y previsto y exigido por el procedimiento, llega a ésta para alterar el negocio ii) el evento ha de tener relación con el negocio principal, con el debate, o lo que denomina el mérito del incidente. Pues bien, el litigio se encuenta en **situación** mientras dura el proceso, ello implica que las circunstancias de hecho varíen sin afectar la discrepancia de intereses que forma el debate. Por ejemplo, mientras se demanda una reparación o una indemnización por los daños ocasionados por la construcción vecina, es factible que se solicita licencia o autorización para realizar obras de mantenimiento o reparación. Hasta qué grado una cuestión, una promoción tenga relación con el asunto prin-

480 Op. cit., p. 12.
481 Idem, p. 13.
482 P. 14.

cipal, es algo que no puede determinarse en sentido material, sino procesal. El depósito de persona, el nombramiento de tutor, no tienen relación jurídica con el litigio entre actor y demandado, pero sí con la situación sustantiva o la relación procesal, en cuanto se trate de actos vinculados con los sujetos. Bazarte exige que el evento se haga valer por una parte y con intervención de la contraria, o por un tercero que esgrime el evento ante el juez para que lo haga saber a las partes. Ello puede ser cierto en condiciones normales, pero puede pensarse en una multitud de autorizaciones, permisos y licencias que se solicitan del juzgador, y en los cuales no aparece la **vista** que se da a los interesados. Es por todo ello, que a pesar de lo previsto por el artículo 79, fracción V de la ley procesal civil distrital mexicana, no toda cuestión, englobada doctrinaria y legislativamente en el término incidente, termina con interlocutoria.

b) El resto de la doctrina no discrepa en mucho sobre el tema, quizás lo haga en lo referente a la técnica y a casos particulares de una legislación, pero no en lo conceptual **a priori.** Así, Hugo Alsina, [483] comienza por el nombre, llamando incidente o artículo, a todo acontecimiento que sobrevenga accesoriamente durante el curso de la instancia, como la interposición de un recurso, el pedido de nulidad de diligencias, el embargo preventivo, la oposición a una diligencia de prueba, la citación de evicción, que constituyen para él, incidentes en el principal. Para la calificación se exige que tengan una relación más o menos inmediata, con el objeto principal del pleito, pues las cuestiones ajenas deben promoverse en juicio separado, y porque de otra manera alterarían los términos de la relación procesal y se introduciría la confusión en el procedimiento. Pero Alsina renuncia a enumerar, ni siquiera aproximadamente los incidentes, porque hay legislaciones que consideran que la prueba constituye un incidente, y otras, como la misma argentina, que excluyen de la sustanciación incidental cuestiones que pueden ser resueltas rápida y fácilmente. Por tanto, hay incidentes que impiden la continuación del procedimiento, en cuanto requieren una resolución previa, y otros que pueden sustanciarse sin suspensión del principal.

Hernando Devis Echandía [484] explica que se entiende por decisiones **incidenter tantum** las que deben ser adoptadas en el curso del juicio y antes de la sentencia que le pone fin. En Colombia, dice, son autos interlocutorios y en Italia sentencias interlocutorias, ven sobre cuestiones que las partes proponen y cuya decisión es indispensable para llegar normalmente a la sentencia, aunque carecen de valor del caso juzgado. Son lo que Menestrina y Chiovenda llaman cuestiones prejudiciales, reueltas por incidente, sin efectos de cosa juzgada. Como ejemplo cita los fallos de

483 *Tratado*, T. IV, segunda parte, pp. 509 y ss., Bs. As. 1961.
484 *Nociones*, pp. 616 y ss.

incidentes de excepciones dilatorias o previas, de falsedad de documentos, de recusación, de tacha de testigos y otros. Hay también otras decisiones que se adoptan en la sentencia, sin que se incorporen a la parte resolutiva; son meras premisas jurídicas para la decisión de fondo, de las cuales depende el éxito de la demanda y que carecen de valor en un juicio posterior, aún entre los mismos litigantes. Esto sucede, por ejemplo, cuando para la sentencia de alimentos o separación de bienes o divorcio, el juez necesita calificar la validez del matrimonio. Se incluye en esta categoría el juicio sobre la prueba de los diversos hechos aducidos por el demandante y el demandado, que se hace en la sentencia; pero en un juicio posterior, entre las mismas partes o distintas, será necesario trasladar esa prueba para que el nuevo juez la califique, sin que esté obligado por conclusiones anteriores.

c) En el proceso penal, la variedad de cuestiones y procedimientos calificables de incidentales es normalmente superior a lo civil, y en todas las épocas se ha puesto atención a su régimen aunque sobresaliendo el aspecto prejudicial. Así, Ricardo Rodríguez [485] reúne en un solo capítulo los temas que denomina excepciones e incidentes no especificados, como los criminales en el juicio civil, la acumulación de procesos o su separación, las recusaciones, los impedimentos y excusas, y la suspensión del procedimiento. Desde luego, hace notar que las excepciones opuestas por el inculpado, aunque sean del orden civil, pero que no se refieran a la extinción de la pretensión penal, son apreciadas en la sentencia definitiva, pero por el juez o tribunal que conozca del proceso sin dar lugar a un incidente o fallo especial, sino en los casos que el código así lo determine. Si el incidente fuere de importancia, se sustanciará por cuerda separada dándose conocimiento de la promoción a las demás partes para que contesten en un plazo cierto, pasado el cual, si las partes lo pidieren o el juez lo considerare conveniente, se abrirá el período de prueba, citándose después a una audiencia en que se dictará el fallo. Si el incidente se promoviere durante la instrucción y fuere de poca importancia a juicio del juez, se resolverá de plano. Estos incidentes no suspenden el proceso y la resolución es apelable devolutivamente.

El caso más comentado es el de un incidente criminal en el juicio civil, pomovido el cual, el juez remitirá al ramo penal las constancias necesarias suspendiendo su proceso si el incidente ha de influir en la sentencia. Sigue en orden de importancia el incidente de acumulación, que Rodríguez considera necesario en los casos ya analizados anteriormente al tratar este tema, [486] y se continúa con la separación para terminar con la recusación.

485 *El procedimiento penal en México*, 1900, pp. 395 y ss.
486 Supra Nº 166.

d) Si no más sistemática, al menos más objetiva es la presentación que hace Eduardo Pallares de algunos incidentes vinculados con el proceso penal.[487] Comienza por aludir a los incidentes criminales en el juicio civil, distinguiendo entre los que suspenden el curso de éste y los que no suspenden, los que tienen influencia necesaria en la sentencia civil y que por ende son suspensivos. En su criterio, se aplica el principio de que la sentencia penal tiene siempre primacía sobre la civil, salvo los casos señalados en la ley; pero advierte que en los juicios civiles sumarios el incidente penal no suspende el curso de aquéllos ni sustrae la competencia del juez para conocer de la falsedad del documento.

Después se refiere a la acumulación de los procedimientos penales que sólo puede aparecer en la instrucción, indicando que cuando un mismo juez conoce los procesos acumulables, no hay necesidad de tramitar ningún incidente ni que lo pida alguna de las partes. Cuando son diversos los juzgadores, se sigue el procedimiento de las contiendas de competencia y, si bien por un lado se ordena que la acumulación no suspenda el curso de la instrucción, por otro se manda que los jueces remitan la causa al tribunal que ha de decidir la controversia relativa.

El caso opuesto es de separación de procesos, pedida por parte legítima antes de concluida la intrucción si la acumulación se decretó por seguirse los procesos contra una sola persona por delitos diversos e inconexos, y siempre que se estime que de seguir la acumulación se demoraría la instrucción o se dificultaría con perjuicio del interés social o del procesado. El trámite es semejante al de la acumulación.

Los impedimentos, excusas y recusaciones conducen a incidentes por circunstancias que concurran en los secretarios, jueces, magistrados, jurados y defensores de oficio. Interpuesta la recusación se suspenderá todo procedimiento, siendo partes en el incidente las partes y los recusados.

Para resolver sobre la reparación del daño exigible a terceras personas se forma un incidente en el proceso penal antes de cerrada la instrucción; pero con posterioridad se puede seguir el juicio civil. El incidente se promoverá por demanda en forma, exponiendo la cuantía del daño y los conceptos por los que procede. De ella se correrá traslado al demandado y si las partes lo piden, se abrirá el incidente a prueba o se oirá a las partes en audiencia en la cual se clausurará el incidente, pero la sentencia se dictará al tiempo de fallar el proceso en lo penal, aplicándose supletoriamente el código procesal civil.

Hay incidentes que se califican de no especificados, en virtud de que no tienen reglamentación en el código. En tales hipótesis, si las cuestiones son de fácil resolución y las partes no han solicitado prueba, el juez dictará simplemente su determinación. Si el problema no puede resolverse

487 *Prontuario de procedimientos penales*, México 1961, pp. 54 y ss.

de plano y es necesaria la prueba, se sustanciará por cuerda separada, corriendo traslado de la promoción para que se conteste en el acto de la notificación; pero si una parte lo pidiere o el juez lo estimare necesario, se abrirá el incidente a prueba y se desahogue o no, el juez dictará sentencia.

Además de estos incidentes, Pallares alude a los de libertad. Un primer caso es por desvanecimiento de datos, que procede cuando el acusado está detenido y se ha dictado el auto de formal prisión, requiriéndose prueba plena en relación con la presunta responsabilidad y no así en lo relativo al cuerpo del delito. Puede promoverse por el ministerio público o por la parte, si bien la ley no permite saber si queda incluida la civil. El trámite consiste en una cita para la audiencia en la que se dicta la sentencia por el juez instructor o la corte penal en su caso; sin embargo, Pallares advierte que no tiene los efectos de una sentencia definitiva por tratarse de un auto que absuelve provisionalmente y no de la instancia, de manera que el acusado no puede ser aprehendido de nuevo por el mismo delito a menos que la libertad se haya otogado por desvanecimiento de los datos de la presunta responsabilidad.

La libertad caucional es de orden constitucional y se resuelve de plano. El auto que la niegue no causa estado y puede solicitarse de nuevo por causa superveniente.

Dos casos particulares de libertad tienen carácter semejante al de los incidentes, la que se concede bajo protesta que originalmente se concedía para el caso de cumplimiento de la pena mientras se tramitaba la apelación del ministerio público exigiendo una condena mayor; y la preparatoria que solicita el reo ante el Departamento de Prevención Social, el cual la hace saber al ministerio público, el juez o magistrado que conocieron de la causa y al director del establecimiento de reclusión para que emitan su dictamen, y en vista de los resultados, el Departamento resolverá lo conducente, investigando previamente la solvencia del fiador y su idoneidad. También en sede administrativa se tramita el expediente de retención, porque el Departamento mencionado nombra a uno de sus miembros para que compruebe si son ciertos los informes que se le han denunciado. Pallares opina que la resolución es una verdadera sentencia, que debe estar fundada y motivada y que declara que se ha cumplido la condición a que estaba sujeta la detención. El autor concluye, justificadamente, que esta resolución está en pugna con el artículo 14 constitucional, porque la privación de la libertad la ordena un órgano administrativo que forma parte del Ejecutivo, aunque esté ya en germen en la sentencia condenatoria penal. Al lado de estos incidentes, se puede mencionar la conmutación de sanciones, que se tramita mediante un ocurso que se dirige al mismo Departamento, y la comprobación de que se han llenado los requisitos legales. En cambio, la rehabilitación se pide al juez

o tribunal que condenó a la pérdida de los derechos civiles o políticos que se trata de adquirir de nuevo, el trámite se hace con audiencia del ministerio público, y si la resolución es favorable se comunica al Congreso de la Unión para que otorgue la rehabilitación que se publica en el Diario Oficial; en caso contrario, se da por terminado el expediente, reservando los derechos del peticionario para que los haga valer más adelante. Tocante al indulto, como la ley distingue entre el necesario que se sustancia ante el Tribunal Superior de Justicia que ordena la revisión del expediente para recibir las pruebas en una audiencia y sentencia posteriormente, y el indulto por gracia que se solicita del Ejecutivo acompañando los justificantes de servicios prestados a la Nación, se puede hablar de dos tipos de procedimientos que pueden ser calificados de incidentales, al menos el indulto por gracia.

e) Javier Piña y Palacios [488] dedica la introducción al significado, recordando que incidente tiene dos acepciones, la primera **incide, incidere,** o sea conocer, cortar, interrumpir, suspender, y la otra **cadere** y la preposición **in,** que alude a caer, sobrevenir. Hay dos términos semejantes, dice, incidencia e incidente, la primera atañe a lo que sobrevene en el discurso de un asunto, e incidente es el suceso secundario sobrevenido. En términos generales, se afirma que incidente es toda cuestión que surge de otra considerada como principal, que la evita, suspende o interrumpe y que cae en o dentro de ella o que sobreviene con ocasión de la misma.

El autor recuerda lo explicado por Rivera Silva, Franco Sodi y González Bustamante, para llegar a su definición, en el sentido de que es una cuestión surgida en el curso del proceso o con motivo de él, que interrumpe, modifica o altera, transitoria o definitivamente la estructura lógica del mismo. Por cuestión se ha de entender un punto controvertido, discutible, porque hay un desajuste que debe resolverse. El desajuste interrumpe el proceso como en el caso de una fuga o muerte del procesado, lo modifica como en el supuesto del desvanecimiento de datos, o lo altera como en la libertad bajo caución. Esa alteración puede ser transitoria o definitiva y tiene lugar en la estructura lógica del proceso, pues modifica los elementos que sirven de base a éste, como la liga del procesado a la jurisdicción, la falta de elementos para integrar los que deben conocerse del delito o de la responsabilidad.

Los actos que motivan el incidente pueden ser de una parte o del juez, y siempre que los determine la ley: la libertad bajo caución sería motivada por la parte, en tanto que la excusa sería provocada por el juez, pero la incompetencia la determina la ley.

488 *Recursos e incidentes en materia procesal penal y la legislación mexicana,* México 1958, pp. 110 y ss.

Hay cuestiones, agrega Piña y Palacios, que surgen con motivo de la terminación del proceso y de sus efectos, entre otros el indulto, la amnistía y la rehabilitación. Todas vienen a modificar la estructura lógica puesto que por el indulto deja de tener efectos la pena, así como en los casos de amnistía o rehabilitación.

Los efectos más importantes de los incidentes son que no puede llegarse a sentencia si no se resuelve previamente la cuestión surgida, y que existe la posibilidad de que pueda ser resuelta en la sentencia misma. Sin embargo, debe aclararse que hay incidentes específicos y no especificados, porque no puede prever el legislador todas las cuestiones que surgen en el proceso. Mientras el recurso es el medio prescrito por la ley para restaurar el equilibrio entre el juez y las partes o entre las partes mismas para que se reanude el curso normal del proceso, el incidente no es sino una cuestión, un punto cuestionado que interrumpe, altera o modifica la estructura lógica del proceso. El incidente puede no estar previsto, en tanto que el recurso debe estarlo legalmente. En el incidente la ley sólo determina un procedimiento para resolver la cuestión surgida y en unos casos prevé esa cuestión, pero cuando no lo hace da la norma para resolverla cuando surja. El incidente está en relación con los fines del proceso, no con la situación de las partes. Las causas que éstas hacen valer pueden no estar previstas por la ley. En fin, las cuestiones que pueden resolverse en la sentencia definitiva no son causas que hayan modificado, interrumpido o alterado la estructura del proceso, puesto que pudo llegarse a sentencia.

En la clasificación de los incidentes, Piña y Palacios ha llegado a la formación de un cuadro, en el que se comprenden dos grandes secciones: la primea de los incidentes especificados y la segunda de los no especificados.

Dentro de los especificados se enumeran: i) los que modifican transitoriamente la estructura del proceso como: libertad bajo caución y libertad bajo protesta. ii) Los que modifican definitivamente la estructura del proceso: desvanecimiento de datos; acumulación de procesos; separación de procesos; y responsabilidad civil exigible a terceros. iii) Los que interrumpen transitoriamente el curso del proceso: suspensión del procedimiento con ocho hipótesis, a saber: fuga, falta de querella, locos, idiotas, imbéciles, débiles mentales, enfermos mentales y anómalos mentales; competencia; impedimentos; excusas; y recusaciones. iv) Los que interrumpen definitivamente el proceso: muerte del acusado; perdón del ofendido; y consentimiento del ofendido.

En cuanto a los no especificados, se trata de incidentes que sobrevienen concluido el proceso con sentencia condenatoria, a saber: i) Indulto. ii) Amnistía. iii) Rehabilitación. iv) Libertad preparatoria. v) Y retención.

f) No parece necesario seguir revisando las obras doctrinarias, pues en el fondo las explicaciones, con sus pequeñas o notables discrepancias, coinciden en la descripción fundamental, y esas contradicciones innegables pueden atribuirse al fenómeno legislativo, observado ya por Becerra Bautista,[489] consistente en hacer sinónimos los vocablos incidente, de plano, sumaria o brevemente.

Se usa la expresión de plano, dice el autor, cuando el tribunal no necesita oír a la contraparte para resolver un problema procesal, y cita los artículos 72 y 110 de la ley procesal civil distrital mexicana. De plano se emplea en lugar de oficio, como cuando se dice repeler de oficio los incidentes ajenos al negocio principal en el artículo 72 de la misma, o repeler de oficio los documentos presentados después de la citación para sentencia en el 99. En otras ocasiones sumariamente equivale a incidente, porque el problema planteado debe resolverse en esta vía, o sea, con un escrito de cada parte y tres días para decidir, pudiendo ofrecerse pruebas que se recibirán en una audiencia en la que se oirán también alegatos y en la que se dictará resolución, como lo establece el artículo 440.

Señala el autor que la diferencia entre sumariamente para los casos de tramitación simplificada y aquéllos en que se le utiliza por incidente, está en la posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas, así como alegar. En los primeros casos no existe esa posibilidad sino que la cuestión sumaria se resuelve con un escrito de cada parte y la resolución final.

Por tanto, no puede confiarse en la terminología del código para descubrir la naturaleza del incidente y sus diferencias con categorías procesales paralelas, en la inteligencia de que ya en la doctrina procesal penal se habla profusamente de incidentes referidos a los procedimientos posteriores al proceso por antonomasia.

En el camino de la cuantificación se debe recordar que las leyes, como el código procesal civil federal mexicano, distinguen entre incidentes que obstaculizan la marcha procesal y los que no la impiden. Y otras como la de amparo, en su artículo 35 habla de una separación de los incidentes en: artículos de especial pronunciamiento, sin sustanciación y con decisión de plano, más los incidentes que se fallan en la sentencia. Bastaría aplicar la lógica para convencerse de que en esta enumeración hay verdaderas contradicciones, pues esto acontece cuando se llama incidente, lo mismo a la cuestión que obstaculiza al procedimiento como a su contraria, sin importar por ahora que el procedimiento sea procesal, ejecutivo, cautelar, disciplinario, preventivo, etc.

Respecto de esta palabra se ha llegado a un empleo frívolo que viene a resultar en un empobrecimiento denotativo del vocablo. Legislador y doctrina han tomado la palabra del acervo común y le han estampado en

489 Op. cit., T. II, p. 50.

todo tipo de proposiciones indiscriminadamente. Así, el incidente es lo que sobreviene pero también la irregularidad; es lo que se resuelve previamente y también lo que se decide al tiempo de sentenciar o después; incidente es lo que modifica transitoriamente la estructura procesal y lo que la modifica definitivamente; es lo que interrumpe transitoriamente el proceso y lo que lo interrumpe definitivamente; y entre otras acepciones, es también lo que sobreviene concluido el proceso.

Se advierte que la palabra incidente es tomada, es empleada para calificar y no para determinar, ni para definir. De ahí que en el decurso de las posteriores invariaciones se puedan implantar procedimientos especiales para los incidentes, decisiones de plano y hasta soluciones lógicas, meras premisas jurídicas como les llama Devis Echandía, que carecen de valor en un juicio posterior, aún entre las mismas partes.

Por lo general, la doctrina no resiste el peso de este fardo y encuentra una salida meramente literaria, procediendo a clasificar y subclasificar los casos. Lo que ya no cabe, es explicar cómo nace un incidente entre partes distintas, como se mira en el amparo tratándose del llamado incidente de reparación del daño causado por la suspensión o la no suspensión del acto reclamado; ni se explica cómo puede llamarse incidente a una reclamación que, al ser llevada al juez común, provoca un proceso que es susceptible de impugnación en la misma vía de amparo; cómo por otro lado, no tiene explicación un incidente en lo penal que se sustancia ante una dependencia administrativa. En todo ello hace falta la depuración terminológica, la precisión de conceptos y la uniformación de las disposiciones legales.

g) Si se parte del hecho de que el incidente acontece en el campo dinámico del derecho, además de que en este sctor hay una secuencia de conexiones de actos provenientes de distintas personas, secuencia que se halla legalmente regulada, se confirmará que ese procedimiento se forma con instancias de los justiciables y actos autoritarios que pueden ser meros proveídos administrativos, típicos proveimientos judiciales, actos jurisdiccionales y verdaderos pronunciamientos. Para que las secuencias sean jurídicamente uniformes, es menester que las instancias correspondan al tipo de pretensiones par las que están adecuados los procedimientos. Lo normal es, entonces, que el procedimiento respectivo se sustancie con sus instancias típicas, aquellas que sólo pueden relacionarse con determinados proveídos o actos jurisdiccionales.

Pero eventualmente puede suceder que las instancias sean de otra especie, precisamente porque se vinculen con un tipo de resolución diversa. En lo procesal, este fenómeno es fácilmente explicable por la íntima correspondencia de la estructura volumétrica: alrededor del centro que es

la pretensión conflictiva, se mueven la acción, la jurisdicción y la reacción. Cuando en esta secuencia interfiere una instancia o un proveído diferentes, la eventualidad se ha presentado.

Ahora bien, hasta el presente es indudable que la doctrina no ha tenido otro vocablo para aludir a las eventualidades que la palabra incidente; pero es también manifiesto que ni por la índole de las cuestiones, ni por los trámites a seguir, se puede hablar de un solo fenómeno para todas las manifestaciones que complican la marcha regular de cualquier procedimiento, sea procesal o no. Al ser dos los componentes del contenido procesal: petensiones y acciones, las interferencias pueden distinguirse por la materia que afectan. De lograrse esto, la naturaleza del incidente podrá ser descrita teóricamente, debiendo buscarse otra denominación para las demás contingencias.

Lo más razonable es comenzar por la relación proyectiva, de manera que la palabra incidente quedaría ligada a las contingencias que alteraran su funcionamiento. Esto implica abandonar los puntos de vista legales, en virtud de los cuales se clasifican los incidentes en dos tipos los que interrumpen la serie y los que no la detienen; o bien ese criterio doctrinario resumido por Piña y Palacios de incidentes que modifican transitoria o definitivamente y los que interrumpen también transitoria o definitivamente, más los que sobrevienen con posterioridad al proceso. En verdad, estas perspectivas contemplan la apariencia externa del fenómeno, no se adentran en su consistencia ni siquiera aluden a la razón de ser.

Si, caminando el proceso, una actividad extraña a la proyectividad, necesariamente afecta la eficacia procesal, se deberá hablar de un incidente. Es claro que, por el momento, no se están clasificando los incidentes y no es necesario inquirir si se sustancian proyectivamente o no. Lo único trascendental es la afectación de la eficacia por la nueva actividad y, de ninguna manera, por la inactividad. Es decir, el incidente tiene el carácter jurídico de una instancia y no puede hablarse de un no hacer como de algo incidental al proceso. Claro está que el no hacer procesal puede provocar un incidente, como cuando se peticiona la declaración de contumacia, pero el no reaccionar en sí, no es un incidente.

En cambio, cuando la actividad extraña deja intocada la eficacia proyectiva, el nombre que se ha de dar a este fenómeno tendrá que ser distinto. Un ejemplo bastará para precisar las ideas: afecta la eficacia del instar la **litis denuntiatio**, entonces es un incidente; no afecta la eficacia proyectiva la solicitud de copias certificadas, entonces no es un incidente.

Es menester indicar que si el acto jurisdiccional tiene como función: prevenir la corrección de la instancia, rechazarla si no se regulariza, o admitirla corriendo el traslado legalmente previsto; cuando aparezca el segundo caso, se podrá instituir una vía impugnativa que lleve el proble-

ma a una competencia diferente. Pues bien, no hay incidente en la impugnación, por más que se observe una afectación del instar por el rechazo de la acción, ya que la conducta jurisdiccional es pertinente en esta hipótesis. Explicado de otra manera, la actividad interferente no puede ser la misma actividad hipotéticamente consecuente.

h) Por otro camino se puede llegar a la misma solución. Hay todo un conjunto de manifestaciones en el proceso, que no atañen a su marcha, y a las cuales se les ha calificado de incidentes con trámite por separado. Aquí estaría la solución, si no aconteciera que las legislaciones, como explicara Alsina, no son congruentes, ni todas tienen el mismo criterio para la cuantificación ni para la técnica aplicable

Como es posible que un pedido de prueba se estime trámite incidental, y que también se llame incidental la tramitación de la rehabilitación penal, que se denomine incidente la reparación de daños proveniente de la suspensión concedida en el amparo, e incidente la regularización de la personalidad del accionante; resulta que el trámite por vía separada o en la principal, no puede ser punto de apoyo efectivo. Además, muchas cuestiones, incidentales o no, se resuelven de plano, y otras se deciden en la sentencia, de manera que falta un principio de división exacto y absoluto.

Pero el problema no es irresoluble, y todo lo que necesita es congruencia en la exposición. Desde luego, hay extremos inconciliables que exigen la inmediata discriminación. Al iniciar el análisis, el estudioso puede elegir el nombre que desee para aludir a un fenómeno dado, lo que importa es que no pierda de vista el objeto señalado por la palabra escogida. Y tratándose del incidente, ha acontecido que el vocablo se usa para situaciones tan contradictorias como: incidir o caer en la serie, y suceder o presentarse cuando ya ha terminado. Otra paradoja igualmente grave es emplear el mismo término para dos fenómenos tan diversos como incidir en el accionar e incidir en el pretender.

Parece prudente ligar el vocablo con el procedimiento respectivo, ya sea un procedimiento procesal o uno ejecutivo, cautelar o de **jurisdicción** voluntaria, etc. Si después de ese procedimiento sigue otro y en el último también aparece el fenómeno, no hay dificultad para hablar nuevamente de incidente, pero relativo a distinto trámite. Lo único que se pide es respetar la idea de que un incidente es algo que interfiere, algo que se inserta en el recorrido procedimental.

En seguida habrá que buscar sendos nombres para los restantes fenómenos. Estos, en realidad, no son indeterminables; por el contrario, se puede decir que hay tres hipótesis: traslados, sucesiones y conexiones de fondo. Para cada uno es relativamente fácil hallar la palabra que signifique su presencia en cualquier procedimiento. Naturalmente que no se intenta dotar de esencia al fenómeno con la sola mención del nombre, es

decir, éste es elegido arbitrariamente y su empleo requiere la convención doctrinal. Pero logradas estas condiciones, los resultados justifican ampliamente el nuevo tratamiento.

Por lo dicho, la caracterización del incidente se debe efectuar a partir de dos datos precisos: una interferencia en la normalidad del trámite que se comenta, y una similitud o paralelismo de actos o, por mejor decirlo, de relaciones jurídicas. La interferencia impone la afectación, cabe sostener que abre un paréntesis en el trámite. La similitud indica que incide un instar en la serie formada por otro instar. Queda así descartada la posibilidad de que se confunda el incidente con la cuestión ajena al trámite, de modo que, por ejemplo, el levantamiento de un embargo precautorio, no puede significar un incidente procesal, porque no interfiere con el accionar y sólo es algo conexo al pretender.

Si la hipótesis de tramitaciones que se siguen necesariamente por cuerda separada no puede ofrecer mayores obstáculos a su exclusión del campo de los incidentes, y el supuesto de la sucesión obviamente ya no incide sino que simplemente sigue, sólo quedan por restar los casos de traslado y de cuestiones previas en la sentencia.

La sustanciación por cuerda separada formará todo un rubro que ha de analizarse posteriormente, y por ello no se insiste más en su naturaleza jurídica. Otro tanto puede decirse de la sucesividad, que viene a explicar la continuidad procedimental frente a la autonomía del proceso. En cuanto al traslado, confronta ciertas complejidades que incluyen la cuestión prejudicial y la vía impugnativa, de manera que es forzoso reservar un apartado especial para su tratamiento.

El problema de las cuestiones previas ha venido aludiéndose en anteriores análisis [490] y con posterioridad se volverá a tratar. Pero ahora, desde el ángulo de la incidencia, es conveniente advertir que su ubicación no es siempre el acto de sentenciar. La denominación artículos de previo y especial pronunciamiento, indican Alcalá Zamora y Levene hijo, [491] equivalen en el derecho español a las excepciones dilatorias en materia civil, por cuanto son objeto de una decisión anterior a la cuestión de fondo y su tramitación suspende la marcha del proceso. Pero en lo civil se proponen después de formulada la pretensión en la demanda y antes de la contestación, mientras en lo penal caben en cualquier estado del sumario y después de terminada la instrucción, pero antes de que se formule la pretensión punitiva del plenario. Como ejemplos se mencionan la falta de competencia, falta de personalidad, falta de derecho para pretender sentencia, el caso juzgado, amnistía o indulto, la litispendencia, la condonación o perdón del ofendido, prescripción del derecho; y de ellas se dice

490 Supra Nº 167.

491 *Derecho procesal penal*, T. II, pp. 397 y ss.

que son perentorias: el caso juzgado, la condonación o perdón del ofendido, la prescripción y la amnistía; y son dilatorias la incompetencia, la falta de personalidad, la falta de derecho y la litispendencia.

Si se recuerda el fenómeno de la condicionalidad,[492] se tendrá presente que este cúmulo de cuestiones ha sido considerado desde dos puntos de vista: el positivo que Bülow denominara presupuestos y el negativo que las leyes han venido denominando excepciones dilatorias. Pues bien, largo ha sido el camino para determinar si estas cuestiones atañen sólo a la constitución de la relación procesal, si pueden presentarse respecto a la continuación o desarollo de la serie y si son atinentes también al fondo del conflicto. Porque la técnica legislativa ha seguido todas estas soluciones, es factible encontrar la incidencia de las cuestiones en diversos momentos, inclusive en el acto de sentenciar, como acontece con la prescripción.

Lo más interesante es observar que el nombre de cuestiones previas se enlaza a los vocablos incidentes, artículos de previo y especial pronunciamiento y a los presupuestos materiales de la sentencia de fondo, como les denomina Devis Echandía.[493] Posiblemente, si se mira a una especial legislación, resultará que no hay más dificultades para clasificar las cuestiones, que las provenientes de su particular tramitación. Pero al llevar el tema al ámbito comparado y al teórico, la problemática aumenta.

Esta es la situación que obliga a repensar el tema. Por ejemplo, muchas de las llamadas excepciones dilatorias, por el artículo 35 del código procesal civil distrital mexicano, son cuestiones previas a resolver en el fallo, como las obligaciones sujetas a plazo o condición, la quita, la espera, el pacto de no pedir, etc. En este momento, se diría que la calidad de incidente queda definitivamente descartada, porque no puede interferir en el desarrollo de la serie con un argumento que debe ser estudiado al sentenciar, acto que se presenta cuando el proceso ha concluido. Pero acontece que se ha dado la misma calidad a otras cuestiones, como la competencia, la falta de personalidad o la improcedencia de la vía. Se está ahora ante condiciones del accionar que, obviamente, pueden analizarse **in limine litis,** como cabe hacerlo avanzada la serie y en un momento determinado a la manera del **despacho saneador,** y todavía cabe que se efectúe en todo momento al tenor del código procesal civil federal mexicano. No habría, por tanto, razón teórica suficiente para prohibir que se revisaran en el acto de sentenciar y, si se ha llegado al proceso impugnativo, en segunda instancia y hasta en vía de control constitucional del amparo.

He aquí las dificultades, pero al mismo tiempo las bases para la solución. De **lege ferenda,** no es la técnica de un código en concreto lo que

492 Supra Nº 127.
493 Op. cit., pp. 324 y ss.

puede impedir una solución teórica. Ni siquiera la historia del derecho procesal y ni la misma comparación de legislaciones. La teoría urge un razonamiento lógico, y en este sentido, se debe optar por cualquiera de estas soluciones: o se consideran entre las cuestiones previas a las vinculadas con la pretensión conflictiva, dejando el resto para el más amplio campo de las excepciones; o se denominan las cuestiones por el momento en que se deciden.

Parece lo más adecuado atender a la relación entre el problema y la materia afectada. Las cuestiones previas han de vincularse con la pretensión conflictiva y referirse al debate como el antecedente que ha de resolverse, antes de pasar al **thema decidendum.** Si esta cuestión previa, por razones de política legislativa, se estudia en momento procesal anticipado, como acontece con el caso juzgado, entonces se podrá decir que se ha impuesto el principio de economía procesal; pero no se dudará de su calidad de cuestión previa, enlazada al debate.

De esta manera, los artículos de previo y especial pronunciamiento, son decisiones que sólo tienen de común una anticipación al fallo. En ellas, por obra de criterios legislativos variables en el tiempo y en el espacio, se suelen incluir condiciones procesales como la competencia o la personalidad, dentro de cuestiones previas como la prescripción, y aún el caso juzgado.

Lo que parece impresionar a la doctrina, es el hecho de que una excepción pueda conducir a la finalización anticipada del proceso, como sería la incompetencia absoluta, por ejemplo, si dos súbditos extranjeros debaten un problema de divorcio en México sin estar domiciliados en el país. Pero esto no debe confundir, porque se tratará siempre de un problema de excepción procesal y no de una cuestión previa, propia del fondo mismo del juicio. Queda ahora por determinar si las excepciones conducen o se asimilan a los incidentes o a los artículos de previo y especial pronunciamiento.

i) No es probable que se arribe adecuadamente al concepto de incidente, si no se va desbrozando el camino erizado de cuestiones que en algún régimen o en cierta tesis, se han vinculado con aquél. Pero tampoco se debe caminar sobre conceptos que parecen entrecruzarse dando la sensación de insuficiente caracterización. Esto último es lo que pasa al hablar de las cuestiones previas. Relacionadas con el fondo u objeto del proceso: el debate, su descripción emparienta con las cuestiones prejudiciales,[494] y si no se insiste en la diferencia que les separa, podrá complicarse la comprensión fatalmente.

494 Supra Nº 167.

j) El incidente es una divergencia en la serie principal, pero a esta primera nota han de añadirse las que luego se han mencionado: la divergencia no es definitiva sino convergente; además, la instancia divergente refiere una cuestión atinente a las condiciones de la serie principal, y por último, sólo puede presentarse durante el desarrollo de la serie.

Se puede ver que cada uno de estos datos es susceptible de combinación con otros, lo que originaría una figura procesal distinta. Así, hay divergencias en la serie principal que no son posteriormente convergentes: se trata de los desplazamientos, tanto por razón prejudicial como por escisión de procesos.

Cuestiones atinentes a la condicionalidad procesal se pueden presentar antes y después de la serie. Toda la obra de Bülow se destinó al estudio de lo que llamara presupuestos procesales, que en su opinión eran tema de un proceso preliminar como la fase **in jure** romana. Igualmente, construcciones como la casación o el amparo por violaciones al procedimiento, pueden referirse a cuestiones relativas al instar, las que se hacen valer con mucha posterioridad a la sustanciación.

Por último, también las cuestiones prejudiciales son ejemplo de problemas referentes a la pretensión y no a la instancia; y no sólo ellas, sino muchas de las llamadas excepciones dilatorias miran a la pretensión, como el pacto de no pedir, la excusión, la división, etc.

Esta observación explica el fenómeno de equivocidad en los términos invariados hasta ahora, y al propio tiempo aconseja prudencia al considerar los datos aislados y las combinaciones resultantes. Si esto se logra, podrá advertirse que hay datos que van invariados en construcciones independientes entre sí. La palabra **cuestión,** va unida a previa, prejudicial, artículo o incidente; por otro lado se le lleva al debate y a la sentencia, de manera que se dice correctamente que ésta decide sobre las cuestiones del debate.

Es, pues, la unidad compleja lo que puede mostrarse con autonomía y univocidad. Sería inútil discutir si el incidente es previo y nada más. Se podría responder que hay otras figuras previas, por lo que el dato aislado no define el fenómeno.

También con esta aclaración, se puede apreciar que las restantes notas se adecúan a nuevas figuras, y que el artículo de previo y especial pronunciamiento atañe a una cuestión previa. Como la identidad del incidente está sostenida por la unión de las notas, y esto le hace ser una figura compleja; a poco que se borre cualquier dato, se estará hablando de algo que no es incidente. Por ejemplo, no triunfaría una tesis que quisiera caracterizar al incidente por la sola cuestión, primero debido a que en las legislaciones no hay unidad de tratamiento para las cuestiones que suelen mencionarse como contenido de los incidentes,

Las cuestiones prejudiciales también se vinculan con el debate, toman asiento en un dato de la pretensión, específicamente en un elemento de eficiencia, como puede ser un documento que se ataca de falso y que se ha aportado para acreditar un hecho o un derecho, base de la susodicha pretensión. Pero la prejudicialidad atañe a un estado de hecho discutido que necesita decisión judicial, y que en determinadas condiciones, conduce a la escisión, en tanto que en otras lleva a la acumulación por continencia. Ese estado de hecho es, respecto al calificado de principal o verdadero fondo del debate, lógicamente precedente, necesitado de judicación autónoma y vinculado con el principal de manera forzosa, como lo ha ha puesto en evidencia Foschini.

Si se le contrasta con la cuestión pevia, se encuentran diferencias que no pueden permitir la confusión. Esta última no puede ser desglosada del proceso para llevársela a otro juzgador, no tiene con la pretensión debatida una consistencia autónoma. Lo previo atañe únicamente a las condiciones de eficiencia del título discutido, como el plazo determinado para exigir la prestación, el dato de la división o de la excusión, etc. Es cuestión previa la que corresponde a determinar si la obligación está sujeta a condición suspensiva.

La nota de anticipación es común denominador en todos estos casos, aparece en los llamados artículos de previo y especial pronunciamiento, en las dichas cuestiones previas y en las mencionadas cuestiones prejudiciales. Pero en cada extremo va determinando el carácter de la figura un dato más, intransmisible a los otros fenómenos. Así, en la prejudicialidad lo es la autonomía del estado de hecho necesitado de resolución anterior. En la cuestión previa la circunstancia de tratarse de un factor de eficiencia, una condición atinente a la pretensión de fondo debatida. Y en lo tocante al artículo de previo y especial pronunciamiento, lo relevante se encuentra en su índole procesal, es decir, específicamente ligada a la relación formada por el instar proyectivo que incluye la jurisdicción y sus condiciones, y la reacción y sus condiciones. Condicionalidad de la proyectividad se podría decir escuetamente, para hacer referencia a dichos artículos, y si al repasar la nómina que ofrece la doctrina, se encuentra que hay expresiones que no llenan estas descripciones, es porque se han efectuado transposiciones probablemente no queridas o percibidas por los autores, como cuando se califica de artículo de previo y especial pronunciamiento a la prescripción, que es una cuestión previa típica, porque se trata de una condición de eficiencia de la pretensión. Pensar que se puede calificar de cuestión semejante a uno de estos artículos al perdón del ofendido es, manifiestamente, olvidar que al lado de todo este elenco hay algo que ahora se indaga y que debe denominarse incidente procesal.

y luego porque teóricamente, nada exige que una determinada cuestión se incluya en el rubro de los incidentes o se pase a las condiciones de admisibilidad de la demanda, como sucede con la competencia, que puede sustanciarse incidentalmente o decidirse **in limine litis.**

Una tarea posterior, de **lege ferenda,** podrá ser la sistematización de los incidentes. Pero su consecución depende del estudio de las otras figuras ya mencionadas. Por ahora basta sentar las bases, reservando para el final este cometido.

177 Desplazamientos y sucesiones procedimentales.

La idea del proceso como un mal necesario ha sido expresada muchas veces, y al elaborar sus leyes sobre organización, procedimientos civiles y ejecución para Austria, Klein pensó eliminar toda complicación que pudiera alargar la sustanciación. Su idea tuvo en la práctica verdadera realización, y hoy en día aún se le muestra como uno de los mejores ejemplos de buena legislación.

Si a ese mal necesario que es el proceso, se le añaden complicaciones de toda índole: medios dilatorios, problemas anexos y conexos, salidas y escapes no previstos o no remediados por la ley; el proceso se convierte en tormento, una enfermedad que sufren muchos pueblos secularmente, al grado de que se diría que es propio de su idiosincracia el vivir los procesos como verdaderos pleitos, combates donde la argucia y el ingenio son las mejores armas. La dolorosa experiencia muestra un fenómeno que sería increíble para el filósofo, para el lógico o simplemente para el académico, si no fuera porque éste debe atender en todo momento la práctica, a fin de no elaborar concepciones tan abstractas, que parezcan producidas en tubos de ensayo.

Es reconfortante la investigación comparada, porque en ella se pueden encontrar procesos de gran simplicidad, y aunque sea forzoso reconocer que estos resultados no dependen exclusivamente de la normatividad positiva, sino que en mucho influyen los hombres y las circunstancias, de cualquiera manera se tiene que admitir que el procedimiento heredado del régimen romano canónico, no es ni el más apropiado a la civilización actual, ni el que debe subsistir en los países hispánicos.

De las circunstancias se ha hablado ya,[495] y se ha mostrado su importancia. Quien desee emprender la labor legislativa tendrá que tomarlas en cuenta y modificar en lo posible, económica y socialmente, el estado de cosas. Pero también se deberá cuidar el aspecto puramente normativo, y en este campo, no se pueden remediar los males, si se desconocen las implicaciones técnicas, si no se prevén las posibles complicaciones por los desajustes normativos o meramente por las deficiencias de invariación.

495 Supra Nº 111.

Incidencias, desplazamientos, sucesiones procedimentales y, luego los accidentes que vienen al proceso, son otras tantas eventualidades, conocidas desde tiempos remotos y que deben limitarse al máximo. Pero a tal fin, es indispensable conocerlas y determinar su razón de ser, porque bien podría suceder que deseando extirpar un perjuicio, se consiguiera algo más lamentable como sería una denegación de justicia, o por lo menos una inadecuada tramitación que podría hasta conducir a decisiones inoperantes, discutibles o francamente ilegítimas.

Se ha establecido un primer concepto: el de los incidentes, procedimientos divergentes que posteriormente convergen en la serie principal, y que se refieren a cuestiones atinentes al instar básico, presentadas durante el mismo desarrollo de dicha serie principal. Más tarde se volverá sobre el elenco de estas cuestiones, para averiguar si debe conservarse su trámite incidental o si conviene llevarlas a otra construcción.

Quedan, entonces, dos temas importantes: los desplazamientos y las sucesiones procedimentales, que serán objeto del presente análisis, dejando para otro lugar el de los accidentes.

a) Desde luego, el desplazamiento es una remisión, un salto hacia un procedimiento que puede desarrollarse paralelamente al principal o suspender éste mientras el desplazado se sustancia. Está indicado que las construcciones de que ahora se habla, pueden tener varios puntos de coincidencia, pero en todo caso será parcial, nunca total ya que ello conduciría a un caos técnico.

Para centrar la atención evidencialmente, es recomendable observar algunas manifestaciones del derecho positivo, y obviamente, ha de acudirse de una manera preponderante a la legislación procesal mexicana. Inicialmente está indicado hacer un acopio de diversos casos en los que el desplazamiento como simple envío se presenta, pero más tarde se tendrá que distinguir frente a la sucesión procedimental.

Así, hay un verdadero trasplante del litigio, cuando según el artículo 7º del código distrital mexicano, si el demandado paga la estimación de la cosa, puede, a su vez, pretender la reivindicación. Aquí no se presenta una acumulación, por el simple hecho de que uno de los procesos termina al efectuarse el pago.

Las fracciones II y III del artículo 35 de esta ley, consideran como excepciones dilatorias a la litispendencia y a la conexidad de la causa. De prosperar la llamada excepción, lo dispuesto por los artículos 38 y 39 siguientes, implica una acumulación si los expedientes están dentro de juzgados con el mismo tribunal de apelación, o la conclusión del proceso en caso contrario. Si bien la litispendencia no consigue una continuación procesal, la conexidad muestra un desplazamiento interprocesal.

Desplazamiento hay en el campo de las cuestiones prejudiciales, y el artículo 345 la regula para cuando se sostiene la falsedad de un documento de influencia notoria en el pleito, debiendo observarse las disposiciones de la ley procesal penal. Hay, además, una interrupción del proceso en lo civil.

Nueva manifestación de desplazamiento se mira en el supuesto en que se utilice el llamado recurso de responsabilidad, conforme a lo previsto por el artículo 429. El desplazamiento llevaría a un proceso en el que se exigirá del juzgador una reparación patrimonial o que se le sancione en los términos de los artículos 728 a 737.

El artículo 610 habla de la posibilidad de celebrar el compromiso arbitral antes del juicio, durante éste y después de sentenciado. Como el arbitraje en el código es un verdadero proceso, el segundo caso entraña un efectivo desplazamiento interprocesal.

El compromiso termina, dice el artículo 622, por muerte, excusa, recusación o nombramiento de juez recaído en árbitro. Obvio es que al transportarse el litigio hacia el juez estatal, se efectúe un desplazamiento de proceso a proceso, con la única salvedad de que en este caso, el truncamiento del primero no es motivado por el desplazamiento sino la causa de éste.

Así como el artículo 172 se refiere a la recusación del juez, el 623 alude a la del árbitro; pero la consecuencia no es como en aquél, un desplazamiento orgánico interno, sino interprocesal, porque, según lo estipulado por el artículo 629, de las excusas y recusaciones de los árbitros conocerá el juez ordinario sin ulterior recurso. Por cualquier extremo que se contemple el fenómeno, el tránsito es de proceso a proceso, del arbitral al judicial y del fallo al juicio de responsabilidad.

En relación con el derecho de hacer valer las defensas que tenga el contumaz, aun después de la primera instancia, siempre que se trate de acreditar el impedimento insuperable, el artículo 649 manda que se tramite sumariamente un llamado **incidente** por cuerda separada, sin más **recurso** que el de responsabilidad. Si el desplazamiento es intraprocesal, en cambio el **recurso** conduce al interprocesal.

Dice el artículo 651 que se admitirá la apelación extraordinaria interpuesta contra la sentencia por el contumaz en los términos de los artículos 717 y siguientes. Esta impugnación tiene reglas muy particulares, probablemente porque proviene del viejo **incidente** de nulidad, transformado sucesivamente en **incidente** de nulidad por vicio de procedimiento y en recurso de casación. De cualquiera manera, como la interposición del **recurso**, al tenor del artículo 718, sirve de demanda y el tribunal ha de oír a las partes con los mismos trámites del juicio sumario, se conforma un desplazamiento del proceso original al excepcional en el que se pretende la anulación del primero.

Toda la regulación que contienen los artículos del 717 al 737, se refiere a la sustanciación de los desplazamientos interprocesales causados por la apelación extraordinaria y el juicio de responsabilidad. En cuanto al recurso de queja, puede representar un desplazamiento interprocesal o uno intraprocesal según los casos.

En el título de justicia de paz, el artículo 23 configura un desplazamiento al ordenar que contra las resoluciones pronunciadas por los jueces, no se da más **recurso** que el de responsabilidad.

b) En este cuerpo legal mexicano, se observan distintas maneras de efectuar el traslado de los problemas sobre la actividad judicial, lo mismo cuando se refieren al proceso que a otro procedimiento. Por circunstancias de economía, continencia, urgencia o simplicidad, es frecuente que en un proceso aparezca un procedimiento administrativo y viceversa, y no en una sino en varias ocasiones. Además, los procedimientos administrativos están dotados de recursos que originan una doble instancia que puede complicarse a cada momento. Bastaría revisar el Código Fiscal de la Federación, la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, el Código Aduanero o el Código Agrario, para confirmar que hay procedimientos administrativos con recursos que conducen a una doble instancia. Esto previene frente a la terminología legal y exige que la significación de cada término técnico se verifique doblemente, en la teoría y en la técnica. En lo que sigue, se podrán encontrar hipótesis de desplazamiento, reguladas por el código procesal civil distrital mexicano, que atañen a simples procedimientos combinados con verdaderos procesos.

El artículo 502 expresa que cuando las transacciones o los convenios se celebren en segunda instancia, serán ejecutados por el juez que conoció en la primera. Aun cuando entre ambos juzgadores haya liga orgánica, los actos de ejecución ya no son procesales sino procedimentales, por lo que ha de hablarse de un desplazamiento de proceso a procedimiento coactivo.

El artículo 504 indica que la ejecución de las sentencias arbitrales se llevará a cabo por el juez competente designado por las partes, y en su defecto, por el juez del lugar del juicio. No puede engañar la cualidad de juez que tiene el ejecutor ni negar el desplazamiento.

De conciliación habla el artículo 675, y tanto en la audiencia que menciona para el divorcio necesario, como en la segunda que impone el 676, se obliga al juez a buscar una solución autocompositiva, operando en función diversa a la mera jurisdicción.

c) No es exclusivamente del proceso que surge el desplazamiento; en lo civil como en lo penal, suelen anticiparse procedimientos de otra índole, que luego van a la serie proyectiva con diversos efectos. Bueno

será recordar que, al menos por lo que respecta a las medidas cautelares, también llamadas providencias precautorias, medios preparatorios, y en este código distrital, calificadas de actos prejudiciales, en realidad se trata de procedimientos que están regulados con la intención de que tarde o temprano se reúnan documentalmente con el proceso.

Ya Alcalá Zamora y Castillo,[496] ha dicho que las relaciones incluidas en el título quinto del código distrital, o no son precautorias o les falta autonomía, pues se hallan subordinadas a la ejecución, cuya efectividad tienden a garantizar, y en ocasiones se refieren a ciertos actos de la fase de conocimiento, como el aseguramiento de prueba.

Pues bien, además de los desplazamientos que implican los procedimientos anteprocesales, hay manifestaciones del mismo fenómeno en diversas situaciones, desde cuando el artículo 71 indica que para sacar copia o testimonio de cualquier documento de los archivos o protocolos se requiere decreto judicial, que no se dictará sin conocimiento de causa y audiencia de parte, y si no la hay con la del ministerio público; trámite que propicia el desplazamiento por la posible oposición del interesado, hasta cuando el artículo 200, incluido en los procedimientos paraprocesales, ordena que si el tenedor del documento o cosa mueble fuere el mismo a quien se va a demandar y destruyere, deteriorare u ocultare el objeto, o bien con dolo o malicia dejare de poseerlo, además de satisfacer los daños y perjuicios, estará sujeto a la responsabilidad criminal en que hubiere incurrido. Si alegare causa justa para no hacer la exhibición, se le oirá sumariamente. De manera que, tanto para el supuesto de la responsabilidad criminal, como para la audiencia de su justificación, el procedimiento cautelar se desplaza hacia un proceso.

En conexión con el depósito de persona, como medida cautelar, el desplazamiento está regulado en el artículo 213, por la posibilidad de reclamar sobre el depósito de los hijos que tienen los consortes, trámite que se hace y decide sumariamente y que es, obviamente, distinto a la medida cautelar.

Cuando el instrumento que sirve para preparar la pretensión ejecutiva contiene cantidad ilíquida, dice el artículo 214 que puede prepararse el procedimiento siempre que la liquidación se realice en un plazo de nueve días. Como la liquidación se realiza mediante un escrito de cada parte y la resolución del juez sin más recurso que el juicio de responsabilidad, quedan abiertas las puertas para sendos desplazamientos.

496 *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal*, publicaciones de la Universidad de Honduras, 1950, p. 11.

El artículo 252 establece que el afectado con la resolución cautelar, puede reclamarla en cualquier tiempo antes de sentencia ejecutoria. Como la medida puede tener efecto antes o después, es posible que acceda al proceso.

El artículo 253 concede al tercero cuyos bienes han sido secuestrados en el procedimiento cautelar, un recurso de reclamación; y al convertirse en accionante este sujeto, al desplazamiento obliga a un proceso sumario.

El artículo 451 estipula que cuando la pretensión ejecutiva se ejerza en relación a cosa cierta y determinada o en especie, si hecho el requerimiento de entrega, el deudor no cumple, se pondrán los bienes en secuestro judicial. Si la cosa ya no existe, se embargarán bienes que cubran su valor, fijado por el ejecutante más los daños y perjuicios y el juzgador podrá moderar la cantidad. Ahora bien, el ejecutado puede oponerse a tales valores y rendir prueba. Nuevamente hay un desplazamiento hacia un proceso que, no por demasiado sumario, deja de tener la bilateralidad de la audiencia que falta en el que le antecede.

Fuera del proceso también, es la oposición que se hace el deudor al embargo por daños y perjuicios o a la pena que se le impone cuando el hecho a que estaba obligado lo realiza un tercero, caso que considera el artículo 449, en su fracción V.

Caso semejante se encuentra en el artículo 453 que manda emplazar al deudor, una vez hecho el embargo en el procedimiento ejecutivo, para que en un plazo de cinco días acuda a hacer el pago o a poner excepciones y defensas. El procedimiento que nace con el auto de exeqüendo o de ejecución, es diferente al verdadero proceso que se integra con la sección principal. El cuaderno accesorio se tramita por cuerda separada y no admite el conocimiento ni la decisión del litigio principal, sino de incidentes nacidos en la misma ejecución, los que resueltos no tienen más recurso que la queja, la que en este caso funciona también como otro desplazamiento hacia un proceso.

En el capítulo relativo al juicio hipotecario, la situación es similar. El artículo 460 establece que presentado el escrito de demanda con el instrumento respectivo, el juez ordenará la expedición y fijación de la cédula hipotecaria, y mandará se corra traslado al deudor para que conteste dentro de los cinco días siguientes. Por ende, entre el procedimiento de ejecución y el proceso se advierte un tránsito.

El deudor tiene la facultad de oponerse a la venta del bien hipotecado fuera de juicio, dice el artículo 488 que alude al 2916 del código civil. La oposición lleva a un proceso sumario, como acontece en el caso de los acreedores posteriores que aleguen prescripción.

Al regular el desahucio, el artículo 490 ordena que presentada la demanda, el juez que dicte el auto requiriendo al arrendatario para que justifique estar al corriente en el pago, al no hacerlo, se le prevenga desocupe la finca, y también se le emplazará para que dentro de cinco días oponga las excepciones y defensas que tuviere. He aquí otro desplazamiento hacia un proceso.

De acuerdo con el 515, si la sentencia no contiene cantidad líquida, la parte favorecida, al promover ejecución presentará su liquidación, de la que se dará vista por tres días a la parte condenada. La inconformidad de ésta da lugar a un desplazamiento semejante al del artículo 451.

Según el 518, cuando el ejecutante optare por el resarcimiento del daño, se embargarán bienes del deudor. Cuando éste reclame la ejecución surgirá un desplazamiento a sustanciar según el artículo 515.

Si el deudor fuere condenado a rendir cuentas, se presentará un desplazamiento, porque el ejecutante puede impugnar las partidas, y uno más cuando el obligado que no las rinda en el plazo, impugne el monto de la ejecución, al tenor del artículo 522.

Contra la ejecución de sentencias y convenios judiciales se admiten excepciones y defensas relativas al plazo transcurrido y según las reglas del 531. Ya no es posible dudar del desplazamiento, porque de la ejecución, alejada poco o mucho en el tiempo de la sentencia, se da lugar a un proceso, en el que, inclusive, el litigio puede configurar una situación diferente a la juzgada en el primer juicio.

Durante la subasta no existe más recurso que el de responsabilidad. Ya se ha visto que estos actos son de un procedimiento independiente al proceso, y de ahí que cuando se establece el enjuiciamiento por responsabilidad hay un nuevo desplazamiento, pero ahora del procedimiento de ejecución al proceso, como se observa en la regulación del 527.

Si el acreedor opta por la administración de la finca embargada, debe rendir cuentas, y si el deudor no está conforme con ellas, las discrepancias son resueltas en un proceso sumariamente, de donde el artículo 596, fracción IV, configura otro desplazamiento.

Traducida la ejecutoria extranjera, dice el artículo 607, se presentará al juzgado competente para su ejecución, pero antes habrá de formarse artículo para examinar su autenticidad y si conforme a las leyes nacionales debe ser ejecutada. El desplazamiento lleva a un juicio sumario

El artículo 740 indica que el deudor puede oponerse al concurso necesario dentro del tercer día y la oposición se sustanciará por cuerda separada sin suspender las medidas a que se refiere el anterior. Esto muestra que el desplazamiento hacia un juicio sumario deriva de un procedimiento en el que no existe impulso procesal de dos sujetos.

Caso semejante es el regulado por el artículo 749, ya que el crédito verificado puede ser objetado por cualquier acreedor a su costa y mediante los trámites establecidos para los enjuiciamientos sumarios y por cuerda separada. Inclusive, en este precepto el litigio se establece entre dos partes, ninguna de las cuales es el deudor mismo.

También en el artículo 750 aparece el desplazamiento cuando uno o más créditos admitidos por la mayoría de los sujetos del concurso, fueren objetados por el deudor, por el síndico o por alguno de los acreedores, ya que, verificados provisionalmente, puede tramitarse la cuestión sobre su legitimidad por cuerda separada y en enjuiciamiento sumario. Y la oposición, con el desplazamiento, aparece también en el artículo 753, si el deudor común objeta la adjudicación de sus bienes en copropiedad.

Ya se ha visto que una nueva contienda puede entablarse entre los mismos acreedores, y en el caso del artículo 765, éstos pueden objetar las cuentas del síndico, lo que da lugar a un desplazamiento que se sustancia sumariamente.

El artículo 782 expresa que iniciado el procedimiento sucesorio, si los herederos son mayores de edad, pueden encomendar a un notario la formación de inventarios, avalúos, liquidación y partición de la herencia. Si hubiere oposición se sustanciará sumariamente ante el juez que previno.

En forma paralela el artículo 797 establece que si el testamento no es impugnado ni si objeta la habilidad jurídica de los interesados, el juez reconocerá como herederos a los que estén nombrados, en las porciones que les correspondan. Pero este trámite se desplaza hacia un proceso cuando surge la impugnación, sea a la validez del testamento o a la habilidad de algún heredero, sustanciándose el juicio ordinario correspondiente.

En relación con los intestados, el artículo 803 indica que practicadas las diligencias de prueba del parentesco de los descendientes con el finado, sin más trámites dictará el juez el auto en que declare, si lo estima procedente, la condición de herederos. Pero si denegare la declaración, se provocará un desplazamiento para que los derechos reservados a los pretensores se hagan valer en proceso ordinario.

El mismo procedimiento se emplea para la declaración de herederos **ab intestato,** cuando lo solitan ascendientes del finado o el cónyuge supérstite, dice el artículo 804; por tanto, para la declaración denegatoria se configura un desplazamiento más.

El artículo 811 da lugar al desplazamiento cuando los derechos de heredar son controvertidos. El segundo párrafo expresa que si fueren dos o más aspirantes a la herencia, los impugnadores harán de demandantes y los impugnados de demandados. Esta controversia, sustanciada suma-

riamente con la intervención del ministerio público, permite que, inclusive, el legislador defina la calidad de los accionantes en el proceso que se integra posteriormente.

Después de los plazos que conceden los artículos 807 y 808, según el 813, no serán admitidos a la sucesión quienes se presenten a deducir derechos hereditarios; pero como les queda a salvo el medio procesal de hacerlos valer en contra de quienes fueron declarados herederos, el desplazamiento es ineliminable.

Si todos los interesados aprobaren la cuenta de administración o no la impugnaren, será también aprobada por el juez; pero habrá un desplazamiento cuando, en los términos del artículo 852, los interesados no estuvieren conformes. La jurisprudencia ha señalado que la rendición de cuentas puede presentarse después de haber terminado el procedimiento respectivo y, en tal supuesto, ha estimado que la inconformidad debe resolverse en enjuiciamiento sumario, esto es, se coincide con la idea del desplazamiento.

En el capítulo relativo a la liquidación y partición de la herencia, ordena el artículo 855 que presentado el proyecto, el juez mandará ponerlo a la vista de los interesados, y si éstos no estuvieren conformes, se sustanciará el consabido desplazamiento.

El procedimiento para la partición de los bienes de la herencia puede transformarse en un proceso por la oposición de los acreedores hereditarios legalmente reconocidos o de los legatarios de cantidad, alimentos, educación y pensiones, mientras no se les garantice o pague según lo establecido por el artículo 867.

En la tramitación por medio de notario puede surgir la oposición de algún aspirante a la herencia o de cualquier acreedor; según el 875, el notario suspenderá su intervención y se aplicará el 782 ya mencionado y con su respectivo desplazamiento hacia el juez estatal.

En la mal llamada **jurisdicción** voluntaria, el desplazamiento se prevé en el artículo 896, que ordena que cuando surja oposición de parte legítima, debe seguirse el trámite sumariamente o conforme al establecido para el juicio que corresponda, si la oposición se funda en la negativa del derecho del que promueve el juicio.

Para el caso del nombramiento de tutores y curadores, el artículo 905 estipula un desplazamiento por la oposición entre el peticionario y el tutor interino. El menor puede oponerse también al nombramiento que hace la persona que sin ser su ascendiente le instituye heredero o legatario, si tuviere dieciséis años o más según el artículo 907. Estos desplazamientos llevan al proceso.

Sobre la rendición y aprobación de cuentas de los tutores, el artículo 912 ofrece en su regla cuarta otro ejemplo, ya que la sentencia que las desaprueba puede ser impugnada por el ministerio público, los demás interesados y el curador y contra el auto de desaprobación pueden apelar el tutor, el curador y el ministerio público. Aún más, si se objetaren de falsas algunas partidas, se sustanciará el incidente por cuerda separada con sólo los objetantes, el ministerio público y el tutor. La contienda en cada caso exige la conformación del proceso, porque la rendición de cuentas está incluida en la dicha **jurisdicción** voluntaria.

La impugnación de la adopción y su revocación no pueden promoverse en diligencias de **jurisdicción** voluntaria; por tanto, conforme al artículo 926, la cuestión se desplaza para su estudio y decisión hacia un verdadero proceso.

El artículo 927, relativo a las informaciones **ad perpetuam,** del mismo título de **jurisdicción** voluntaria, establece que se recibirán con citación del ministerio público, y en su caso, con la del propietario o los demás partícipes del derecho real. Estos sujetos pueden tachar a los testigos por circunstancias que afecten su credibilidad. Si ello aconteciere, el negocio debe seguirse en procedimiento sumario o conforme a los trámites del juicio que corresponda, ya que según el artículo 896, cuando a la solicitud se oponga parte legítima, la información, como prueba para futura memoria, se transladaría al proceso.

La fracción V del artículo 936, expresa en su segundo párrafo que las cuestiones respecto a las cuales hubiere oposición, impedirán el deslinde y la fijación de señal alguna, mientras no haya sentencia ejecutoria que las resuelva, o sea, mientras el problema desplazado hacia un proceso no alcance el acertamiento jurisdiccional.

El artículo 3 del título de justicia de paz, indica que, a pesar del dictamen del perito nombrado para conocer el valor de la cosa demandada o del interés del pleito, el demandado podrá pedir que se declare que el negocio no es de la jurisdicción de paz por exceder a la cuantía legal. Como en tal caso aparece un **incidente** y el juez oye la exposición de ambas partes antes de continuar el procedimiento, en realidad el dictamen se efectúa como el acto de un auxiliar del juez, previo al verdadero proceso, de ahí que la actividad restante sea el resultado de un desplazamiento hacia éste.

El artículo 35 del mismo título, concede al tercero perjudicado con la ejecución de la sentencia, la facultad de acudir al juez y presentar pruebas con audiencia de las partes. El **incidente,** aunque sustanciado sumarísimamente, es de plano un desplazamiento hacia el proceso.

d) Si lo extenso de las reglas que se aplican para desplazamientos de un sector procedimental a un proceso y viceversa, no fuera justifi-

cación bastante para llamar a este código de procedimientos, con el análisis del articulado que sigue tendrá que aceptarse la denominación, y no porque ello sea un trasunto de la caduca escuela procedimentalista, sino en virtud de que el tema común en que pueden coincidir los trámites procedimentales de carácter administrativo o autocompositivo y las sustanciaciones procesales, es la imputación orgánica al judicial.

En este nuevo sector de desplazamiento procedimental se advierten dos categorías de fenómenos que explican su separación en tipos de diferente contenido. En el que ahora se observa, aparece una conducción de la situación procedimental judicial hacia una forma autocompositiva. Y el otro es semejante al tratamiento de los reacertamientos o recursos administrativos que llevan a la revisión jerárquica o control orgánico.

Así, en el título XIII, referente a los concursos, se encuentra el artículo 753 que prevé la posibilidad de que los acreedores celebren arreglos con el concursado, es decir, se trata de una autocomposición que lleva del procedimiento concursuario al convenio para hacer efectivos los créditos en las mejores condiciones posibles.

El artículo 788, incluido en el título de las sucesiones, expresa que la cuarta sección, llamada de partición, contendrá, entre otras cuestiones, los **incidentes** que se promuevan respecto a los proyectos de partición, y: los arreglos relativos.

En el caso de la transmisión hereditaria del patrimonio familiar, el artículo 871, en su fracción III, prevé las oposiciones de los interesados y ordena una junta a la que se convoca con una finalidad claramente conciliadora, por lo que, cuando se presenta la oposición, se procede al nombramiento de un contador oficial que actúa como partidor.

En materia de apeo o deslinde, el artículo 936, fracción IV, establece que si hay oposición de alguno de los colindantes respecto de un punto determinado, por considerar que conforme a sus títulos queda comprendido dentro los límites de su propiedad, el tribunal oirá a los testigos de identificación y a los peritos, e invitará a los interesados a que se pongan de acuerdo. La conciliación extraprocesal impide que se entre a la decisión, pues el juez está constreñido a abstenerse de hacer declaración alguna respetando la posesión de quien la disfrute.

El artículo 24, fracciones I y II, del título de justicia de paz, relacionado con la ejecución de sentencias, prevé una conciliación, y por ende, una mediación extraprocesal. El arreglo, no obstante que pueda llevar a un procedimiento de ejecución en contra del fiador, significa un desplazamiento del procedimiento coactivo a un excluyente procesal como es la conciliación.

e) En el sector de los recursos aparecen varias manifestaciones de desplazamientos procedimentales. Desde luego, el artículo 47 otorga al promovente el recurso de queja en contra del auto del juez que desconoce su personalidad y se niega a dar curso a la demanda. De este recurso se ha dicho que es especial o supletorio más que extraordinario; en realidad es simplemente administrativo o de control jerárquico, con la circunstancia de que ni siquiera se ha configurado la relación procesal.

El artículo 165 dispone que cuando dos o más jueces se nieguen a conocer determinado asunto, el perjudicado ocurrirá al superior para que ordene a quienes se niegan, le envíen los expedientes. La utilización de la queja muestra ya la naturaleza administrativa del recurso.

El artículo 195 en su segundo párrafo determina que contra la resolución que niegue la diligencia preparatoria procederá el recurso de apelación si fuere apelable la sentencia del juicio que se prepara o se teme. No obstante que se habla de apelación, es también un recurso administrativo, porque inclusive aún no se inicia el proceso.

El artículo 251 establece la revocación de la providencia precautoria si el demandante no acciona dentro de los tres días siguientes. Esta revocación, obtenida fuera de proceso, implica un claro recurso administrativo hasta por su terminología.

Se otorga al demandante el recurso de queja contra el decreto que niega la admisión de la demanda en el artículo 257. Otro tanto acontece con los ya mencionados artículos 47 y 165.

El artículo 475 expresa una situación idéntica a la del 460, si bien la repetición se explica porque ahora se trata del procedimiento hipotecario y antes del ejecutivo singular.

Si la condena fuere para dividir una cosa común y las partes no aceptaren las bases, pueden objetar el proyecto del perito nombrado por el juez. Como el partidor es el responsable de los actos impugnados, la disposición del artículo 515 es aplicable en este caso, según lo ordena el 523, de ahí que el desplazamiento importe un recurso semejante a la queja, o sea, administrativo.

Contra las resoluciones dictadas en la ejecución de una sentencia, si fuere interlocutoria, cabe el recurso de queja, en consecuencia, según el artículo 527, se realiza un desplazamiento para el control jerárquico.

El artículo 568 concede a los acreedores citados en virtud de aparecer en el certificado el gravámen del inmueble embargado, la facultad de recurrir al auto de aprobación del remate, según el artículo citado manda en su fracción II. Este recurso, utilizado por terceros ajenos al proceso, pero afectados por la ejecución, se sustancia en forma idéntica, tanto en el Código Fiscal de la Federación, como en la Ley de Ha-

cienda del Departamento del Distrito Federal, según las prescripciones que regulan la llamada fase oficiosa del procedimiento administrativo.

Cuando al deudor de buena fe se le conceden alimentos, porque el valor de los bienes excede al importe de los créditos, la resolución, aparecida en el procedimiento concursuario, puede ser impugnada conforme a lo establecido en el artículo 768. El recurso, en especial cuando el procedimiento concursuario es sin oposición, es decir, cuando en él no han incidido procesos verdaderos, muestra una clara naturaleza administrativa.

Si transcurriere el plazo de cinco días sin que los sujetos se opongan a los inventarios y avalúos, el juez los aprobará sin más trámites; pero si se dedujere oposición, se sustanciará en forma **incidental,** con una audiencia común a la que concurrirán los interesados y el perito que practicó el avalúo. Este artículo 825, configura un recurso de oposición contra el auxiliar de la autoridad.

El artículo 832 habla de la administración de los bienes del intestado y expresa que contra el auto que otorgue la posesión y administración al cónyuge, no se admitirá recurso alguno, pero contra el que la niegue cabe apelación en ambos efectos. En este caso el recurso no es sino un jerárquico administrativo.

Para que se declare que es formal el testamento privado, el artículo 887 otorga apelación al promovente y a cualquiera persona interesada si la declaración es negativa, y de la que acuerde la declaración la concede al ministerio público. En ambos casos falta la contienda entre partes y el recurso es jerárquico. Y otro tanto acontece con el supuesto de la declaración judicial en el testimonio militar, según el 889.

El artículo 898 expresa que las providencias de **jurisdicción** voluntaria pueden ser recurridas por el oponente. Como la impugnación debe ser resuelta por el superior, se da el caso del recurso jerárquico, sin que a ello obste que, según el 899, la apelación deba ajustarse a los trámites establecidos para los **incidentes,** porque si no hay contención entre accionantes, el recurso no puede ser procesal.

Para decretar la venta de bienes de los menores o inhabilitados, el artículo 916 exige la expresión del motivo de la enajenación y el fin a que debe aplicarse la suma que se obtenga. La **sentencia,** apelable en ambos efectos, da lugar a un desplazamiento procedimental del tipo de recurso jerárquico.

El artículo 32 del título especial de la justicia de paz, estipula nuevamente que los actos del ejecutor serán revisables por el juez. Se trata de mero control jerárquico.

f) Han quedado para una última mención, los casos de correcciones disciplinarias que establece el artículo 62, y que en cierta forma vienen

a emparentar con los medios de apremio y a coincidir en su ejecutividad con la vía de apremio de los artículos 73 y 500 respectivamente.

Aun cuando ni las correcciones disciplinarias, ni los medios de apremio se entienden como penas, la naturaleza del sacrificio que imponen, les asemeja a estas últimas, por lo mismo que, utilizando las invariaciones carneluttianas, el interés subordinado no es el mismo cuyo sacrificio se impone al justiciable o a terceros. [497]

De manera que en los tres casos se trata de actos de coacción judicial, en uno de los cuales incide el que Alcalá Zamora ha llamado proceso monitorio. [498] En efecto, según el artículo 63, dentro de los tres días de haberse hecho saber una corrección disciplinaria a la persona a quien se le impuso, ésta podrá pedir al juez que la oiga en justicia; y se citará para la audiencia dentro del tercer día, en la que se resolverá sin más recurso que el de queja.

Desde cualquier ángulo que se le contemple, este que injustificadamente ha sido llamado proceso, aunque carece de actos proyectivos, y con el calificativo de monitorio, lo que por sí elimina la bilateralidad de la audiencia, conforma un verdadero recurso adminisrtativo.

Queda, así, mostrado que el recurso administrativo se encuentra reglamentado en el código procesal civil, en la inteligencia de que se dalugar a otra queja contra la resolución emitida en el dicho monitorio.

g) Se ha tomado al código procesal civil distrital mexicano, como pudo tomarse el procesal penal también distrital, para encontrar, desde sus primeros artículos este fenómeno del desplazamiento. Por ejemplo, en el artículo 18 del último aparece ya un traslado cuando en aplicación de las reglas de policía en las audiencias, se ordena consignar al ministerio público las faltas que llegaren a constituir delito. Hay otro desplazamiento, cuando el artículo 19 prevé que contra las faltas en que incurrieren los abogados, defensores y apoderados, se impondrán correcciones disciplinarias, que si recaen sobre persona que goce de sueldo del erario, se comunicarán a la pagaduría respectiva. Y uno más en el 20, al indicar que en las diligencias de policía, el ministerio público y los jueces de paz sólo podrán imponer multas de diez pesos, contra las que se da el recurso de responsabilidad. En el 21 se vuelve a la fórmula civil de oír en justicia al sancionado. En el 28 se habla de restituir al ofendido en el goce de sus derechos justificados. En el 29 se manda dar conocimiento al ministerio público de las ramificaciones de un hecho, encontradas en la instrucción. Y, en fin, en el 35 se prevé el embargo precautorio contra el obligado a la reparación del daño, si se teme que oculte o enajene los bienes ejecutables.

497 Para la distinción entre vía de apremio, desacato civil y apremio judiciales, Cfr. Roberto Molina Pasquel, *Contempt of Court*, México 1954, p. 225.

498 *Aciertos terminológicos*, cit., p. 12, nota 29.

El fenómeno del desplazamiento es, pues, general y abarca todas las leyes procedimentales, no sólo judiciales sino administrativas y hasta los convenios o acuerdos privados como el de arbitraje, según se puntualizó oportunamente.

Ahora bien, si el mero desplazamiento es algo que puede ocurrir en el sector procesal para realizarse internamente: artículos 35, 345, 349, etc. hasta el 23 de la justicia de paz; en un sector mixto que comprenda el paso de un proceso a un procedimiento: artículos 502, 504, 628, etc. hasta el 20, fracción VI de la justicia de paz; en otro sector también mixto, pero de procedimiento simple a proceso: artículos 29, 71, 200, etc. hasta el 35 de la justicia de paz; en un sector puramente procedimental: artículos 753, 788, 871, fracción III, etc., hasta el 24, fracciones I y II de la justicia de paz; en uno más simplemente procedimental pero de tipo impugnativo: artículos 47, 165, 195, etc., hasta el 32 de justicia de paz; y el sector disciplinario del artículo 63; resulta que la sola nota, el dato aislado del desplazamiento, llevaría a implicar en este fenómeno complejo, desde verdaderos incidentes, cuestiones prejudiciales, sucesiones procedimentales, y **accidentes.**

Analizada ya la manifestación incidental,[499] y prevista para el número siguiente la materia de los accidentes, sólo resta puntualizar aquí la diferencia entre desplazamientos puros y sucesiones procedimentales.

Desde luego, el desplazamiento no debe ser simple nota de un complejo, como podría ser tratándose de los incidentes de incompetencia, de la litisdenunciación o cita de saneamiento, las excusas o recusaciones, etc. Tampoco se ha de destacar el desplazamiento en las hipótesis de sucesiones procedimentales que abarcan las netamente procesales, como en el caso de la conexidad, los juicios de responsabilidad, el arbitraje celebrado durante el proceso estatal, el reingreso del juicio en este último por fallecimiento, excusa, etc. del árbitro, la apelación extraordinaria, el acreditamiento de los impedimentos por el contumaz, etc., porque aquí el traslado es consecuencia de la sucesión procesal.

g) Queda entonces, precisado que la palabra desplazamiento se puede elegir para connotar, técnicamente, un fenómeno peculiarísimo del derecho procesal: el traslado parcial del debate.

Esto deja fuera cualquiera manifestación de incidencia que, lejos de implicar un traspaso, significa una inclusión. Lo que es incidental queda dentro del mismo procedimiento, como la promoción de irregularidad de notificaciones o la acumulación de juicios. Específicamente en el último de estos ejemplos, se confirma que, si bien para acumular hay que trasladar, el desplazamiento es del debate total y no de uno o varios problemas que le constituyan.

499 Supra Nº 176.

Pero también se llega al punto de la distinción entre el mero desplazamiento y la sucesión procedimental, porque en el primero no hay una previa resolución sobre lo desplazado, y así se observa tratándose de las cuestiones prejudiciales o de la escisión procesal. Por ejemplo, el artículo 445, segundo párrafo, del código procesal civil distrital, señala que si la confesión judicial afecta sólo a una parte de lo demandado, se procederá en la vía ejecutiva por la parte confesada, si el actor así lo pidiere, y por el resto seguirá el juicio ordinario su curso. Puede advertirse la diferencia de esta fórmula, respecto a la de sucesión que contiene el segundo párrafo del artículo 461, en virtud del cual, si la sentencia declarare que no procede el juicio ejecutivo, reservará al actor sus derechos para que los ejerza en la vía y forma que corresponda.

Ahora bien, ya en este momento del estudio, se pueden señalar los errores que un excesivo o inútil desplazamiento producen respecto de la buena marcha procesal. Hay casos en los que, no sólo se regula el desplazamiento con fórmulas sorprendentemente insólitas, sino que se le combina con problemas incidentales y de sucesión procedimental, como cuando el artículo 261 indica que si se opusiere como única **excepción** la de cosa juzgada, a petición del demandado se podrá continuar y decidir el pleito sumariamente. La verdad, pues, es que de un procedimiento ordinario y plenario, se pasa a un procedimiento sumario y rápido; pero no es que el debate sea susceptible de sumariedad, sino que a pretexto de un artículo de previo y especial pronunciamiento, se vuelca el plenario en el sumario y el ordinario en el rápido: lo que comenzó en una vía se continúa y termina en otra por un motivo que pudo decidirse incidentalmente, como cuestión de previo pronunciamiento.

Sobre el desplazamiento se han manifestado ya opiniones críticas, como cuando Alcalá Zamora [500] se refiere en el ámbito penal al hecho de que si en un delito militar intervienen paisanos o hay coparticipación de mayores y menores en un acto punible, de seguirse por separado los procesos se rompería la continencia de la causa y se correría el riesgo de sentencias contradictorias, por lo que la acumulación debería ser siempre procedente. El autor, pensando de **lege ferenda,** propone: i) encomendar el juzgamiento conjunto de militares y paisanos a la judicatura común; y ii) constituir un tribunal mixto de jueces civiles y de justicia militar. La verdad, pues, es que el desplazamiento origina problemas graves, lo mismo en lo tocante a sentencias contradictorias, como en lo que atañe al indulto. Sin embargo, el mismo autor expresa un criterio diverso tratándose de la prejudicialidad penal sin desplazamiento en lo civil. [501]

500 *Panorama*, pp. 193 y 339, nota 662.

501 Cit., p. 313.

178 El accidente.

Si el incidente es una actuación que afecta las condiciones de eficacia del instar principal, el desplazamiento una remisión parcial del debate a otro procedimiento, y la sucesión el surgimiento de un instar al término del primer procedimiento; queda el fenómeno de la accidentalidad, que se presenta cuando se sustancia un procedimiento que tiene con el principal referencia de las condiciones de eficiencia de sus pretensiones.

La característica de los accidentes es la sustanciación paraprocesal, es decir, una tramitación que se desenvuelve alrededor del proceso: antes o durante la sustanciación de éste. En principio, el accidente no puede ser un procedimiento previo o preliminar, cuya resolución trascienda hasta la serie procesal, porque entonces aparecerá el fenómeno de la sucesión. En la última se observa una funcionalidad de interdependencia que ha podido calificarse de causalidad, como los medios preparatorios del juicio en general,[502] los del juicio ejecutivo,[503] los del juicio arbitral,[504] los preliminares de la consignación,[505] y aun la llamada **acción** de jactancia.[506] En cambio en el campo de los accidentes se pueden mencionar las providencias precautorias.[507]

Es fácil comprender que la terminología legislativa haya sido confusa y variable, y se hable de procesos y de medidas cautelares, de actos prejudiciales y de providencias precautorias o diligencias provisionales. Becerra Bautista[508] opina que estos procedimientos sirven para hacer posible la actuación sucesiva y eventual de las tutelas definitivas típicas. Pero esta fórmula es demasiado genérica y a ella ha cooperado el mismo Carnelutti, calificando tales procedimientos de accesorios. Pero los escollos son siempre grandes, desde la calificación de provisionalidad, hasta la idea de cautela. No faltan expresiones previas al proceso que tienen valor e importancia exclusivamente para éste, como las diligencias para futura memoria que más tarde irán al proceso y formarán parte del objeto del debate, de manera que vienen a ser una anticipación del instar. Que esto sea técnicamente factible, es lo que hace más difícil implantar una terminología unívoca para toda la gama de actos que, procediendo o acompañando al proceso, no forman parte inmediata de éste pero le son adecuados en cierta manera.

502 Arts. 193 a 200 del código procesal civil distrital o los artículos 94 a 134 del proceso penal distrital para la averiguación previa.

503 Arts. 201 a 204 del mismo procesal civil.

504 Arts. 220 a 223, del citado proceso civil.

505 Arts. 224 a 334.

506 Art. 32, Frac. 1.

507 Arts. 235 a 254.

508 Op. cit., T. II. Pág. 204.

a) Puede decirse que se debe a Piero Calamandrei [509] la aportación más valiosa sobre el particular. En la advertencia preliminar, señala que si los procesalistas han superado la noción restringida a la jurisdicción, para introducirse en la teoría de la ejecución que llama forzada, no puede decirse lo mismo en la materia cautelar, cuya sistematización está en parte por hacer, no porque falten monografías apreciables sobre determinadas figuras como el secuestro cautelar, sino porque se echa de menos una elaboración de teoría general sobre estos institutos.

Ante todo, Calamandrei tropieza con una miscelánea de figuras de carácter semejante a las providencias, llamadas conservatorias o interinas por la antigua ley procesal italiana. Para la doctrina contemporánea, se trata de **acciones** asegurativas o cautelares, o de procesos cautelares, o de providencias de esta índole, que se intenta distinguir de las **jurisdiccionales.**

Calamandrei optó por el tercer criterio: providencias cautelares, porque las clasificaciones de las **acciones** o de los procesos no tendrían otro propósito que calificar las providencias a que se dirigen, y de las que serían a manera de accesorias o meras premisas.

El proceso, para este autor, es una serie de actos preparatorios de la providencia del juez, a través de la cual se explica la función **jurisdiccional,** con efectos diferentes, según la clase de providencias que se dicten. Naturalmente, esta concepción equivale a la admisión de una diferencia manifiesta entre la actividad dentro del proceso y la realizada a su término o anticipadamente. Poco importa que se llame a la sentencia acto jurisdiccional, o que el acto jurisdiccional se limite a la dirección de la serie. Lo trascendental está en que, como lo veía Calamandrei, la providencia final viene a resolver, no los actos del proceso, sino de la causa o conflicto, de ahí que puedan distinguirse providencias finales o de mérito y precautorias, cautelares, etc.

Con independencia de la división de los procesos por su forma externa, [510] si se mira a los efectos sustanciales que pueden derivar de la sentencia, se tendrá que convenir en que sus especies, [511] son expresiones de la cualidad misma del fallo. En estas afirmaciones, aparentemente seguras y claras, Calamandrei mostraba un defecto, que al mismo tiempo, había advertido cuando señalaba que se trataba de lo que los retóricos enumeraban entre las figuras del discurso y que consiste en atribuir al continente la cualidad del contenido. Si no se quiere hablar de proceso cautelar, porque es algo diverso al procedimiento, en realidad se está reconociendo que las providencias mencionadas no pueden dar la tónica

509 *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, en *Estudio* cit., pp. 23 y ss.

510 Ordinarios, rápidos, plenarios, escritos y orales.

511 De certeza, de condena, acutelares, etc.

de la secuencia, y que tal característica proviene primeramente de la instancia que se ejerce y no de la finalidad que se persigue. Cuando se está frente a una acción procesal, el momento en que se realiza no es lo más importante, porque es el dato de la proyectividad el que viene a esclarecer todo.

b) Desde el principio de su estudio, Calamandrei anuncia una cuestión que será una aporía mientras se mantenga la confusión entre sentencia y jurisdicción. Entre las providencias cautelares, como prefiere denominarlas, hay una, dice, que no corresponde a una **acción.** [512] De ahí que intente establecer los caracteres diferenciales entre las cautelares y las providencias que insiste en llamar **jurisdiccionales.** A tal meta destina el estudio todo de su monografía, advirtiendo que no tendrá fundamento una distinción sobre la base de un criterio subjetivo o formal, porque si existe una función cautelar confiada a órganos especiales, lo que elimina la precisión a base del sujeto de la misma, no es una forma típica por la que se distingan unas providencias cautelares de otras que no lo sean.

Si de ello quisiera derivarse una distinción sustancial, el autor anticipa que es insuficiente, ya que las varias providencias cautelares pueden determinar sobre la relación material, efectos que no son cualitativamente diversos de las providencias de cognición o ejecutivas. En esto le asiste toda la razón, pero al mismo tiempo, le crea un grave problema, porque significa, precisamente, que no es en virtud de la providencia dictada que puede hacerse la diferenciación.

He aquí las razones de la falta de certeza con que se ha debatido siempre la doctrina, agrega, [513] desde la más antigua a la más moderna, pues siempre intentan una colocación de las cautelares entre la cognición o la ejecución de la que los alemanes suponen que es un apéndice, a pesar de que en las medidas cautelares puede existir cognición y no ejecución.

Calamandrei se decide por iniciar la separación entre la actuación de la ley en el proceso, en tres formas: cognición, conservación y ejecución, según la idea de Chiovenda. [514] Pero al mismo tiempo encuentra que la tesis no dice que todas las providencias cautelares sean homogéneas, y ocurre que pueden tener efectos declarativos o ejecutivos, y entrar por ello en uno de los otros grupos, y al mismo tiempo, ciertas providencias de cognición o ejecución, pueden comprenderse desde el ángulo de su objeto en el grupo de las cautelares. [515]

512 Jurisdicción sin *acción*, dice en la p. 33, lo que significa el tope de la teoría confusionista.

513 Cit., p. 34.

514 *Instituciones*, T. I, p. 30.

515 Cit., p. 35.

Con Rocco [516] y Carnelutti, entiende que el criterio para distinguir las providencias de cognición y de ejecución, es distinto del que se emplea para separar las cautelares. De ahí que admita providencias cautelares de cognición como el secuestro conservativo y providencias cautelares de ejecución como la ejecución de dicho secuestro, al mismo tiempo que habla de providencias declarativas cautelares y providencias ejecutivas cautelares y no cautelares en ambos casos. Hay pues, cognición cautelar frente a la ordinaria y título ejecutivo sucesivamente, llegando a un criterio de tal complejidad, que será inadecuado para el fin sistematizador que se pretende.

Para distinguir entre providencias de cognición y ejecutivas, por un lado, y cautelares por otro, recuerda que el criterio más extendido es el de la provisionalidad, la limitación de la duración de los efectos, que es un poco diverso y más restringido en el de temporalidad que es lo que no dura siempre, venga o no otro evento a impedirlo.

Naturalmente, con este criterio, se penetra en un campo no jurídico con la consecuencia de llegar a una técnica inadecuada. Aunque provisorio sea lo que ha de durar mientras sobrevenga un cambio esperado, es decir, algo interino porque vive en un tiempo intermedio, tal idea es insuficiente. Ya se sabe que tan temporal es lo provisorio como lo definitivo, por aplicación del principio **rebus sic stantibus;** pero la simple relación cronológica, entendida como temporalidad o provisionalidad, no es exclusiva de las providencias cautelares, como lo reconoce Calamandrei, [517] que concluye en que no pueden considerarse, en general, cautelares las providencias provisionales, pues hay providencias provisionales que no son cautelares, como tampoco definitivas las que no son cautelares, porque ahí está el caso de la ejecución provisional de la sentencia, y esto se mira en las obtenidas en procesos sumarios con el sucesivo proceso ordinario. [518]

La provisionalidad no se conecta con el modo de formación de la providencia cautelar, sus efectos provisionales derivan de su naturaleza, destinada a agotarse cuando se produzca la providencia de mérito, la provisionalidad atañe al fin. [519] Desde luego, en esta idea se encuentra una limitación, que consiste en que si las providencias cautelares son por naturaleza teleológica provisionales, entonces, aquellas que no lo sean, dejarán de ser cautelares o conservativas, y por ende, habrá que eliminar

516 Alfredo.
517 Op. cit., p. 37.
518 P. 38.
519 Idem, p. 40.

del campo de observación la prueba para futura memoria, que en ningún extremo es provisional, exista o no el invocado **periculum in mora**, concepto sobre el cual asienta Calamandrei su tesis. [520]

Pero el **periculum in mora** requiere de explicaciones que el autor ofrece de la siguiente manera: No se confunde con el peligro genérico de daño jurídico que puede llevar de la tutela ordinaria a la preventiva. Puede haber relación de género a especie entre preventivo y cautelar, pero son conceptos distintos. Si una lesión se anuncia como próxima e inminente, puede el legislador estatuir la tutela en lugar de eliminar **a posteriori** el daño. Esta tutela preventiva surge, no del daño, sino del peligro del daño que se mira en los casos de condena de futuro, y más cerca del derecho mexicano, del vencimiento anticipado en casos de suspensión de pagos o concurso. Pero la tutela preventiva todavía no es la tutela cautelar. El **periculum in mora** requiere, no sólo del peligro del daño, sino de la urgencia de la medida. Sin embargo, Calamandrei vuelve a explicar que la suma de condiciones es insuficiente para lograr la idea de la medida cautelar, porque pueden existir procedimientos y providencias de urgencia que no tengan carácter cautelar: interdictos.

La tutela ordinaria puede tener un objetivo preventivo y la providencia definitiva dictarse con carácter de urgencia. Para la cautelar son necesarias la prevención y la urgencia más la idea de daño marginal, que puede derivar del retardo de la providencia definitiva. La cautelar tiene frente a la definitiva, el carácter o finalidad de prevención frente a la agravación del daño. Si pudiese acelerarse el proceso ordinario, la providencia cautelar no tendría sentido. La providencia cautelar viene a nacer de la relación entre dos términos: la necesidad de que para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo la providencia definitiva. [521]

c) En este momento cabe la reflexión que lleva a disminuir el campo de las providencias cautelares en la legislación mexicana, porque un depósito de personas no es en tal sentido medida dictada sin retardo por el que es natural del juicio. Ni lo podría ser el arraigo, que lleva normalmente a la procuración, debidamente instruida y expensada. Sobre todo, la mayor parte de las medidas cautelares no serían tales, puesto que ello prejuzgaría la razón que asiste al peticionante. Nadie puede decir **in limine litis**, o aun antes, si la medida será justificada en la sentencia. Muchas veces, la medida en sí es suficientemente molesta para alcanzar el fin perjudicial de quien demanda temerariamente. Hay, por lo demás, una cierta finalidad de **statu quo** en las providencias cautelares como el

520 Op. cit., p. 40 y ss.

521 Op. cit., p. 43.

mismo secuestro provisional, una mera indisponibilidad que es el objeto buscado de buena fe. Por último, no debe olvidarse que la tal provisionalidad es inadecuada para calificar los alimentos, así se provean interinamente, primero, porque no cabe la devolución, y segundo, porque de ser procedentes, han logrado su objeto que es la conservación del sujeto.

Calamandrei insiste en ver en las providencias cautelares una cierta afinidad con las figuras estudiadas por Chiovenda,[522] las cuales tienden a producir el resultado de que la sentencia actúe la ley como si ocurriese en el momento de la demanda. Pero con ello, quedan fuera, si no todas, casi todas las cautelares del derecho mexicano, porque luego de una indisponibilidad, sea de los bienes o de la libertad personal, queda el problema en pie y el sujeto arraigado, por ejemplo, pierda o venza, no sufrirá la condena desde el arraigo, que por lo demás, puede ser sustituido por la procuración; pues no hay afinidad entre permanecer en el lugar del juicio y satisfacer la responsabilidad de una sentencia. La medida no busca la posibilidad de hacer efectiva una sentencia cuyo contenido se ignora cuando se dicta; apenas cabría decir que busca evitar que no se pueda hacer efectiva por ciertas razones o hechos que la medida elimina. No busca ejecutar la condena, sino que tiende a eliminar un obstáculo, cierto o presunto, para hacerla efectiva. Entre evitar que haya insolvencia e individualizar el bien de la ejecución, hay una gran distancia. La medida tiende a evitar, no a crear seguridad, pues no es cierto que el arraigado pague si es condenado, ni menos que con el arraigo se asegure la condena.

La nota verdaderamente típica de las providencias cautelares, para Calamandrei, se alcanza cuando se advierte que no constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una definitiva cuyo resultado aseguran. Se trata, entonces, de una relación de instrumentalidad o de subsidiariedad que liga ambas providencias; pero se distinguen de la declaración de certeza con predominante función ejecutiva en la tesis de Calamandrei, porque ésta nace con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva.[523]

El resultado a que llega el autor no es, por tanto, diferente al que anunciaban sus premisas, y las objeciones no pueden cambiar tampoco, porque, en cualquiera forma, ni la preordenación ni la instrumentalidad dicen algo más de lo ya conocido, en tanto que continúa subsistiendo la falta de coordinación de medio a fin, entre el arraigo y la condena, entre el arraigo y la misma ejecución de la condena. Apenas en el secuestro conservativo se vería algo semejante, pero sin olvidar que para llamarle

522 En *Instituciones*, T. I, Núm. 34

523 Op. cit., p. 44.

instrumento del embargo definitivo, es necesario suponer que siempre asiste la razón y el derecho a quien pide la medida, cosa por demás inaceptable. La mayor parte de las providencias cautelares carecen de esa finalidad de actuar la providencia definitiva y no pueden estimarse como tutela mediata.

Pasa después Calamandrei a ponderar algunos aspectos que llama fundamentales, con lo que, en realidad, intenta una crítica de otras tesis. Comienza por atacar el equívoco de la contraposición entre provisionales y definitivas, explicando que estas dos expresiones son inadecuadas para representar el carácter de las cautelares. La definitividad, dice, no es un contenido de la providencia, sino elemento externo y formal que corresponde al momento en que la sentencia aparece insertada en la serie del proceso: su fin, y que la distingue de la interlocutoria que se pronuncia en el curso del proceso. Esta separación permitió, por otra parte, distinguir entre interlocutorias y definitivas de mérito, de las interlocutorias y definitivas sobre la relación procesal.

Pues bien, la definitividad no puede contraponerse a la cautela, que si alguna vez aparece insertada en el proceso, en otras es emanada de un procedimiento especial, separado e independiente con relación al cual es definitiva. Tampoco cabe separarlas por el sentido de fondo de las definitivas, pues también las cautelares deciden sobre el mérito o fundamento de la pretensión cautelar.

Ha de entenderse que cuando la doctrina contrapone las cautelares a las definitivas, emplea el concepto de definitividad en sentido diverso y como contraposición a provisionalidad. Frente a las cautelares, las definitivas serían estables o inmutables, aunque también ello se presta a equívocos, sea por el grado de la estabilidad o mutabilidad, o por la práctica de los medios de impugnación. Mientras no sobrevenga la providencia sobre la relación sustancial, es estable e inmutable como declaración de certeza de las condiciones que precisa la medida. Si sus efectos están destinados a desaparecer con la emanación de la providencia sucesiva, ello no deriva de su mutabilidad o inestabilidad, sino de la función especial, temporal o instrumental de la relación constituida por la cautelar, que en sí se establece como cualquier definitiva.

Desde luego, las objeciones de Calamandrei son razonables, al grado de que no puede destruirlas él mismo con el argumento final de la temporalidad o instrumentalidad, primero porque no es cierto que ésta exista en el sentido que proclama, y segundo porque si los efectos de la cautelar están llamados a desaparecer con la sucesiva, entonces se confunde el contenido de lo declarado cautelarmente, que en sí es definitivo, con su función metaprocedimental. No se necesitaba una elaboración como la hecha por el autor, para encontrar la razón de ser de la provisionalidad, que

no radica en la anticipación de los efectos de una providencia sucesiva que puede no llegar nunca, como en el caso de caducidad del proceso principal, sino en su valor situacional, es decir, ligado o referido a la existencia de la serie principal, ya que más allá, fuera del proceso a que la medida se vincula, carece de efectos. Debe aclararse que este más allá no es hacia fuera, sino hacia después, es decir, no se trata de que el embargo precautorio no valga fuera del proceso mientras éste se desenvuelve, sino que no vale ya después del proceso terminado normal o anormalmente.

Calamandrei procede a sustituir la terminología cautelar y definitiva, por cautelar y principal, lo que, ciertamente viene a dar nueva tónica al problema, pero entendiendo siempre que principal es lo atinente al conflicto mismo, sea sustantivo o procedimental, porque bien puede acontecer que la sentencia en lo principal sea prejudicial o admita una cuestión previa de impedimento al fondo material, y sin embargo, baste para reconocer la subordinación de la cautelar.

Calamandrei agrega que es impropia la expresión de providencias conservativas, porque lo propio es cautelares o asegurativas, ya que tienen de común la finalidad de constituir una cautela o aseguramiento preventivo contra el peligro que amenaza. Encuentra que no todas las cautelares son conservativas porque pueden significar modificaciones al estado de hecho existente. En todos los casos, dice, en que se encuentre un estado de hecho de tal naturaleza que si la providencia principal pudiera realizarse, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia mira a conservar ese estado de hecho en espera y con el objeto de que sobre él pueda la principal ejercer sus efectos, como en el secuestro conservativo que determina la indisponibilidad; pero otras veces, cuando se trata de la futura providencia principal constituyente de nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas en el mundo exterior, la cautelar, para eliminar el retardo debe tender a operar provisionalmente como en el derrumbe de un árbol o en la separación de personas o pago de alimentos. Distingue, pues, entre cautelares conservativas e innovativas. Pero esta técnica no es exacta, porque ni la conservación ni la innovación son del litigio.

A todo lo largo de la exposición de Calamandrei, se echa de menos el principio de división que radica en la naturaleza accidental de las providencias. Es de admitirse que sean accesorias y no tengan efectos metaprocedimentales si se mira a la principalidad de la cuestión suscitada en el procedimiento, que puede no ser estrictamente procesal, como la separación en el divorcio voluntario, o el depósito de persona en la **jurisdicción** voluntaria; pero por ello mismo no puede hablarse de lo conservativo o innovativo como dato caracterizador, sino como punto de vista para posterior clasificación. Lo conservado o innovado no es la materia del procedimiento principal, sino del accidental.

Es desde esta perpectiva que procede luego Calamandrei a separar las providencias en i) instructorias anticipadas, ii) de aseguramiento de futura ejecución, iii) interdictales, y iv) de ejecución provisional.

Lamentablemente, la clasificación adolece de técnica y aun de método, lo primero en cuanto invaría unas al lado de otras cuestiones diversas, y lo segundo, porque no se mantiene la univocidad de la providencia cautelar.

Lo que llama instructorias anticipadas, son providencias que pueden y suelen adoptarse en el curso del procedimiento, específicamente del procesal, como las pruebas para futura memoria. Se ha visto que el **periculum in mora** es dato insuficiente para identificar a las providencias accesorias y ahora se tiene la ocasión de demostrarlo, porque la conservación o aseguramiento de la prueba será un incidente anticipado, pero por su vinculación con el proceso no puede responder ni a la provisionalidad, ni a la accesoriedad de las cautelares. El mirar en un acto o situación el **periculum in mora** es otro peligro para la doctrina, porque se trata de una consideración subjetiva que puede llevarse a cualquier ejemplo, sin que por ello quepa hablar de cautela como procedimiento accidental.

Viene a reafirmar lo anterior el hecho de que Calamandrei señale en el grupo, cuestiones tales como verificaciones de escritos con carácter principal y la querella de falsedad que ordinariamente se encuentran como incidentes y la última como problema de prejudicialidad. No cabe distinguir un hecho, tan sólo por el lugar que tome en el proceso, y la anticipación no puede hacer perder la naturaleza probatoria de la instrucción anticipada, ni convierte al desplazamiento de prejudicialidad en medida cautelar, porque se intente antes del juicio pero en relación con él.

Para facilitar una futura ejecución, se solicita una providencia tendiente a facilitar el resultado de la condena o auto de exequendo, o sentencia de remate. Aquí se está ante una verdadera providencia cautelar, como sucede también con el arraigo, pero en este caso que es el típico y propio de tales providencias, se encuentra la accidentalidad, al grado de que no sólo cabe antes, sino en el curso del juicio con el cual tiene diferencia de instancia, que es lo común en la accidentalidad, y, además, es provisional en el sentido de accesoriedad y como no va más allá de la sentencia principal, es intraprocedimental.

El tercer grupo está regulado en forma diversa por los códigos mexicanos, el distrital lo incluye en los interdictos de obra nueva, daño temido y posesión de estado; el federal lo concibe como parte de las medidas preparatorias, asegurativas y precautorias.[524] Debe puntualizarse que este último cuerpo legal, se apegó a la doctrina italiana, y por tanto, más que fundar la teoría de Calamandrei, es resultado de ella.

524 Arts. 384 a 388.

Según el autor, estas providencias consisten en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinadas a durar hasta el momento en que se sobreponga la estable conseguida en el proceso ordinario. Las discrepancias aparentes de la legislación mexicana no son óbice a la inteligencia de estas medidas. En el código distrital, no se menciona directamente la provisionalidad de los fallos, pero el artículo 94 indica que las sentencias firmes dictadas en ciertos casos y cuando lo prevengan las leyes, pueden altrearse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten al ejercicio de la pretensión que se dedujo en el juicio correspondiente. Ahora bien, los interdictos de retener la posesión,[525] de despojo[526] y de recuperar la posesión,[527] conducen a fallos que no prejuzgan sobre el derecho a poseer, ni menos sobre el dominio. Puede, a continuación de ellos, demandarse la posesión y reivindicarse el bien. En esta técnica no cabe hablar de providencia cautelar, porque la cautela, la conservación y el aseguramiento están presentes; pero no se trata de mantener el estado actual y así se mira en el interdicto de recuperar, ni es una resolución provisional. Hay caso juzgado definitivamente, lo que no implica que el problema del derecho posesorio se haya discutido.

Los interdictos de obra peligrosa[528] o de obra nueva,[529] alcanzan definitivamente su situación pretendida, sin que pueda hablarse de cautela por provisionalidad. Y el interdicto de posesión de estado[530] elimina la perturbación, que no es igual a evitar la controversia.

Si en las anteriores no hay accidentalidad, sino principalidad, en cambio tal parece ser el caso del código federal, porque el artículo 384 establece la doble hipótesis de que las medidas puedan perseguirse antes de iniciarse el juicio o durante su desarrollo. Pero no debe llevar a confusión el caso, porque en realidad, no se está regulando accesoriedad alguna, sino simultaneidad. En efecto, no es un accidente que se vuelque en el proceso principal, sino un propio interdicto que con técnica mejor establece la ley federal, sin olvidar que la determinación no prejuzga de la legalidad de la situación que se mantiene, al decir del artículo 389; de manera que para variarla es preciso un juicio posterior. No contradice lo anterior el que, según el artículo 386, el solicitante de la suspensión de obra deba demandar dentro de cinco días, porque aquí, y sólo para esta hipótesis, sí aparece la accidentalidad preprocesal que no se mira en el artículo 385, tendiente a modificar la situación de hecho existente y que se persigue por demanda autónoma.

525 Art. 16.
526 Art. 17.
527 Art. 18.
528 Art. 20.
529 Art. 19.
530 Art. 24.

Queda demostrado que no es la finalidad subjetiva lo que califica a la medida, sino su naturaleza accidental. Es así como los alimentos provisionales, que Calamandrei incluye en el segundo grupo,[531] se encuentran como accidente, según se mira en el distrital. La naturaleza cautelar como sinónima de conservación, aseguramiento, provisionalidad y temporalidad es, pues, insuficiente. Lo único que puede determinar si una cuestión es cautelar o no, procedimientalmente hablando, es su índole accidental.

Un subgrupo lo compone el autor con cuestiones que sólo en ciertos casos son cautelares y que llama de ejecución provisional. La dificultad que él mismo se propone, deriva de incluir situaciones tales como la ejecución provisional, que por obvias razones no es accidental, sino procedimiento autónomo, que podrá tener carácter provisional o condicional por el gravamen del fallo, pero que comienza con embargo definitivo y no conservativo, temporal, asegurativo o provisional. La ejecución provisional muestra un fenómeno opuesto a la accidentalidad de las medidas cautelares. En lugar de ser accesoria y paraprocesal, es autónoma y metaprocesal, lo que por sí viene a romper la sistemática de la cautelar, que no puede ir más allá de la sentencia, sin que importe que por estar sujeta a gravamen, no se levante la medida sino hasta que se dicte la resolución firme. Aquí la ejecución es provisional, o mejor dicho, condicional pero con finalidades de remate, esto es, de disponibilidad. Calamandrei no encuentra la ubicación precisa, pues tanto la adscribe al grupo (c) cuando se trata de cláusula de ejecución provisional, que la remite a las declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva,[532] cuando se toma en cuenta la atendibilidad de la prueba[534] o, por último, las incluye en el grupo (b) si se trata de evitar la dispersión de bienes mientras pende la apelación.

El cuarto grupo lo forma con las cauciones para dictar providencias de declaración de certeza con predominante función ejecutiva, cautelares o de urgencia. En realidad, no se ve cómo una condición se pueda convertir en providencia cautelar, cuando esta terminología se emplea para verdaderos accidentes. Es indudable que hay cautela en la caución, que hay garantía, pero como el autor señala, debe tomarse en cuenta que las cauciones pueden ser contractuales, legales y judiciales, de manera que sólo cuando están en el último caso serían providencias cautelares. Que sean medidas garantizadoras y se tramiten como momentos del procedimiento respectivo, no puede llevar a la conclusión de ser providencias cautelares. Parece ser que la mejor demostración de ello, radica en la circunstancia de que estas cauciones superviven al juicio y dan lugar a

531 Op. cit., p. 58.
532 Art. 430, Frac. 11.
533 Providencias sumarias.
534 Auto de exequendo.

procedimientos posteriores para hacerlas efectivas o levantarlas. Puede recordarse que en materia de tutela o sindicatura, de albaceazgo o simplemente de ejecución provisional, hay caución que se hace efectiva por la responsabilidad posteriormente acertada en el juicio.

d) Frente a un problema práctico, no contemplado en la ley italiana, se pregunta Calamandrei si es posible inferir de un principio genérico un poder cautelar abstracto.

Chiovenda había sostenido,[535] que la figura general de la providencia general de la providencia provisional cautelar debía dejarse al criterio judicial; pero aun reconociendo las ventajas de la tesis, Calamandrei advirtió que la ley habla de la forma cuando emplea términos generales, sin embargo no añade formas innominadas a las nominadas.

Le pareció, en cambio, que en la base de todo ordenamiento procesal está el principio del interés en obrar que justifica la demanda tendiente a evitar el daño cuando la ley no contenga limitaciones expresas, como sucedería si se pensara en un secuestro conservativo de inmuebles, ahí donde la ley sólo autoriza la providencia para los muebles.[536]

Las ideas del profesor italiano parecen haber inspirado al legislador federal mexicano, cuando en términos bastante amplios, expresa en el artículo 386 que el mantenimiento de los hechos en el estado que guardan, pueden consistir en la suspensión de una obra, en la realización de un acto o en la celebración de un contrato; asimismo, el artículo 385 alude a la modificación de una situación de hecho, con lo que el panorama muestra suficiente previsión general.

En cambio, el legislador distrital mexicano reúne cuestiones de variada índole que no tienen la misma finalidad provisional o cautelar, ni temporal o de urgencia, y que suele calificar como si fueran estas medidas. En el título quinto, denominado actos prejudiciales, se contienen seis capítulos, destinados por su orden: a medios preparatorios del juicio en general;[537] a medios preparatorios del juicio ejecutivo;[538] a la separación o depósito de personas como actos prejudiciales;[539] a la preparación del juicio arbitral;[540] a los preliminares de la consignación;[541] y a providencias precautorias.[542]

Estos procedimientos serán objeto de estudio particularizado en la ocasión propicia, por ahora, es necesario advertir que también en el campo penal pueden surgir estos fenómenos de accidentalidad, con tanta o

535 *Instituciones*, T. I, p. 256.
536 P. 65.
537 Arts. 193 a 200.
538 Arts. 201 a 204;
539 Arts. 204 a 219;
540 Arts. 220 a 223;
541 Arts. 224 a 234;
542 Arts. 235 a 254;

mayor trascendencia que en lo civil, por lo mismo que llegan a afectar la libertad personal. Cuando hace varios años, Alcalá Zamora llevó a cabo su estudio sobre las figuras que incluyó en el rubro de procesos preliminares, [543] al referirse a la instrucción penal, se hizo una pregunta liminar, encaminada a saber si existe verdadero proceso desde el instante en que se inicie el sumario, sinónimo de instrucción en el enjuiciamiento criminal. Su pensamiento se centró en el llamado **sistema** procesal penal mixto, que es el más generalizado, en el cual encontró dos actividades bien distintas: la relativa al conocimiento del delito o **notitia criminis**, y la concerniente a la pretensión punitiva deducida al formular acusación. El deslinde venía dado por el contraste entre los escritos de denuncia y acusación. En resumen, Alcalá Zamora expresó que la acción penal surge en el momento en que se formule una concreta pretensión punitiva contra uno o más reos; y todo lo más, con Beling podría admitirse que la acción penal tiene doble cometido: poner en conocimiento de la autoridad judicial la perpetración del delito para que se incoe el sumario, y pedir el castigo del culpable; lo cual llevaría a reconocer que hay una pluralidad actora: denunciante, instructor de oficio y querellante.

De esta primera observación se infiere, que al igual que en el proceso civil, en lo penal hay varios procedimientos que tienen cometidos especiales; pero todos coincidentes en un punto: su influencia o relación más o menos íntima con la pretensión punitiva. Ya no tendría sentido volver sobre las medidas cautelares que en lo penal se repiten con los embargos y secuestros, comisos, detenciones y aprehensiones. Lo que ahora interesa es precisar más a fondo su carácter accidental.

El proceso penal, debe insistirse más en esto, es como el civil, el administrativo, el laboral, el castrense, el internacional, el canónico, etc., un verdadero proceso, con su instar bilateral que realiza o practica a través del principio acusatorio. Pero existen otras manifestaciones del enjuiciamiento en lo penal, que se apartan del modelo, como los monitorios, el procedimiento por decreto, los procedimientos directos, los de urgencia y los directísimos; [544] cuando se habla de proceso, por lo tanto, deberá pensarse en una serie de instancias bilaterales jurisdiccionalmente dirigidas. Las posibilidades de que en ella se rompa la interdependencia funcional son meramente materiales o de hecho, y prácticamente se cir-

543 *En torno a la noción de proceso preliminar*, op. cit., p. 38, donde sostiene que en el sumario no aparece el verdadero proceso, entendido como el principal de naturaleza contenciosa.

544 Explica Alcalá Zamora en *La reforma procesal penal en el Perú. El anteproyecto Zavala*, publicado en *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Bs. As. 1944, p. 319, nota 71, que en el derecho italiano se conoce un procedimiento especial, el *giudizio immediato*, aún más rápido que el *direttissimo*, para el castigo de los delitos cometidos durante la audiencia, incluidos los de falso testimonio, pericia e interpretación. A ello se agregarían otros dos: denuncia y querella calumniosa, desobediencia de testigos, peritos e intérpretes a los mandatos judiciales, e injurias y calumnias vertidas en juicio. La conexión de todos ellos con el proceso principal, y el respeto débido a los tribunales, que reclama un castigo rápido de los delitos que ante ellos tengan lugar, son argumentos decisivos a favor de este tipo de juicio.

cunscriben a una situación: la contumacia, en la cual no se encuentra normativamente excluida la reacción de una parte, sino posibilitada la continuación del proceso con el solo impulso de un accionante.

Pero al proceso penal por antonomasia, antecede un procedimiento policial en el que se recoge la prueba para integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado. Aunque ni el ministerio público ni la policía judicial que está bajo sus órdenes pueden detener sino en dos extremos constitucionalmente delimitados, las privaciones de libertad, las molestias personales, se realizan con demasiada frecuencia; y no se trata sólo del indiciado, sino de querellantes y testigos. De cualquiera manera, el primer estadio en el iter punitivo está constituido por una fase indagatoria con posibilidades cautelares que obligan a darle tanta o más importancia que al mismo proceso, ya que en éste la privación de libertad puede ser levantada en un accidente que ha sido clasificado ya por Piña y Palacios en diferentes momentos: desde la libertad bajo caución y la libertad bajo protesta, a la libertad por desvanecimiento de datos, el perdón y el consentimiento del ofendido y, en el período posterior al proceso, el indulto, la amnistía, y la libertad preparatoria. Las diferencias marcadas por el autor se limitan a la influencia transitoria o definitiva sobre la estructura del proceso y a su aparición sobrevenida después del fallo. [545]

e) La circunstancia de que sea el proceso el tema central del estudio, lleva toda la atención a las eventualidades que se presentan antes, durante y después de su desarrollo pero no hay duda de que otros procedimientos, con semejanza al proceso o sin ella, pueden conectarse con accidentes. Ello explica la necesidad de llegar ya a la caracterización de este fenómeno.

Desde luego, se trata de una manifestación procedimental que tiene suficientes notas de individualización, aunque se encuentran por lo general tratadas legal, jurisprudencial y doctrinariamente como incidentes. Con todo, ya en el **Temario de la teoría general del proceso,** preparado por el Colegio de Profesores de Derecho Procesal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, se incluye en la ficha 32, **Los procedimientos paraprocesales.** [546]

Este notorio adelanto académico propicia el tratamiento de la figura desde una perspectiva que, por lo demás, no ha recibido otro apoyo que el académico antes citado, y éste de un valor muy relativo, considerando que no se adoptó literal o directamente la denominación. Es claro que tampoco todos los procedimientos paraprocesales han de tener naturaleza única, de manera que la accidentalidad abarca un sector precisable a partir del rubro común.

545 Cit., p. 121.
546 *Boletín Mensual,* del *Instituto Mexicano de Derecho Procesal,* Enero 31 de 1968.

En pocas líneas, se puede decir que se trata de las tramitaciones o procedimientos, que requieren de instancias distintas a las del procedimiento principal, y cuyas pretensiones se relacionan sin afectarse recíprocamente. Esta primera consideración es todavía demasiado extensa, pues abarca casos como los procesos conexos; pero al menos sirve para eliminar otras hipótesis como las cuestiones prejudiciales, que siendo procedimientos diversos, tienen pretensiones que influyen en la básica.

También quedan al margen los procesos o procedimientos impugnativos, porque en ellos hay interferencia de pretensiones, al grado de que al final de todas las etapas se puede ver triunfante o vencida la pretensión principal. La relación, pues, de las pretensiones principal y accidental, no puede llegar a la interdependencia. El caso ejemplar está en las medidas cautelares ya estudiadas, que son instancias cuya pretensión está en contacto con la básica. En realidad, estas medidas no son, como quería Calamandrei, [547] providencias provisorias por su fin, que surgen por la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retarde de una providencia definitiva; [548] pues con este criterio, se intenta anticipar provisoriamente los efectos de la providencia definitiva. Pero acontece que, tanto puede producirse la condena como la absolución, de manera que concebir a la providencia cautelar como el medio para hacer rápidamente las cosas, en contraste con la necesidad de hacerlas bien que es el fin del procedimiento ordinario, [549] contiene la paradoja de hacer pronto algo que puede ser negado después.

Lo cierto es que la más típica de estas medidas, que es el embargo precautorio en lo civil, o la formal prisión en lo penal, no hacen sino producir indisponibilidad en el primer caso e inmobilidad en el segundo. De ahí que la medida resulte explicable en otro sentido, es decir, como un medio para eliminar un probable obstáculo en el caso de vencimiento de la parte afectada, en lo civil o en lo penal.

No obstante lo anterior, suponiendo que se optara por la tesis de Calamandrei, lo importante radica en el hecho de que la pretensión de medida cautelar no impide, no prolonga ni interrumpe el procedimiento principal. Esta medida debe seguirse por separado, lo que no obsta para que en su día, lo actuado caiga, acceda al procedimiento principal. Este acceder, este caer en el procedimiento conexo, es lo que origina el carácter accidental, y sólo así puede admitirse que el indulto, la amnistía, la rehabilitación, la libertad preparatoria o la retención, figuras del procedimiento posterior a la sentencia penal, puedan serle conectadas en el fondo del pronunciamiento.

547 *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., pp .39 y ss.

548 *Periculum in mora*, marginal e inevitable a causa del procedimiento ordinario que implica un retardo en la emanación de la providencia definitiva.

549 Op. cit., p. 43.

También en otro tipo de juicios, como el control constitucional mexicano de amparo, aparecen varios procedimientos, unas veces anticipados, otras simultáneos y no faltan los posteriores al fallo, que sólo guardan con la queja una relación de pretensiones conexas. En este sentido se pueden mencionar la reparación constitucional,[550] la suspensión del acto reclamado, las medidas sancionatorias, la queja por defecto o exceso en el cumplimiento de las ejecutorias de amparo, las responsabilidades por incumplimiento de los fallos, la liquidación de la responsabilidad prevista por el artículo 129, etc. En todas estas manifestaciones accesorias al control de fondo del acto reclamado, la clasificación puede hacerse teleológicamente como lo intentara Calamandrei, pero este punto de vista conduce necesariamente a serias dudas. Por ejemplo, si se mira al accidente de suspensión en el amparo, podría quedar como interdicto o providencia preventiva, ya que su tutela agota en sí la propia finalidad, impidiendo las perturbaciones del estado de hecho,[551] a más de que la eficacia y autoridad de su resolución es independiente de la del pronunciamiento de fondo. Pero la suspensión se vincula también con otro tipo de interdictos, como las denuncias de obra nueva o de daño temido, en las que se espera que la autoridad dicte la decisión sobre el mérito mientras se consigue, según las circunstancias, que se obvie el peligro.

Son providencias temporales semejantes, según Calamandrei,[552] a las medidas urgentes dictadas en interés de los cónyuges y de la prole en el juicio de separación personal de aquéllos. El autor sostiene que en estos casos hay una decisión anticipada y provisoria del mérito, y respecto de la suspensión en el amparo, tal criterio ha sido sostenido por Ricardo Couto,[553] pero no parece que la definición pueda encontrarse en este camino, y la figura mantiene su carácter accesorio indiscutible, lo que fuerza a volver sobre la noción de accidentalidad.

Sea cualquiera el tipo de providencias que se busquen con una pretensión accidental, el dato constante es la vinculación de los procedimientos por las pretensiones sugeridas en las instancias. La pretensión de la queja constitucional y la correspondiente a la suspensión, coinciden en la materia y discrepan en el procedimiento. Pero coincidir es apenas reunirse en un punto, no buscar el mismo contenido en un fallo.

En unos casos, decía Couto,[554] con la suspensión se evita que los actos reclamados se consumen de modo irreparable y la sentencia favorable venga a ser ilusoria; en otros la suspensión tiende a evitar al quejoso los perjuicios que la realización del acto pudieran ocasionarle. De ahí que

550 Casi derogada al modificarse el artículo 161 de la Ley de Amparo, por decreto publicado en el Diario Oficial de 30 de abril de 1968.
551 Calamandrei, op. cit., p. 103.
552 Ap. cit., p. 58.
553 *Suspensión en el amparo*, México 1957, pp. 44 y ss.
554 Op. cit., p. 44.

existan dos tipos de suspensiones: la que tiene por objeto impedir que el acto se consume irreparablemente y que se conoce como suspensión de oficio; y la que se propone evitar perjuicios al quejoso y se llama ordinaria o a petición de parte.

La suspensión agregaba,[555] produce efectos más restringidos que el amparo, pero también anticipa la protección. Estas peculiaridades permiten sostener que el accidente no es enteramente adecuado a ninguna de las categorías de la tesis de Calamandrei, a menos de efectuar otra ficticia ampliación de conceptos, proponiendo como clase lo que es género, logrando una ampliación artificial.

La idea del accidente es meramente de alcances técnicos y no prejuzga sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones finales. Pero debe quedar claro que para hablar de accidente, como para hacerlo de incidente, es necesario partir de la existencia de un procedimiento principal. Si el incidente es un anexo por razones de eficacia, el accidente es conexo por consideaciones de eficiencia.

Hay en el amparo, accidentes que alcanzan resoluciones de diverso contenido y efectos distintos, fenómeno que es común para los demás procedimientos, procesales o no. Desde el casi derogado amparoide al juicio de responsabilidad del artículo 129, pasando por la suspensión, las medidas disciplinarias, el cumplimiento coaccionado que la ley[556] califica de ejecución de sentencias y la misma formación de la jurisprudencia, los resultados son múltiples y hasta disímbolos.

En todo ello, el único punto de referencia es el coincidir en la materia juzgada en el fondo por la sentencia definitiva y en aspectos relativos por las resoluciones de los accidentes. Así, la reparación constitucional se interpone respecto de un acto que en su día posiblemente será objeto del amparo. La suspensión se solicita del acto reclamado materia del juicio. Las medidas disciplinarias se imponen por actos relacionados con el amparo que se tramita o con el tramitado. El cumplimiento coaccionado se refiere a la protección concedida. La jurisprudencia se forma con los considerandos de los amparos decididos. Y la responsabilidad, accidente de otro accidente, se vincula con los daños y perjuicios provenientes de la suspensión concedida o negada.

Desde el punto de vista de los efectos de estas prestaciones resolutivas, se puede hacer una clasificación a la manera de Chiovenda, de Carnelutti o de Calamandrei, recordando que el primero ponía atención en la índole de la pretensión para hablar de **acciones** asegurativas o cautelares, el segundo se fijaba en el procedimiento para aludir a los **procesos** cautelares, y el tercero miraba la resolución para referirse a las providencias. Pero ya se atienda la pretensión, el procedimiento o la providencia, lo que prepondera es el carácter accidental.

555 Cit., p. 450.
556 Artículos 104 a 113.

Al separar el procedimiento principal del accidental, se logra un tratamiento particular para el último. Desde luego, en ningún caso lo accidental puede interrumpir la secuencia matriz, como sí lo hace el incidente. Algunas veces esto se percibe materialmente por la circunstancia de que el accidente es previo o posterior al procedimiento básico; pero en otras, la simultaneidad de la sustanciación puede inducir a la anexión, lo que es popio del incidente.

Lo menos que se puede pedir de los incidentes es la identidad de los sujetos, pues no tiene sentido que las partes de un procedimiento varíen tan radicalmente que sean otros los que contiendan por derecho propio. Y en el accidente de responsabilidad del amparo, se mira un ejemplo de cambio de sujetos, porque puede acontecer que la demanda se entable, no contra el quejoso o el tercero, sino contra el fiador que no fue parte del juicio de amparo. Todavía más, por los términos del artículo 129 de la Ley de Amparo, es factible que se altere la subjetividad desde el punto de vista del juzgador, interviniendo el juez común en lugar del juez del amparo; desde el punto de vista de la responsable, que sólo cuando conoce del accidente de suspensión en el amparo directo, puede ser competente para la demanda de responsabilidad; desde el ángulo del ministerio público federal, quien ya no interviene en el accidente; y desde la perspectiva de las partes. Subjetivamente, pues, el accidente de responsabilidad ofrece tal cantidad y calidad de variaciones, que hace falta mucha imaginación para percibir la línea de continuidad entre él y el amparo, y muy poca para no encontrar una denominación especial para lo que tiene tan poco de incidente como de juicio de amparo.

Y así como en tema de accidentalidad se puede pasar del proceso civil al penal, y de ellos a un procedimiento como el control constitucional de amparo, o a otro netamente administrativo como el cobro de adeudos fiscales; el mismo tema debe campear por los restantes juicios que han sido llamados cuasi civiles, como los mercantiles y laborales, o cuasi penales como el castrense o el de faltas. Para no citar sino un régimen, se puede recordar el laboral, ya que los restantes tendrán que verse en detalle en la parte correspondiente.

En el proceso colectivo económico, dice Trueba Urbina,[557] puede promoverse la suspensión provisional del trabajo, la clausura de la negociación, el reajuste de horas, de salarios, la modificación de horas de trabajo, etc., que tienen características especiales previstas en reglas de la propia Ley Federal del Trabajo. En este sector no hay una regla única, y puede advertirse que en unos casos aparece la sustanciación, mientras en otros hay resolución de plano; pero conforme al artículo 583, los procedimientos se siguen sin perjuicio de la tramitación del proceso colectivo económico.

557 *Tratado teórico práctico de derecho procesal del trabajo*, México 1965, pp. 462 y ss.

Lo que importa en todos estos casos, es que la pretensión accesoria se vincula con la principal accidentalmente, y ello se confirma en cualquiera de las hipótesis que cita el autor. Por ejemplo, cuando se trata de fuerza mayor, caso fortuito, muerte o inhabilidad del patrón, dado el aviso de suspensión del trabajo a la respectiva Junta de Conciliación y Arbitraje, mediante la comprobación del hecho denunciado, ésta autorizará o desaprobará la suspensión. Si falta la materia prima o los fondos, hay exceso de producción, incosteabilidad del negocio, o falta la ministración de las cantidades que el Estado se haya obligado a entregar a las empresas, antes de suspender el trabajo los patronos deberán solicitar también la autorización de la Junta, rindiendo las pruebas correspondientes; y así por el estilo en los demás casos citados.

179 Recapitulación y corolarios.

En un diseño simple de la línea de proyectividad que caracteriza y es fundamental para la institución procesal, el tratamiento de la eficacia por un lado y de la eficiencia por otro, se reduciría a la consideración del avance de la acción y a la presentación de la pretensión conflictiva. Respecto de la acción, sólo tendría que contemplarse su ciclo primario: jurisdicción y reacción, su estructuración seccional: fase postulatoria, confirmatoria y conclusiva; y el fenómeno de reproducción en subsecuentes estadios: a la formación del debate, la asunción de medios de confirmación de las pretensiones contrapuestas, y la recepción de los argumentos conclusivos.

Un proceso así de simple, es susceptible de reducción en dos sentidos: autorizando la eliminación de la fase confirmatoria cuando no se requieran pruebas, mostraciones o medios de convicción. Y previendo una audiencia inicial para concretar el debate y determinar los medios de confirmación apropiados. En estas condiciones, la oralidad es una solución inmejorable, porque permite el contacto directo que ahorra trámites, y la inmediación que acerca a los sujetos del drama, permitiendo el más amplio y certero conocimiento del dilema y su pronta solución.

Si esto fuera posible en todos los casos, el temor al proceso disminuiría en forma notable. Se puede, al menos, sugerir que la fórmula se aplique en todos los supuestos de simplicidad que se presenten ante los tribunales. Naturalmente que hay otras medidas ya anunciadas, que vienen a completar la organización: el correo judicial, la depositaría judicial, la oficina de ejecuciones, el acusador particular para los llamados delitos privados, la conversión de parte en lo tocante al ofendido o sus causahabientes, la creación de verdaderos tribunales de trabajo en lugar de juntas que se integran con representantes parciales, la independencia de la policía judicial para permitir su control administrativo y por medio del

habeas corpus, la creación de tribunales especiales: familiares, de quiebras con predominante función económica, de lo contencioso administrativo; la implantación de una carrera judicial que, al tiempo que permitiera el control y disciplina de sus miembros, vigilara el cumplimiento de las funciones sin interferir en la actividad jurisdiccional, la cual debe ser objeto de un control en casación; en fin, la unificación de los códigos de la República y la reorganización de los cuerpos auxiliares: consejos de tutela, sindicaturas, los registros civiles y de la propiedad y del comercio, etc.

Ahora bien, aun alcanzadas estas metas, hay problemas procesales que nacen de situaciones ineliminables, y que se han venido analizando en toda esta parte, desde la formación compleja del objeto del debate, la multiplicidad de sujetos interesados en el conflicto, su cambio y sucesión, las relaciones de intereses jurídicos de diversos sujetos que llevan a la acumulación o a la separación de procesos, con todas las variedades del litisconsorcio, la pluralidad de partes y, por último, las cuestiones de convergencia y divergencia de procedimientos ligados unas veces a la eficacia del instar proyectivo y otras a la eficiencia del pretender.

Conviene recordar que en el proceso es factible la aparición de todas las instancias: petición, denuncia, querella, queja, reacertamiento y la indispensable acción procesal, causa de más complicaciones.

a) Lógicamente considerado, un instar no puede resultar complejo, ni siquiera cuando en un mismo documento se deduzcan pretensiones de dos o más procedimientos diversos. Desde luego, esto resulta no sólo factible sino cotidiano, y para no citar sino ejemplos de varios procesos, se puede recordar que en lo civil cabe: i) contestar el fondo de la demanda; ii) promover sendos incidentes sobre la personalidad del actor, la incompetencia del juez, la conexidad de causas, etc.; iii) gestionar el accidente de levantamiento de embargo precautorio o del arraigo personal, la expedición de copias certificadas y la devolución de documentos originales, etc.; iv) denunciar el pleito a tercero, v) ejercer la acción reconvencional; vi) presentar querella por injurias u otros delitos semejantes, pidiendo la consignación al ministerio público; vii) formular queja contra los subalternos por retardo en el cumplimiento de sus funciones; y viii) impugnar la vía.

Aunque por razones atinentes a la índole de la controversia, en lo penal se eliminen muchas de las eventualidades propias del litigio civil, no desaparecen todas y cabe establecer que el acusado pueda: i) rendir su declaración preparatoria; ii) promover la incompetencia del juzgador, iii) nombrar defensor; iv) pedir su libertad caucional, v) carearse con los testigos que depongan en su contra, vi) invocar ausencia de condiciones de procedibilidad; vi) promover una cuestión prejudicial; y vii) aunque la ley procesal penal distrital mexicana sólo ha previsto un caso similar a la

reconvención,[558] tratándose de injurias recíprocas el juez podrá declarar exentas de pena a las dos partes, a alguna de ellas, o bien exigirles caución de no ofender. Si exime a ambas, dice Alcalá Zamora, opera en realidad la compensación. Esta situación podría, agrega el autor, producirse respecto de otros delitos como lesiones o daños.

Con todo, cada conducta simbólica[559] es propia de una relación jurídica, de manera que si ni físicamente es posible concebir que se pida, denuncie, queje, querelle, impugne y accione o reaccione un mismo sujeto en una sola manifestación oral, menos lo es que jurídicamente todas estas instancias formen unidad compleja. Como antes se explica, es probable que en un mismo documento se deduzcan dos o más pretensiones de procedimientos diversos, pero ello no puede conducir a la suposición de que se está frente a un acto complejo.

En vista de ello, el proceso, que ha de limitarse a la concatenación de instancias proyectivas, se verá necesariamente rodeado de procedimientos diversos, algunos de los cuales exigirán su inserción en un paréntesis de la proyectividad, otros podrán suspenderla, algunos más conducirán a desplazamientos y el resto serán sucesiones dinámicas.

Queda indicado que con un propósito de **lege ferenda,** no puede ser inútil o significar mera sutileza un análisis minucioso de estos fenómenos, porque sólo después de conocer las eventualidades que pueden presentarse en la práctica, cabe sugerir reformas, eliminaciones o adecuaciones. Desde luego, la mayor parte de los incidentes responden a las condiciones procesales, que Bülow remitía al proceso preliminar. En seguida, los mismos traslados contienen especies susceptibles de solución en esa ocasión previa. Son los accidentes y las sucesiones procedimentales los que mayor resistencia ofrecen a la economía procesal.

b) En la actualidad, las múltiples legislaciones procesales discrepan en lo referente a los incidentes por antonomasia. Las razones pueden ser más o menos admisibles, pero lo cierto es que no hay, a veces en un mismo código, un principio orientador sobre el tipo de instancia que debe corresponder a cada uno. Aparentemente, carece de importancia elegir el procedimiento, bastando señalar la causa y los resultados, y aquí se insertan todos los supuestos de las resoluciones de plano que tienen más visos de denuncia que de impugnaciones, siendo la verdad que el justiciable insta con este propósito.

Si se aplica un tratamiento sistemático, es decir, si se intenta un estudio de aliento científico, se tendrá que considerar la interreferencia de varios datos. En cualquiera de estas eventualidades: incidentes, accidentes, desplazamientos y sucesiones procedimentales, hay notas que es indis-

558 Cfr. Alcalá Zamora *Panorama*, pp. 205 y 343, nota 710.
559 Supra Nº 144.

pensable conectar. La primera es la pretensión, la segunda el tipo de procedimiento, la tercera atañe a las condiciones de cada figura, y la cuarta se puede calificar de circunstancial porque alude a la relación con el procedimiento básico o principal.

Para ejemplificar el problema, se puede acudir a un caso de incidencia. Por razón de las condiciones, se ha de iniciar con el supuesto: improcedencia de una instancia mal admitida o de un procedimiento irregularmente sustanciado. En lo tocante al presupuesto: determinación de la vía. Y con referencia al requisito: identificación de la pretensión adecuada, la que a su vez presupone una especial resolución.

Si se analiza el supuesto, puede acontecer que la resistencia se presente: i) contra la pretensión de la contraria, o ii) contra la resolución jurisdiccional. En el primer caso, no parece conducente prever un incidente, puesto que la reacción es el vehículo adecuado para contrarrestar las pretensiones ajenas. En cambio, si se mira al segundo extremo, la reacción no resulta idónea para resistir las actividades jurisdiccionales, y se tendrá que acudir a una instancia impugnativa.

Viene ahora la determinación de la vía, que depende de la pretensión deducida. Aún cuando ha quedado establecido que se trata de una impugnación, anticipando las nociones sistemáticas de ésta, se puede indicar que la instancia respectiva puede hacer referencia: i) a una pretensión de censura, ii) a una pretensión de crítica, o iii) a una pretensión de control.

La determinación siguiente completa el cuadro, por cuanto se vincula con la competencia. Si la política legislativa es en el sentido de conferir al mismo juzgador atribuciones de censura de sus actos, la impugnación puede ser, como quiere Guasp, de tipo horizontal, significando con ello, que ha de ir al mismo funcionario que emitió el acto impugnado. En caso contrario, la cuestión tendrá que ser llevada al superior en vía vertical. Y lo mismo puede decirse en cuanto a la crítica, pero no cabe ampliarla al control, porque éste, por su misma hipótesis, exige el cambio de sujeto.

Pues bien, establecida la cuestión incidental, perteneciente a la conducta jurisdiccional, casuísticamente se pueden contraponer los problemas de competencia con los derivados de la falta de personalidad, que las leyes engloban en el rubro de las llamadas excepciones procesales. Es aquí que se mira la razón por la que para la personalidad hay excepción al lado de potestad jurisdiccional y en la competencia hay incidente.

c) La finalidad que se persigue con la sistematización es dar certeza universal a los tratamientos legislativos, lo cual no significa que todas las leyes hayan de adecuarse a la solución propuesta, sino tan sólo que las regulaciones que así se construyan tendrán carácter científico por su congruencia verificable.

Observando cualquier cuerpo legal que, al accidente de embargo precautorio le regule como simple incidente, con la exclusiva distinción de

una tramitación por separado, es natural que se le impute carencia de sistematización. Si, por otro lado, el desplazamiento se emplea para meras cuestiones incidentales, además de su error sistemático, se le ha de atribuir la causa de innecesarias complicaciones y retardos.

Es, entonces, indispensable llevar a cabo una tarea clasificadora, que no intenta agotar la casuística, sino destacar las diferentes consecuencias que provienen de la índole especial de cada rubro. En esta parte, la recapitulación viene a ser un resumen de lo anteriormente indagado, el cual puede servir para confrontar directamente las diferencias entre los cuatro fenómenos enunciados en el capítulo.

Desde luego, la nomenclatura elegida indica con sendos términos problemas precisos que: i) la incidencia es la transitoria interrupción del instar proyectivo; ii) el desplazamiento es la separación de cuestiones atinentes al conflicto, para ser llevadas a otro juicio; iii) la sucesión continúa la actividad dinámica en diverso procedimiento para la realización de las soluciones; y iv) el accidente es la sustanciación de un procedimiento conexo con otro que recibe el calificativo de principal, y con el que se relaciona sólo por la interreferencia de las pretensiones.

A manera de advertencia, se debe establecer: i) si teóricamente nada impide que el incidente se presente avanzado el procedimiento, y en la práctica es materialmente imposible eliminar la supervenencia de ciertas cuestiones como el impedimento para ejercer jurisdicción imparcialmente, la técnica aconseja que los problemas de este tipo se traten y resuelvan **in limine litis**, por ejemplo, tratándose de la incompetencia que puede ser alegada oficiosamente por el juzgador, o la procedencia de la vía que tiene semejantes condiciones. ii) En cambio, el accidente, que debe sustanciarse por separado, no puede ni necesita ser promovido anticipada o simultáneamente, y cabe que se piense en un embargo precautorio, aun en segunda instancia, y de la misma manera es factible la tramitación de la separación de personas, la tutela de menores o inhabilitados, o las anotaciones registrales; y si el tema se lleva al campo penal, nada impide regular cualquier proceso comenzando con la acusación y sin exigir la previa privación de libertad del indiciado, la cual ha de obeceder a circunstancias ajenas a la penalidad del delito, tales como la peligrosidad del sujeto o su muy probable sustracción al proceso. iii) Los desplazamientos deben limitarse a la escisión procesal, y ésta restringirse al máximo; de tal manera, que el problema de las cuestiones prejudiciales debe replantearse para introducir nuevas facultades en los juzgadores, especialmente ahí donde la mera naturaleza penal o civil de la cuestión es el único índice de la escisión, porque no todos los problemas ameritan la intervención de otro juzgador. iv) Por último, la sucesión es natural por el cambio de instancias pero debe cuidarse de no remitir a un procedimiento no procesal temas conflictivos que ha de resolver nueva decisión judicial.

una tramitación por separado, es natural que se le impute carencia de sistematización. Si, por otro lado, el desplazamiento se emplea para meras cuestiones incidentales, además de su error sistemático, se le ha de atribuir la causa de innecesarias complicaciones y retardos.

Es, entonces, indispensable llevar a cabo una tarea clasificadora, que no intenta agotar la casuística, sino destacar las diferentes consecuencias que provienen de la índole especial de cada rubro. En esta parte, la recapitulación viene a ser un resumen de lo anteriormente indagado, el cual puede servir para confrontar directamente las diferencias entre los cuatro fenómenos enunciados en el capítulo.

Desde luego, la nomenclatura elegida indica con sendos términos problemas precisos que: i) la incidencia es la transitoria interrupción del instar proyectivo; ii) el desplazamiento es la separación de cuestiones atinentes al conflicto, para ser llevadas a otro juicio; iii) la sucesión continúa la actividad dinámica en diverso procedimiento para la realización de las soluciones; y iv) el accidente es la sustanciación de un procedimiento conexo con otro que recibe el calificativo de principal, y con el que se relaciona sólo por la interreferencia de las pretensiones.

A manera de advertencia, se debe establecer: i) si teóricamente nada impide que el incidente se presente avanzado el procedimiento, y en la práctica es materialmente imposible eliminar la supervenencia de ciertas cuestiones como el impedimento para ejercer jurisdicción imparcialmente, la técnica aconseja que los problemas de este tipo se traten y resuelvan **in limine litis**, por ejemplo, tratándose de la incompetencia que puede ser alegada oficiosamente por el juzgador, o la procedencia de la vía que tiene semejantes condiciones. ii) En cambio, el accidente, que debe sustanciarse por separado, no puede ni necesita ser promovido anticipada o simultáneamente, y cabe que se piense en un embargo precautorio, aun en segunda instancia, y de la misma manera es factible la tramitación de la separación de personas, la tutela de menores o inhabilitados, o las anotaciones registrales; y si el tema se lleva al campo penal, nada impide regular cualquier proceso comenzando con la acusación y sin exigir la previa privación de libertad del indiciado, la cual ha de obeceder a circunstancias ajenas a la penalidad del delito, tales como la peligrosidad del sujeto o su muy probable sustracción al proceso. iii) Los desplazamientos deben limitarse a la escisión procesal, y ésta restringirse al máximo; de tal manera, que el problema de las cuestiones prejudiciales debe replantearse para introducir nuevas facultades en los juzgadores, especialmente ahí donde la mera naturaleza penal o civil de la cuestión es el único índice de la escisión, porque no todos los problemas ameritan la intervención de otro juzgador. iv) Por último, la sucesión es natural por el cambio de instancias pero debe cuidarse de no remitir a un procedimiento no procesal temas conflictivos que ha de resolver nueva decisión judicial.

CAPITULO VI

180 Eficiencia de la confirmación. 181 Teoría de la prueba. 182 La mostración. 183 La convicción. 184 El acreditamiento. 185 Recapitulación y corolarios.

180 Eficiencia de la confirmación.

La estructura procesal se secciona lógica y jurídicamente, por la necesidad de acomodar el instar proyectivo a los tres principales cometidos legales que se le imputan: afirmar, confirmar y concluir.

En algunos códigos, específicamente los procesales penales, pero también en los civiles como el federal mexicano, la división parece esfumarse, como prácticamente acontece en la justicia de paz, donde la íntima conexión de los actos de los tres sujetos: partes y juez, impide al observador lego reconocer la fase en que se encuentra el proceso. Pero el fenómeno empírico es suceptible de traducción a términos conceptuales, si antes se tiene conocimiento de la estructura jurídica.

El proceso necesita de estas tres fases, porque en cada una de ellas, el accionar hace referencia a conductas simbólicas distintas. En la postulación, la misión del instar es comunicar pretensiones cuya dialéctica formará el objeto del proceso. En la fase confirmativa, esas pretensiones reciben un apoyo, son acompañadas de objetos que reafirman los asertos expuestos en la fase anterior. Y en la conclusiva, las partes alegan, razonan efectuando una confrontación meramente intelectiva entre los hechos probados y las disposiciones normativas aplicables. Postular, confirmar y concluir son los tres cometidos que explican la seccionabilidad del proceso.

Lo característico de la fase confirmativa, desde el punto de vista estructural, es que el accionar corresponde ahora a todas las partes. Si inicialmente el acusador o el actor accionaron y el acusado o el demandado reaccionaron, aquí se mira un repartimiento del accionar mismo, por cuanto no sólo actor o acusador ofrecen medios de confirmación, sino el demandado o el acusado, instan proyectivamente provocando la reacción de sus contrarias. El diseño gráfico mostraría curvas paralelas formadas por la proyectividad, dando lugar a una especie de multiplicación de la línea inicial. Esto es lo que justifica que se diga que la acción pertenece, no sólo al actor o acusador, sino al demandado o acusado.

Después, la línea volverá a su diseño unitario, en virtud de que a las conclusiones de la parte actora o acusadora, seguirán las contestaciones del demandado o acusado. Parecería que la multiplicación de cauces proyectivos, se vuelve a cerrar para finalizar como principiara: singular y complementariamente.

Ese diseño tendrá que volverse complejo, ahí donde la unidad procedimental incluya una variedad de procesos por la pluralidad de partes. [560] Sin embargo, por su cometido, la unidad proyectiva seguirá manteniéndose, porque en la fase confirmativa, el accionar de cada parte se complementará con el reaccionar de su contraria. Los medios de prueba, de acreditamiento, de mostración y de convicción, serán utilizados contra cada uno de los adversarios, debido a que la confirmación se enlazará a cada uno de los puntos del debate y no con el complejo indiferenciado.

Puede, en consecuencia, suponerse que la fase confirmativa es de mayor trascendencia que otras, y a su estudio se han destinado innumerables monografías y tratados, no sólo en la Europa continental y en Iberoamérica, sino en Inglaterra, la Unión Soviética y Norteamérica.

a) Confirmar es dotar a la pretensión de eficiencia fáctica. No todos los datos de la pretensión necesitan ser confirmados, porque algunos se vinculan con la normatividad del supuesto o con la del presupuesto, y en este camino lo que se requiere es implicación. Por ejemplo, podría discutirse si la noción legal de robo como la disposición de un bien mueble ajeno para sí o para otro, implica o no la retención de la prenda. Aquí hay un raciocinio, el intérprete especula con todo el caudal de su propia cultura, pero siempre en el plano estricto del pensamiento.

En cambio, cuando se trata de establecer si lo retenido fue el mueble entregado en prenda o uno diferente, se dice que se penetra en el campo de los hechos, y en este plano, lo que importa es confirmar lo afirmado. Es en el sector de la confirmación que los juristas se dividen, para sostener que la tarea varía del campo civil al penal. De acuerdo con la terminología más en boga, la idea se concentra en la llamada **carga** de la prueba, lo que apenas significa incumbencia de la confirmación, ya sea que corresponda al actor o acusador, o al demandado o acusado.

Es una proposición elemental en el derecho inglés, dice David Fellman, [561] que un mayor mínimo de prueba se necesita para apoyar una acusación criminal que un cargo civil. En lo civil es suficiente cierta preponderancia de la evidencia en favor de la parte vencedora. En lo criminal, la acusación debe probar la culpa más allá de toda duda razonable. Una de las bases de esta regla es la fuerza de la presunción de inocencia, porque para la ley inglesa siempre se parte de una fuerte presunción contra la comisión del delito. Una vieja máxima romana soporta esta posición: **Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat,** que significa que incumbe la prueba a la parte que formula la afirmación y no a la que la niega. Más

560 Supra Nº 174.

561 *The defendant's rights under english law, The University of Wisconsin Press,* 1966, pp. 103 y ss.

aún, agrega el autor, citando a J. W. C. Turner, [562] la historia muestra cuán necesaria es tal regla, enfática y universal, para proteger a los detenidos contra la credulidad y el prejuicio que inspira cualquier ofensa, y que momentáneamente puede inflamar la indignación popular.

De acuerdo con la ley inglesa, mientras más odioso sea el crimen, más elevado ha de ser el mínimo de la prueba necesaria, y puesto que el acusador tiene la obligación de probar su caso, se sigue que no debe haber condena cuando la evidencia sea igual sobre la inocencia y la culpabilidad.

b) Tal parece que la fase confirmativa ha girado secularmente sobre el principio de la incumbencia de la prueba y que, antes de desentrañar su sentido, es conveniente acudir a su concepción histórica, cual lo hace Gian Antonio Micheli, [563] quien comienza por darle el nombre del dogma de la carga de la prueba, consistente en el brocardo de que quien alega un hecho en juicio, tiene la obligación de probarlo, porque la afirmación misma no constituye de por sí una prueba.

Pero Micheli llega a afirmar, en contra del criterio de Pescatore que la regla de juicio en que se concreta la **carga** de la prueba, tiene un valor meramente contingente, dependiente de la estructura y de la función del proceso singular, así como del carácter del ordenamiento de que el proceso forma parte. [564] No admite, pues, el autor, que el problema de la confirmación se pueda encuadrar en una exposición lógica general, al menos desde el punto de vista de su incumbencia, pues de otra manera, tendría que contrastarse su criterio con la tesis de otros autores, como Antonio Dellepiane, [565] para quien la teoría de la prueba judicial guarda relación estrecha con la llamada metodología de la historia y con los métodos de otras diversas ciencias afines, dando lugar a una reunión de ciencias que llama reconstructivas.

Es, por tanto, recomendable advertir que Micheli se refiere a la tradición romana cuyo desarrollo histórico traza en cinco fases: en la primera, la afirmación en juicio pone sin más al agredido en la situación de deber disculparse o defenderse. En el segundo estadio, el juez establece cuál de las partes deba producir la prueba en juicio, sobre la base de reglas de experiencia que le indican quién se encuentra en mejor posición para aducirla. En el tercer momento se solidifican estas reglas, y junto a la prueba directa se forma la contraria, dirigida a combatir los resultados de la primera. En la combinación de los fenómenos considerados en los dos períodos últimos, aparece el dogma del derecho común, por el

562 *Kenny's Outlines of Criminal Law, Cambidge University press*, 1958, p. 479.

563 *L' onere della prova*, Padova 1942, pp. 3 y ss.

564 Cfr. la p. 5 de la traducción de S. Sentís Melendo a la edicción de 1942, Bs. As. 1961.

565 *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá 1961, p. 9.

cual, la **necessitas probatio** es considerada bajo el perfil exclusivo de la actividad probatoria individual, de manera que las reglas de distribución se manifiestan como reglas de prueba legal. Y en el último estadio, la actividad de las partes pierde su relieve como condición necesaria para conseguir un resultado favorable, al mismo tiempo que adquiere importancia la objetiva sujeción de las partes a los resultados probatorios, no sólo dependientes de su actividad, sino de la instructoria desarrollada por el juez. La regla de distribución adquiere la naturaleza de regla de juicio, puesto que en primer plano se sitúa la actividad de decisión judicial cuando el tercero imparcial no se encuentre en condiciones de fijar de otra manera el contenido de la propia decisión.

c) Micheli afronta, por tanto, un problema singular que ahora surge relacionado con la prueba, y es el que el juez debe juzgar en todo caso, no sólo cuando la ley se manifieste oscura y con lagunas, sino también cuando falten elementos de hecho, necesarios para formar su convicción.

Se diría que en lugar de estudiar el tema de la prueba, la atención se ha movido insensiblemente al extremo de la sentencia, para considerar con Dellepiane,[566] que toda cuestión judicial se apoya, casi siempre, en un hecho o grupo de hechos, respecto de los cuales existen divergencias entre las partes; pero en lugar de seguir por un camino subjetivo, estableciendo que esas cuestiones deben ser aclaradas por quienes sostienen puntos de divergencia, se tiende a implantar la tesis objetiva, por la que la investigación y delicadas operaciones dirigidas a establecer la exactitud de los hechos pasados, incumben a todos los sujetos del proceso.

Queda, entonces, abierto el camino para determinar lo que ha de entenderse por investigación, prueba, obligación de rendirla, objeto de ella y su trascendencia en el juicio. Si no ha de ser quien afirma el único encargado de confirmar, la idea de prueba judicial se acerca a la de prueba lógica.

d) El problema más delicado viene a ser ese ancestral concepto de la prueba que no se intenta resolver aquí, sino enunciarlo como antecedente del estudio relativo en el siguiente punto. La cuestión se centra en la vinculación que tiene la prueba con la confirmación, y en este sentido, sí se puede advertir que la última de las palabras consideradas, se relaciona natural y obviamente con la afirmación.

A todo lo largo de la historia, quien afirma ha venido obligado a ofrecer los medios de eficiencia que lleven a la confirmación; pero la regla no ha sido todo lo ortodoxa que pudiera pensarse en el primer momento de reflexión, porque ya en los ordenamientos romanos, en los germánicos

566 Op. cit., p. 16.

y aun en los precortesianos mexicanos, se acudió a las ordalías, si no es que se hicieron valer presunciones favorables a alguna de las partes, lo que condujo a duplicar el esfuerzo de la contraria. Además, tanto en lo civil como en lo penal, y probablemente más en el último campo, la modificación del principio lógico obedeció a circunstancias de hecho, a experiencias amargas que han advertido contra la rigidez del formulismo.

Sea cualquiera el concepto que se tenga de la prueba, la verdad es que no siempre se pueden emplear medios idóneos para alcanzarla. Esa tendencia del realismo norteamericano, explicable en su ámbito peculiar de la **judicial review**, por la cual los magistrados de la Suprema Corte han llegado a reconocer que alcanzan primero un convencimiento y luego buscan el dato que refuerce su punto de vista, no es sino el resultado de la carencia de una prueba en estricto sentido delante de este tribunal. Marginalmente, cabe recordar que no fue sino hasta el presente siglo, cuando Louis D. Brandeis sometió ante la Suprema Corte su breve alegato acompañado de cien dictámenes e informes médicos y de inspectores de fábricas, probando el daño que producía a la salud la excesiva jornada de trabajo, que se tuvo en cuenta una prueba efectiva ante ese alto tribunal.[567]

Al confirmar, pues, se suelen aplicar medios e instrumentos que no son propiamente probatorios, sobre todo si se piensa con la doctrina mayoritaria, que probar es encontrar la verdad de los hechos pretéritos, porque en este plano, alcanzar un grado de certeza es bastante difícil. Lo que acontece frecuentemente, es que con el nombre de prueba se realizan convicciones, acreditamiento y mostraciones, que influyen en el ánimo de los individuos, y ante la falta de otro medio, se acogen los resultados circunstanciales.

En el derecho anglosajón se ha dado el nombre de **evidences** a lo que en el continental europeo se ha venido calificando de prueba, y tal vez al variar la denominación se tenga un más correcto planteamiento del problema. Es por ello que aquí se intenta aludir a la función interdependente de la actividad procesal que se vincula necesariamente con los hechos afirmados, y se ha elegido el término confirmación, por lo mismo que, sea a través de la prueba o de otros medios, lo que se alcanza es un reforzamiento, una sustentación de los hechos afirmados. En pocas palabras, de la confirmación en la fase postulatoria, se pasa simplemente a la confirmación en la siguiente, y con ello se dejan los hechos suficientemente apoyados, como para llevar al juzgador al punto de la decisión favorable que se pretende.

567 *Equal justicie under law, The Foundation of the Federal Bar Association*, Washington 1965, p. 63.

181 Teoría de la prueba.

Todo el rubro de la confirmación ha sido estudiado tradicionalmente desde el ángulo de la prueba, con el resultado de atribuir a ésta cometidos propios de aquélla, desvirtuando por falsa generalización su significado científico.

Dellepiane [568] reconoce que en este tratamiento se tropieza con varias dificultades, la primera proveniente de la acepción del vocablo. En el derecho procesal, indica, se le usa en sentido de medio de prueba para designar distintos elementos de juicio, recogidos para establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso. Pero también se entiende por prueba la actividad de probar, de hacer la prueba, como cuando se dice **actor probat actionem,** indicando que es esta parte la que debe suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega. Y por último, se designa el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio, o sea la convicción, la certeza sobre la existencia de los hechos.

Prueba, ordinariamente, es ensayo, experimentación, revisión realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficiencia o exactitud de algo, de una cosa material o de una operación mental. En el fondo de toda prueba, agrega el autor, se descubre el elemento de la confrontación, se reduce a una comparación de la cosa o de la operación de que se duda, con otras que cercioran de su exactitud. Así, se rehace un raciocinio en la operación matemática o se confrontan cosas para averiguar si existe el acuerdo que precave de la ilusión. Y en este sentido amplísimo se hallan comprendidas las pruebas judiciales o al menos algunas de ellas.

Toda decisión judicial que remata el conflicto supone la determinación previa de la existencia de un hecho sobre el cual recae la aplicación de la ley. Si las partes concuerdan en la exposición de circunstancias, se dice que la cuestión es de puro derecho y esto acontece en muy pocos casos y esta es la razón por la que Dellepiane estima que casi siempre la cuestión judicial se apoya en hechos sobre los cuales hay divergencia, ya que las partes exponen versiones diferentes de los acontecimientos, y su esfuerzo se aplica a encontrar la exactitud de las afirmaciones que les favorecen respectivamente.

a) Semejante es el camino que sigue Devis Echandía, [569] quien sostiene que la noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, y por ello hay una noción ordinaria al lado de otra técnica, y ésta varía según la clase de actividad o de ciencia que se aplique.

568 Op. cit., pp. 13 y ss.

569 *Compendio de pruebas judiciales*, Bogotá 1969, pp. 1 y ss.

En las ciencias y actividades que Devis Echandía llama reconstructivas, la noción adquiere un sentido preciso y especial que es el que tiene el derecho. El jurista reconstruye el pasado para conocer quién tiene la razón en el presente y para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes. El historiador, el arqueólogo, el lingüista, etc., lo hacen para informar y valorar los hechos del pasado y para comprender mejor los actuales y calcular los futuros. La diferencia está en que en las consecuencias, las del legislador o del juez son imperativas y vinculantes en todas sus condiciones.

Si, en cambio, las del historiador o las del paleontólogo son informativas y polémicas, las operaciones son análogas para valorarlas y obtener conclusiones. Las causas judiciales pertenecen a la historia contemporánea, y la del juez es investigativa como historiador de casos concretos. Para el derecho es indispensable la prueba y esto se expresa ya en el adagio: tanto vale no tener derecho como no poder probarlo.

La prueba, concluye, tiene una función social, al lado de su función jurídica, y como una especie de ésta, tiene una función procesal específica. Junto al fin procesal de la prueba, existe el fin extraprocesal importante de dar seguridad a las relaciones sociales y comerciales, prevenir y evitar los litigios, servir de garantía a los derechos individuales y a los diversos **status** jurídicos.

Por tanto, Devis Echandía entiende por pruebas judiciales al conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.

De otra parte, y siguiendo a Antonio Rocha, [570] entiende por derecho probatorio una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, y que en general comprende la verificación social de los hechos, es decir, la prueba en sus múltpiles manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal.

Tal separación lleva al tema ya generalizado en la doctrina, de si las normas que regulan la prueba están en el derecho procesal o fuera de él. Cinco, dice Devis Echandía, son las tendencias: i) la que las considera de derecho material, ii) la que les asigna una naturaleza mixta, iii) la que les reconoce una natualeza exclusivamente procesal, iv) la que separa en dos ramos, sustancial y procesal al derecho probatorio, y v) la que les asigna una naturaleza especial.

Para él, la dificultad radica en decidir si se trata de una materia estrictamente procesal, o si es mixta, o si hay, como opina Guasp [571] dos ramas separadas del derecho probatorio. Y en este ámbito, el autor con-

570 *Derecho probatorio*, Bogotá 1962-63.
571 *Derecho procesal civil*, p. 333.

cluye aceptando la tesis de Jaime Guasp, sobre la existencia de dos clases de pruebas, procesales y materiales, y, por tanto, de dos ramas del derecho probatorio: la procesal, conocida como pruebas judiciales, y la material o sustancial, ambas como especies del género que puede denominarse derecho probatorio. Pero limita la segunda de esas normatividades, que es la que establece las solemnidades **ad substantiam actus.**

b) No parece sino que el estudio sobre la prueba deba comenzar inquiriendo qué sea. Se trata de la naturaleza de este objeto lógico de conocimiento, que la doctrina ha venido explorando por diversos caminos, desde la afirmación de que probar es hacer conocidos del juez los hechos disputados,[572] hasta la idea de que es el argumento que se hace ostensible en la cosa dudosa como quisieron enseñar Accursio, Cino y Bártolo, o como medio lógico de uso común y general, destinado a servir de causa de credibilidad para la existencia o inexistencia de otro hecho, según dijera Bentham.[573]

Un breve recorrido por las obras de los autores más comentados, muestra que sobre la naturaleza de la prueba se han expresado variedad de ideas. Para Nicolás Framarino[574] la prueba es el medio objetivo con el cual, el espíritu humano se entera de la verdad, la eficiencia de la prueba será mayor cuanto más clara, más plena y más seguramente infunda en el espíritu esta posesión de la verdad que se cree tener. Por tanto, para conocer la eficiencia de la prueba, se necesita conocer cómo se han reflejado las verdades en el espíritu humano, este estado ideológico producido en el espíritu mediante su actividad, respecto de la cosa investigada; de ahí que el autor refiriera el espíritu al conocimiento de un hecho dado, para iniciar el recorrido desde el estado de ignorancia, pasando de la ausencia de conocimiento a la credibilidad en donde existen motivos para el conocimiento afirmativo tantos como para el negativo, y así pasar a la probabilidad que sería el imperio del conocimiento afirmativo, ascendiendo finalmente a la certeza que sería el triunfo del conocimiento afirmativo.

En Francia, Eduardo Bonnier[575] explicaba que se descubre la verdad cuando hay conformidad entre las ideas y los hechos de orden físico o moral. Probar sería establecer la existencia de esta conformidad, y las pruebas serían los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.

572 Carlos Lessona, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Trad. Enrique Aguilera de Paz, Madrid 1928, T. I, p. 3.

573 *Tratado de las pruebas judiciales*, Trad. José Gómez de Castro, Madrid 1835, T. I, p. 23.

574 *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Madrid 1895, T. I. pp. 2 y ss.

575 *Tratado teórico práctico de las pruebas en derecho civil y penal*, Trad. de los editores de la biblioteca de Jurisprudencia, México 1874, T. I, pp. 5 y ss.

En Alemania, C. J. A. Mittermaier [576] explicaba que la prueba de parte de quien la propone, es una palabra tomada subjetivamente, y designa los esfuerzos para fundar la convicción en el ánimo del juez, y ponerle en estado de decidir con toda certeza acerca de los hechos de la causa; prueba y administración de prueba son sinónimos en este sentido. Pero entendida la prueba con relación a quien se produce, viene a ser sinónima de certeza, se toma objetivamente y comprende el conjunto de motivos poderosos que sirven para concluir con toda seguridad, que son reales y efectivos los hechos de la inculpación. Hacer la prueba no es en el fondo, otra cosa que querer la demostración de la verdad y el convencimiento del juez, quien para sentenciar necesita adquirir plena certeza. Como verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento, dejando de lado otras clases de verdad, respecto a la historia que trabaja con los hechos, está subordinada a ciertas reglas que la razón y la experiencia demuestran como las más a propósito para llegar al fin propuesto; pero es preciso concluir también que antes de pronunciar sobre la verdad de los hechos, cada persona experimenta la influencia de su carácter individual, de suerte que la sentencia judicial es evidentemente subjetiva.

Para Francisco Ricci [577] probar vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido, y ha existido de un determinado modo y no de otro. Los hechos permanentes se aprehenden directamente con el auxilio de los sentidos, no siendo necesarios medios que dirigiéndose a la razón produzcan el convencimiento de su existencia. Pero el reconocimiento no es un medio de prueba, en el sentido estricto de la frase, sino un modo de consignar un hecho que cae bajo la actividad de los sentidos. El auxilio, sin embargo, del científico y del técnico, si ayudan al juez a apreciar un hecho permanente, no se dirigen a influir en su ánimo el convencimiento de un hecho que fue, y he aquí por qué el dictamen pericial no se comprende entre los medios de prueba propiamente dichos. Sólo refiriéndose a los hechos transitorios, de los cuales se han derivado relaciones jurídicas entre los contendientes, es cuando se siente la necesidad de recurrir a los varios medios de prueba, porque no siendo dado aprehender el hecho, realizado ya, mediante los sentidos, es preciso aprehenderlo en virtud de un procedimiento lógico que se cumple en la inteligencia, merced al empleo de diversos medios adecuados para provocar el convencimiento de que un hecho dado se ha realizado. Los medios adecuados para provocar y producir en el ánimo del juez el convencimiento

576 *Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal, y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc., etc.* Trad. por un abogado del ilustre colegio de Madrid, México 1853, pp. 64 y ss.

577 *Tratado de las pruebas*, Trad. de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Madrid S/f. T. I., pp. 11 y ss.

de un hecho dado son los determinados por la ley y no otros, de tal suerte que la ley sería violada si el juez fundara su convencimiento en medios de prueba que la misma no reconoce como tales. Las pruebas son de dos especies: una comprende la constituida antes del juicio: **probationes probatae,** la otra la prueba que debe producirse en la contienda y en el curso del juicio mismo: **probationes probandae.**

En México, primero Silvestre Moreno Cora,[578] y luego Mateos Alarcón,[579] apoyados en la doctrina europea de Mittermaier, Domat, Lessona, Rossi, Fiore, Planiol, Escriche y Laurent, estimaron que la palabra prueba puede ser tomada en acepciones diferentes. Unas veces significa los medios que la parte emplea para fundar la convicción del juez, y otras el conjunto de los motivos que obran en el espíritu de éste para concluir que son reales y efectivos los hechos que ante él se han alegado, como generadores de los derechos que está llamado a declarar. Y refiriéndose a los ramos de la ciencia jurídica a que corresponde el que Moreno Cora denominara derecho probatorio, es decir si al sustantivo o al procesal, el autor se mostró indeciso, porque a semejanza de lo que sucede con el matrimonio, que visto desde un aspecto pertenece al derecho público y desde otro al privado, el derecho probatorio, concluía, pertenece a la vez al material y al procesal, según que se considere, ya la eficiencia y el valor de las pruebas presentadas en juicio, ya la manera de producirlas; sin embargo, por razones de conveniencia, finalmente se inclinó a dejar el derecho probatorio, bajo todos sus aspectos, formando parte del derecho procesal.[580] Y el mismo criterio siguió Mateos Alarcón, advirtiendo que si muchas legislaciones modernas, a imitación de la francesa, incluyen las reglas relativas a la prueba entre las concernientes a las obligaciones, como si solamente estuviera sujeta a prueba la existencia de éstas, en el derecho mexicano, siguiendo el criterio del romano, se han estimado que las pruebas judiciales son materia exclusiva del derecho procesal.[581]

Para no alargar demasiado la nómina de exposiciones, bastará recordar lo que han explicado otros tres autores. Desde luego, Carlos Lessona[582] considera que probar es hacer conocidos por el juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su modo preciso de ser. A esta definición que califica de práctica, le contapone las opiniones de Azzone, Accursio y Bártolo, Goffredo, De Mattarellis, Baldo, Mascardo, Ubero, Domat, Bentham, Gennari, Laurent, Del Giudice, Gianturco y Ricci, que con-

578 *Tratado de pruebas judiciales en materia civil y en materia penal conforme a la legislación vigente en el Distrito Federal y en el Estado de Veracruz*, México 1904, pp 21 y ss.
579 *Estudio sobre pruebas en materia civil, mercantil y federal*, México 1917, pp. 7 y ss.
580 Op. cit., p. 60.
581 Op. cit., p. 8.
582 *Teoría general de la prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc.*, Trad. Enrique Aguilera de Paz, Madrid 1928, T. I, pp. 3 y ss.

sidera de autoridad por ser especialistas sus autores y originales en su elaboración. Pero además, distingue la prueba de la forma que es parte sustancial del hecho; la prueba que atestigua la verdad del hecho de modo directo, de la presunción que lo hace de modo indirecto y que se considera equivalente de indicio, conjetura, signo, sospecha o adminículo.

Más tarde, Francisco Carnelutti,[583] intentó dar el significado legal de la palabra prueba que en el lenguaje común se usa como comprobación de la verdad de una proposición y que, en rigor, debe diferenciarse del procedimiento empleado para tal verificación, como se ve claramente en el ejemplo de la operación matemática. En su concepto, la prueba jurídica de los hechos controvertidos puede no derivar de la búsqueda de la verdad, sino de los procedimientos de fijación formal por tanto, probar no quiere decir demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos, mediante procedimientos determinados.

Por último, el propio Alcalá Zamora y Castillo,[584] luego de advertir que siendo la prueba el nudo del drama procesal, paradójicamente se comprueba que pese a su decisiva importancia no siempre se procede a su práctica. La prueba tiende a proporcionar al juzgador el conocimiento de la verdad acerca de cuestiones, generalmente fácticas, que ha de tomar en cuenta para emitir sus resoluciones. Durante la Edad Media, bajo el imperio de la prueba legal o tasada, se quiso establecer que el juez tenía que pronunciar según lo alegado y probado y no según conciencia, porque de acuerdo con los cánones del procedimiento escrito, **Quod non est in actis non est in mundo.** Pero junto al deslinde jurídico, queda el aspecto psicológico que arrastra al funcionario a determinada decisión bajo el influjo consciente, subconsciente o inconsciente de cosas o sucesos sabidos por él. Concebida la prueba como conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial para decidir el litigio, sin perjuicio de que suela llamarse prueba al resultado y a los medios, dicho cercioramiento sólo puede emanar de dos fuentes: la aportación de las partes por sí o mediante terceros por ellas propuestos, y la averiguación judicial. La primera prevalece en el proceso civil y se le denomina verdad formal o aparente, mientras que la denominada material, real o efectiva, goza de mayor predicamente en el área del enjuiciamiento criminal, donde el principio de oficialidad dispone de más amplias y frecuentes oportunidades.

c) Pese a las invocaciones de la experiencia, de las ciencias o de la lógica, las explicaciones doctrinarias siguen ignorando sus reglas. El hecho innegable es que se tiene de la prueba un concepto inadecuado, que la

583 *La prueba civil*, Trad. de la Segunda edición italiana de 1947, por Niceto Alcalá Zamora y Castillo. Bs. As. 1955, pp. 37 y ss.

584 *Estudios de derecho probatorio*, Concepción, Chile 1965, pp. 110 y ss.

palabra se usa equívocamente para significar lo mismo a la verdad que al convencimiento, al conocimiento que a la credibilidad. Hay casos, como el de Dellepiane [585] que habla de ciencias reconstructivas como la astronomía, la geografía, la antropología, la zoología, la botánica, la lingüística o la sociología, a más de un extenso grupo que califica de disciplinas en grado más o menos avanzado de sistematización; y que luego indica que reconstruir es un acto ideal o mental y a lo sumo la reconstrucción es figurada. Sobre esta base, el autor procede a separar la teoría de la prueba judicial en dos sectores, uno correspondiente al juez civil cuya actitud es pasiva y para quien la prueba es una confrontación, y el otro al juez penal cuyo poder de iniciativa es ilimitado, y cuya función se confunde con la del investigador científico, la del historiador, la del cultor de una disciplina reconstructiva, en cuanto su tarea es buscar y allegar rastros, documentos, para establecer la existencia de hechos fenecidos, de cuya realidad se asegurará después confrontando sus verdades hipotéticas con los elementos de juicio reunidos.

Por un camino semejante va la mayoría de los estudios sobre el tema. Y lo más importante es que los autores han establecido la clara diferencia que hay entre probar y prueba, entre buscar el dato y éste. Si la prueba es un objeto de conocimiento, tiene que ser, por la hipótesis misma de su construcción, algo diferente a lo probado. Esa idea de la prueba como la verdad y de ésta como la relación entre una proposición y un acontecimiento, es ya un índice que confirma el criterio de separación indispensable.

Lo exacto es que la prueba, cualquiera sea su consistencia, tiene un lugar aparte y distinto, primero de lo probado y, segundo, de la verdad. Si la última queda reducida a la significación, es decir, a la mera conformidad entre el signo y el significado, entonces la verdad podrá tomarse como un valor de la proposición, haya o no necesidad de prueba. Hay verdad en la frase que cuantifica la evidencia y en este campo y en tal momento, la prueba sobra. Diferente es la situación cuando la proposición se limita a predicar calidades que deben ser probadas. Por tanto, la función de interdependencia que se constituya entre la verdad y la prueba, es una operación lógica posterior al procedimiento probatorio y posterior a la resultante que es la prueba misma.

De otra parte, existe la posibilidad de probar la mentira, la ficción, lo contrario a la verdad, y en esto se confirma que la relación entre la verdad y la prueba es la misma que existe entre la significación y su calificación. No puede decirse que en el derecho sólo se prueba la verdad, precisamente cuando el proceso permite que la confirmación de un aserto contrario al primeramente sostenido, verifique la falsedad de lo controvertido.

585 Op. cit, p. 29.

Así pues, en la búsqueda de la solución adecuada, el juzgador puede encontrar probada una falsedad y negar lo pedido con este motivo. En este sendero, no es necesario alcanzar la verdad, y el juez que rechaza la demanda o la acusación, no dicta una sentencia en que conste la verdad de los hechos pasados, sino la no comprobación de los imputados.

d) En orden de importancia, el primer lugar debe corresponder al concepto y existencia de la prueba, y el segundo al procedimiento probatorio. Se podría explicar esto de otra manera, diciendo que la naturaleza de la prueba viene a determinar el procedimiento para alcanzarla.

La prueba es, cronológicamente, un resultado. Ahora bien, como producto de un procedimiento, es indudablemente un objeto de conocimiento. Su vinculación con el hecho que se prueba conduce a una duplicación de objetos de conocimiento. Mientras tal circunstancia no se tenga presente, la teoría sobre la prueba fallará.

Sentado que uno es el objeto de conocimiento a probar, y otro el objeto de conocimiento llamado prueba, la relación lógica que se establece entre ambos determina el procedimiento probatorio.

La ejemplificación ofrece suficiente claridad y hay que acudir a ella en este caso. Si se afirma que el calor dilata los cuerpos, esta proposición es un primer objeto de conocimiento a conectar con otro que toma el nombre de prueba: encontrar un cuerpo dilatado por el calor. El procedimiento a seguir está explicado por la Física y es factible construir una fórmula que vendría a ser el reglamento de la actividad probatoria. Cuando de este tratamiento se pasa a la experiencia, el camino a seguir es absolutamente técnico: identificado el objeto que se considera dilatado, se invoca la ley física y se practica la fórmula que invaría cuerpo y calor.

Ahora bien, en el campo jurídico se apela con frecuencia a las fórmulas técnicas, supuestos procedimientos de prueba de otras ciencias. Así, en la medicina legal, el perito acude a exámenes y análisis que le permiten realizar **conjeturas.** Esto proviene del hecho de que los dogmas están sujetos a contradicción por los nuevos descubrimientos. Lo que realiza el médico legista es una reconstrucción de hechos pasados con elementos presentes, y sólo cuando algunos puntos particulares determinan la certeza del resultado por la seguridad en el procedimiento, se puede hablar de verdadera prueba o prueba absoluta, como en el caso de una herida penetrante del corazón, un disparo en el cráneo, intoxicación por CO, etc. A su lado, se parangonan las huellas dactilares, que establecen la presencia en el lugar del delito. [586]

586 C. Simonin, *Medicina legal judicial*, Trad. C. L. Sánchez Maldonado, Barcelona 1962, p. 38.

La circunstancia de que en la medicina legal no se puedan establecer pruebas absolutas sino en escasos extremos, ha conducido a un sector diferente, al de la convicción. Para que la convicción sea razonada y no a ciegas, dice Simonin, debe reposar sobre tres garantías que hacen nacer una certeza moral: i) Un haz de argumentos convergentes y también perfectos, que se puede exigir en el estado actual de la ciencia. ii) La refutación convincente de las objeciones y de las críticas de la parte adversa. iii) La ausencia de argumento favorable a la tesis contraria, después de haber rebuscado las divergencias, las desemejanzas y las contradicciones.

Las conclusiones no son evidentes, pero aceptables, puesto que la realidad práctica de una cosa indemostrable, desde el punto de vista rigurosamente científico, puede ser admitida. Si se reúnen todas las condiciones de demostración, no hay lugar a duda. En tal caso, la prueba medicolegal es convincente, puede ser incluso irrefutable; pero no es absoluta.

e) Aquí pues, en este plano del proceso penal, hipotéticamente considerado el idóneo para la búsqueda de la **verdad** verdadera, impera la mera convicción, la certeza subjetiva, el criterio moral. En el estado actual de los conocimientos médicos, la reconstrucción es circunstancial, apenas creíble. Y contra esta situación, se flagela implacablemente la posición del juez civil, que se inclina por la llamada **verdad** formal, derivada de constancias que acreditan el hecho pasado.

En todo el campo de las cuestiones médicolegales ha de prevalecer la relación causal entre el acto del agresor y el daño físico producido. Si un sujeto hiere a otro, puede suceder que todo el daño provocado sea la consecuencia directa y exclusiva de la lesión inicial, en cuyo caso la responsabilidad del autor es indiscutible. Pero la lesión inicial puede resultar agravada por actividad patológica de enfermedades de la víctima o de nuevos procedimientos morbosos sobrevenidos en su evolución; en cuyo caso se presenta la necesidad de establecer si la responsabilidad es por todo el daño o por una parte solamente. En el segundo caso, habría una concausa agregada al traumatismo. El problema de la concausa interesa al derecho penal, para graduar la responsabilidd de agresor, y en accidentes del trabajo, para fijar la obligación de indemnización del patrón. En el estudio de la concausa hay que distinguir dos formas: la concausa preexistente y la concausa sobreveniente; pero deben ser descartadas las llamadas fisiológicas y anatómicas, como el embarazo, la menstruación, y las anomalías anatómicas.[587] En estas condiciones, hablar de prueba es llevar el concepto a una generalización de tal amplitud, que puede significar **conjetura**, hipótess, opinión o mera convicción.

587 Nerio Rojas *Medicina Legal*, Bs. As. 1956, pp. 91 y ss.

Va de un extremo al otro, del criminal al civil, una condicionalidad que determina la grave diferencia del comportamiento del juzgador. Es increíble que el delincuente propale anticipadamente su intención y divulgue los medios de que ha de servirse para cometer el crimen, no se trata de que se desconozca su **modus operandi**, sino de que el autor de la conducta transgresional no hace previa publicidad de ella. En cambio, en lo civil, y más aún en la mercantil, el anuncio es frecuente y hasta necesario. Las ventas a plazo, a condición, los préstamos con garantía hipotecaria, la celebración del matrimonio, el nacimiento de un hijo o su bautizo, en fin, la policitación, son conductas que se avisan. Por lo mismo, el autor de los hechos tiene en lo criminal una actitud de reserva, en tanto que en lo civil es de abierta participación general. El hecho criminal ha de reconstruirse por indicios, el civil queda objetivado.

Al pasar al campo de la prueba de lo criminal se pueden encontrar confirmaciones aisladas que hay que vincular con experiencias, criterio común y participaciones de conocimiento más o menos creíbles. De lo civil, en cambio, es apenas natural que se dejen constataciones y aun que se procuren medios de conocimiento que para la ley merecen certeza por la forma imperativa que establece. En esta distinción se apoya el distinto criterio valorativo de los objetos de conocimiento; pero ello en nada impide que la prueba, la verdadera prueba, pueda ser lograda por el procedimiento adecuado a cada fenómeno. Es aquí que surge el concepto, porque la prueba no es ni la credibilidad, ni la convicción, ni la inferencia de indicios o de ciencia privada, sino la verificación.

f) Por tanto, se podría definir a la prueba como: la eficiente producción de un objeto de conocimiento mediante la aplicación de la fórmula dada por su propia legalidad científica.

La prueba es un resultado, el objeto a probar lo fue también. Este ha tenido una producción sujeta a reglas que la ciencia ha convertido en proposiciones verificables. En la verificación, el encuentro del resultado es la obtención de la prueba.

Lo que conviene recordar es que la prueba no es el acontecimiento probado. Si se pierde de vista tan sencilla noción, se tenderá a efectuar transposiciones, pensando que se ha recuperado lo irrecuperable. No se puede volver sobre el pasado cronológico definitivamente, de manera que la prueba es un objeto distinto del probado.

Es cierto que en pocas circunstancias jurídicas se puede encontrar la prueba, principalmente porque los objetos de conocimiento son del tipo temporal, es decir, casi siempre se tropieza con conductas y el porcentaje de hechos verificables es limitado. De ahí que el campo de la prueba sea reducido, demasiado poco en contraste con lo improbable.

Pero la prueba vive en la ciencia, y de ahí que cuando se encuentren fenómenos cuya poducción regular sea verificable con exactitud, como los acontecimientos físicos o los químicos, un buen número de los biológicos y todos los matemáticos, entonces el derecho puede acudir con seguridad a la prueba.

Esto implica dejar fuera del rubro a la mayor parte del catálogo que traen los códigos, pero no se trata de abandonar otros medios de confirmación, tan sólo de considerar su diferente calidad. Un acreditamiento, una convicción, o una mostración, serán ajenas a la prueba por la hipótesis misma en que se dan. Sin embargo, también los procedimientos para alcanzarlos y los resultados a que se llega en cada caso, están previstos en las leyes y tienen imputadas consecuencias normativas, que para los fines de la convivencia social, en la que se encuentra la sentencia judicial, son suficientemente útiles.

Queda, eso sí, descartada la posibilidad de hablar de ciencias o técnicas reconstructivas como lo hace Dellepiane, porque ni la prueba trae al conocimiento el objeto ya pasado, ni otras formas confirmatorias son reconstructivas, y así se mira en la mostración que toma contacto directo con el acontecimiento, o con el acreditamiento que por su índole objetivadora excluye la dicha reconstrucción.

Hablar de la prueba es limitarse a los resultados periciales, porque todo procedimiento científicamente establecido es aplicado por expertos, de manera que el conocimiento del resultado es, al mismo tiempo, certeza de la verificabilidad de las reglas empleadas. Las leyes suelen colocar a la pericia al lado de otros medios científicos, o bien la relegan a un plano secundario: esto obedece a que en el primer caso se ha creído que hay otras maneras de adquirir un objeto probatorio, olvidando que lo importante es el procedimiento que respeta las leyes confirmadas sistemáticamente, y en el segundo extremo, se ha hecho una falsa generalización, suponiendo que basta ser técnico para ser científico cuando lo correcto es observar que muchas técnicas son meros caminos de invariaciones que pueden ofrecer un resultado sólo con ciertas posibilidades y no con la certeza y de la manera absoluta que pide la ciencia. La prueba es, pues, resultado científico y el técnico un perito en ella.

182 La mostración.

Carnelutti ha pensado[588] que puede haber una prueba directa frente a una indirecta. Después de lo anotado sobre la prueba, es apenas consecuente anticipar que tal criterio es absolutamente infundado.

588 *La prueba civil*, pp. 56 y ss.

Pero el autor parece adelantarse, indicando que existe una resistencia difundida a incluir la prueba directa, o sea la percepción misma del hecho a probar, dentro del concepto genérico de prueba. Diversos tratadistas, indica, concuerdan en restringir la noción de prueba a la que ha llamado indirecta. Ya Bentham expresaba que toda prueba comprende, por lo menos, dos hechos distintos: uno que se puede llamar hecho principal, y es aquel del cual se trata de probar que existe o no; y otro que es el hecho probatorio, que sirve para probar el sí o el no del principal. Y Pescatore encontró que los hechos que se perciben por sí mismos no son objeto de prueba, porque no se prueba aquello que es visible de por sí y evidente. Y Von Canstein se lamentaba que no fuera convenientemente apreciada la diferencia entre la inspección judicial y la prueba, y de que, por tanto, la inspección se confundiera con la prueba, siendo que en ésta la verdad no se establece inmediatamente con la percepción del juez, sino mediatamente con los argumentos de verdad, o sea, con el testimonio de terceros, los indicios y los argumentos.

Pero Carnelutti explicó que la resistencia se apoyaba especialmente en el concepto de la prueba como acto de suministrar los medios de prueba. Si por prueba se entiende, no la comprobación del juez, sino el acto de la parte que le suministra los medios de la búsqueda, entonces falta realmente la prueba, porque cuando el juez percibe directamente el hecho a probar, no hay más actividad que la suya. Debiera bastar la rectificación del concepto de prueba, dice en seguida el autor, sobre la que no cree necesario insistir, para quitar el pretexto a esta restricción de su definición y situarla en sus justos límites; puesto que prueba es el procedimiento de fijación de los hechos controvertidos por parte del juez, y puesto que la percepción del hecho a probar es la forma más eficaz y sencilla de este procedimiento, también la prueba directa es verdadera prueba.

Sin embargo, agrega que en realidad no basta ello, porque existe todavía otro error que sostiene el concepto examinado, y es que no se identifica la prueba con el **actus probandi**, y sin embargo se insiste en excluir la inspección del campo de los procedimientos probatorios, porque mientras la percepción da como resultado la certeza, el resultado de la prueba es la persuación ocasionada por una altísima verosimilitud. Esta antitesis, explica, no existe, no hay diferencia alguna, sino a lo sumo de grado, entre el resultado de la prueba directa y el de la indirecta; aquí y allí el resultado no es otro que la persuación del juez, más o menos intensa, o sea la verosimilitud más o menos acentuada; al contrario, si hay una causa de falacia de la prueba histórica comparada con la prueba lógica, se encuentra precisamente en la falibilidad de la percepción. La prueba la aporta quien aporta la certeza. El centro del error de Von Canstein al estimar que de haber certeza no media apreciación de la prueba, estriba

en que mediante la percepción el juez comprueba la afirmación de las partes.

a) Este criterio sobre la mostración, que se plasma normalmente en el reconocimiento, llamado también inspección judicial, es casi el general, probablemente porque todo proviene de la clasificación que se suele hacer de las pruebas. Del reconocimiento judicial, dice Dellepiane [589] que es prueba directa porque se dirige casi siempre, más que a establecer el hecho principal o el caso discutido, a recoger y precisar hechos que servirán de indicios para establecer aquél.

Es Devis Echandía [590] quien señala la importancia de la clasificación, y habla de una principal o verdadera, porque contempla a la prueba desde los diversos aspectos o puntos de vista según su objeto, su forma, su estructura o naturaleza, su función, su finalidad, su resultado, su origen, su utilidad y sus relaciones con otras pruebas. Y en este camino, distingue por su objeto, las pruebas directas de las indirectas o pruebas principales y accesorias. Hay prueba directa o inmediata, cuando existe identidad o unificación entre el hecho probado y el hecho que prueba, porque el objeto de la prueba es el mismo. Por tanto, si en un primer momento parecería que Devis Echandía advierte con toda precisión la diferencia entre la prueba y el hecho que se prueba, en la conclusión se mira lo confuso de identificarlos. De esta manera, llega a decir que se tiene el conocimiento del hecho por probar de manera directa e inmediata, mediante la percepción del juzgador. En la actividad de éste hay un cierto grado de razonamiento inductivo que le permite la identificación de lo percibido con lo que se trata de probar, aunque sin duda, la función predominante es de simple percepción mediante los sentidos. El ejemplo es la inspección judicial: el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba y por probar; en las demás pruebas, el juez recibe la percepción que del hecho por probar ha tenido otra persona: las partes en la confesión y en el documento; los terceros en el testimonio y en el peritaje; pero también puede percibir un hecho diferente que le sirve de medio para inducir el que se trata de probar, como en los indicios, por lo cual son, como quieren Carnelutti y Florián, indirectas, mediatas. Suele decirse, indica, que en la prueba directa el hecho es prueba de sí mismo, pero cree que es más exacto afirmar que basta la verificación del juez mediante sus sentidos del hecho mismo, para que haya prueba.

Más adelante, [591] tratando de la inspección o reconocimiento judicial, explica que consiste en el examen que el juez hace directamente del hecho que se quiere probar, para verificar su existencia, sus caracterís-

589 Op. cit., p. 59.
590 Op. cit., pp. 194 y ss.
591 Cit., pp. 464 y ss.

ticas y demás circunstancias, de tal modo que lo percibe con sus propios sentidos, principalmente el de la vista, pero también en ocasiones con su oído, su tacto, su olfato y su gusto, y cita como doctrina a Lessona.[592] y a Bonnier.[593] La inspección puede recaer sobre el mismo hecho que se quiere probar o sobre otro que a su vez sirve de prueba a aquél. En el primer caso la inspección sería un medio directo, existiendo sólo el hecho que se quiere probar. En el segundo habría dos hechos: el que prueba y el que se quiere probar con éste, y entonces la inspección judicial es prueba directa del hecho indicador o indicio, y prueba indirecta del hecho indicado o que se pretende probar con el primero.

b) Sobre el mismo tema, Francois Gorphe[594] llama al reconocimiento verificación judicial, y explica que es la más simple y segura de las pruebas, porque suprime toda discusión y dispensa de comentarios dilatados, al punto de que en derecho no constituye un medio de prueba distinto. En realidad es un medio de demostración, pero no por esto deja de ser el mejor medio de convicción o de conocimiento. En estas palabras de Gorphe se encierra todo el cúmulo de confusiones que querría un sofista: prueba segura porque no hay discusión, medio de demostración y al mismo tiempo de convicción y conocimiento.

Su idea es que la observación, que es la base de la ciencia, es también el más sólido punto de partida para cualquiera investigación judicial. El espíritu de observación es una cualidad esencial para el policía y el juez de instrucción, es útil para todo magistrado. La exactitud de la sentencia proviene principalmente de la precisión de las observaciones en las que se funda, y los psicólogos aconsejan esforzarse en la observación para poder juzgar bien, pues la simple comprobación de un objeto o de un acontecimiento es debida a un juicio, por elemental que sea, al mismo tiempo que sirve de punto de partida a otros juicios más complejos. En materia judicial la observación se reduce a verificaciones que generalmente son realizadas por los agentes de la policía judicial, por los testigos o los expertos: se relacionan entonces con la prueba testimonial o el peritaje. Unicamente cuando son realizadas por el mismo juez en el ejercicio de sus funciones, constituyen verificaciones judiciales: pruebas por percepción directa de un objeto o de un hecho. Sucede así cuando se presenta una pieza de convicción ante un juez o tribunal, éste verifica, por ejemplo, que el cuchillo está manchado de sangre o que el documento contiene tal indicación, etc. El investigador criminal debe observar, como el sabio, sin

592 *Teoría general de la prueba*, T. V, Núm. 1.

593 *Tratado de las pruebas*, T. I, Núm. 107.

594 *La apreciación judicial de las pruebas*, Trad. Delia García Daireaux, Bs. As. 1967, pp. 175 y ss.

ideas preconcebidas y con espíritu investigador, al mismo tiempo que con precisión y minuciosidad. Estas cualidades son las que dan valor a las verificaciones y el juez deberá tenerlas en cuenta para apreciar la prueba.

El principal riesgo de error que subsiste para el juez, y principalmente para el jurado, es confundir con la percepción propiamente dicha una inferencia inconsciente, que tiende a sumarse a aquélla por efecto de una asociación de ideas, cuando la percepción del objeto sugiere la idea de otra cosa estrechamente unida. Se ha observado el efecto sugestivo de las piezas de convicción expuestas ante el jurado. Si un testigo habla de un arma que se encontró en casa del acusado y se presenta un arma similar, existirá una tendencia a no ver en ella esta arma como tal, sino la misma del acusado, sin que el testigo lo diga. Si se presenta una fotografía del lugar donde se produjo una colisión, existirá una tendencia a considerarla contemporánea al accidente, aunque haya sido tomada en el momento del proceso y el estado del lugar hubiese podido cambiar después. Se requiere un hábito profesional o un esfuerzo del espíritu para separar la inferencia de la simple percepción, para tener solamente como percibido lo que se tiene ante los ojos y esperar que existan datos suficientes para establecer la inferencia. Sin embargo, esto es lo que exige la corrección de la prueba, o por lo menos su control.

c) Queda ubicado el problema en sus coordinadas comunes: un medio de confirmación que ha sido llamado prueba. Una supuesta prueba que se califica de medio directo o inmediato. Un medio que se supone el más simple y seguro, a pesar de ser fácil caer en la inconsciente inferencia. Todo esto viene a ser el reconocimiento, inspección o mostración.

Tantas contradicciones no pueden arrojar luz sobre el tema. La verdad es que ha de comenzarse por indicar que la mostración no puede ser prueba. Si se ha dicho que la prueba es un objeto de conocimiento, diverso del acontecimiento u objeto a probar, es manifiesto que si se tiene el contacto directo del objeto, no se necesita prueba.

Cuando es necesario que ante el juez comparezca un individuo, por dudarse de su edad, y el juzgador con sólo mirarlo comprende que se trata de un infante, de un menor de edad, no se ha probado nada. Se ha mostrado, se enseñado y ha habido percepción directa. Cuando se quiere establecer la competencia por cuantía y se lleva al juez al lugar de la ubicación del bien inmueble objeto del conflicto, con sólo mirarlo, el juzgador determina que no puede valer menos de mil pesos. En este contacto directo, no hay prueba, hay mostración y hay inferencia, pero no prueba.

Esta parte de la doctrina es interesante, porque viene a señalar las posibilidades del reconocimiento. No se trata en todos los casos, y así lo han considerado Carnelutti o Florián, Devis Echandía o Gorphe, de pro-

bar directamente un objeto o acontecimiento. En muchas ocasiones se quiere dar un indicio, un dato, una huella o un punto de apoyo en la inferencia. En la mostración, no hay prueba, todo lo más, habrá un elemento de invariación en el pensamiento, pero no hay verificación. Si el juez duda del valor de las cosas, para establecer su competencia hará, como lo manda el título especial de la justicia de paz, del código procesal civil distrital mexicano, que los peritos vengan a determinar el precio. Y si esta intervención no es necesaria, es porque el juez puede ver, oír, oler o tentar, como indica Devis Echandía. Si se quiere mostrar la cuarteadura del edificio, se llevará al juez para que lo contemple en presencia de las partes.

Pero entre mostrar, entre hacer la inspección y concluir hay una enorme diferencia. El juez que percibe no está probando, no es sujeto de la verificación. Sólo se limita a tomar contacto con las cosas, con los sucesos, pero no prueba, no verifica, no produce el acontecimiento científicamente, como deberá hacerlo el experto en la prueba.

Se dice que la inspección viene a ser una prueba crítica o lógica.[595] Esto sería tanto como confundir la mostración con la inferencia que tanto distingue Gorphe. Para Devis Echandía, aquí hay una cierta discrepancia con la prueba histórica, por ejemplo, en el testimonio, la confesión o el documento, porque ahora se percibe directamente el hecho objeto de la prueba. En realidad ese hecho u objeto, la cosa mostrada, no puede ser materia de prueba, pues si se encuentra frente a los sentidos del observador, todo lo más se le podrán advertir algunos detalles que requieren de una visión más atenta, pero no hay prueba, hay mostración, cuidadosa y paciente observación, y ningún experimento, propio de la ciencia.

Si se califica de formal a esta mostración, se le está parangonando con algo muy diverso, como es el valor que se da a la percepción.

d) La grave falla de Carnelutti estribó en querer demostrar que había prueba por la calidad de los sujetos que intervienen. Si es el juez y no las partes quién percibe, Carnelutti entiende que la simplicidad del procedimiento directo oculta el concepto de prueba que tiene un mecanismo más complejo. Si el juez ve con sus ojos, dice, aguza la indagación y hay prueba porque mediante la percepción **comprueba** la afirmación de las partes, prueba porque la percepción es el procedimiento de fijación del hecho controvertido, del mismo modo que la deducción lo es en la prueba indirecta.

Todo el error viene de no haber establecido con claridad que la prueba es algo diferente del inferir. No se trata de que el sujeto que realiza la prueba esté por completo ajeno a todo pensamiento cuando experimen-

595 Devis Echandía, op. cit., p. 465.

ta. Pero sí es indudable que al probar no se está discurriendo como quien baja de un pensamiento a otro. El razonamiento es algo perteneciente a otra materia: la demostración. Quien demuestra no prueba, infiere y llega a una conclusión, como lo hacen las partes una vez que han terminado sus probanzas, o como se efectúa cuando el conflicto es de los llamados de puro derecho, en donde no hay discrepancia sobre los hechos ni se requiere prueba sino demostración.

La diferencia entre la prueba indirecta y la mostración, dice Carnelutti, no es de función sino de estructura. Es una diferencia que consiste en que el procedimiento probatorio indirecto es complejo, en tanto que el directo es simple. Así, ciertamente la estructura cambia, pero como lo determinante es que la prueba es el encuentro de un objeto de conocimiento, en la directa debe existir ese caminar al cabo del cual, ha de surgir el nuevo objeto. Y esto no se produce en la mostración.

Carnelutti advierte que si se destruye la unidad de los dos procedimientos, se habrá destruido el concepto mismo de prueba indirecta. Esto es ingenuidad, porque la mostración no es lo único indirecto que se emplea en el proceso. Al lado de ella hay convicción, que es también una vía indirecta para llegar a un resultado que merece crédito. Lo que sí es verdad, es que se ha perdido la falsa generalización, la comunidad nunca existente entre prueba y mostración. Que un sujeto recurra a un procedimiento científico para llegar al conocimiento del objeto que a **priori** está determinado, no puede confundirse con la percepción directa de algo que nada prueba en sí, porque estar o ser es independiente de demostrar y más aún de probar. Nada puede probar, como explica Gorphe, un arma que se presenta ante el jurado, lo único cierto es que se trata de un objeto de características determinadas, que son puestas de relieve ante los observadores, pero decir que con ello hay prueba, es tanto como expresar que se ha efectuado un experimento y que con él se ha logrado un objeto desconocido en su individualidad concreta y presente. Si el arma, al ser disparada raya la bala de tal manera que balísticamente se comprueba que ha sido disparada en el crimen, lo que acontece es que se efectúa un experimento que viene a ser, cabalmente la prueba.

En el inicio de todo procedimiento probatorio hay una percepción, pero sería funesto confundir tal mostración, la directa e inmediata intuición de las cosas, con la prueba a que se quiere arribar. Lo único lógico en todo esto es que la percepción es un paso para la prueba.

183 La convicción.

Un hecho que ha impresionado a algunos seguidores del realismo norteamericano es la indeterminación lógica de las reglas establecidas. La decisión específica, en los principales casos, no necesariamente implica

una regla particular. Los periódicos ataques al **common law** descubren que la regla del caso [596] traiciona los hechos lógicos y ninguna proposición individual implica una proposición general.

La lógica elemental muestra que cada decisión puede ser subsumida en infinito número de diferentes reglas generales, al igual que un infinito número de curvas puede trazarse sobre cualquier punto. Cada decisión es una elección entre diferentes reglas que, lógicamente se han invocado en pasadas resoluciones. Uno de los hechos de la vida que más impresiona la mente de los hombres de derecho es la celeridad y pervivencia de los cambios sociales. Y otro extremo es la individualidad de cada caso, lo que Rodell ha llamado el **comodín** de la clásica teoría de la creación judicial. Y ninguna explicación de amplia aceptación estaría completa sin una mención del impacto de las teorías psicológicas. Como explicó el ministro Harlan, [597] mientras se encontraba de acuerdo con los resultados alcanzados en el caso **New Tork Times v. Sullivan,** [598] se hallaba en desacuerdo con las razones expresadas para lograrlos.

Se penetra, pues, con estas consideraciones filosófico judiciales, en un campo peculiar de la eficiencia de las pretensiones. Aunque se diga que un gran porcentaje de las sentencias rechaza las demandas por falta de pruebas, [599] lo cierto es que no se trata de verdaderas pruebas como los dictámenes periciales, [600] sino de medios de convicción, que a veces abarcan cuestiones discrecionales [601] o problemas subjetivos. [602]

Aquí, en el sector de la convicción, entra un elemento relativizante, cuyo calificativo de prueba es verdaderamente insufrible. La convicción está a un paso de la **prueba libre** y ésta, a uno más del despotismo, sin que sea un atenuante el que se aplique judicialmente. No la seguridad por virtud del derecho, la seguridad ante las transgresiones del derecho, sino la seguridad del derecho mismo, dice Gustavo Radbruch. [603] Esto exige dos cosas: que el derecho no quede abandonado a la lucha de opiniones, sino que sea establecido autoritariamente lo que el derecho debe ser; que, por tanto, exista un derecho positivo; después que este derecho

596 *The rule of a case, American legal realism,* Wilfrid E. Rumble Jr., Cornell University 1968, pp. 60 y ss.

597 Bisnieto de John Marshall.

598 376 U.S. 254 (1964), *The Supreme court Review, The University of Chicago Press,* 1967, p. 267, nota 2.

599 Cómo se mira en la estadística del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas,, donde el porcentaje ascienda al mayor grado de 32.1, cfr. *The United Nations Administrative Tribunal,* Byung Chul Koh, *Louisiana State University Press,* Baton Rouge 1966, p. 104.

600 Cuya insuficiencia toma, respectivamente, el 1.2% para los diagnósticos médicos, y el 1.2% para dictámenes sobre incapacidad permanente, op. cit., p. 104.

601 El 6.1%, Idem.

602 El 1.2%, Idem.

603 *El espíritu del derecho inglés,* Trad. Fernando Vela, Madrid 1958, p. 65.

positivo pueda afirmarse claramente, sin duda alguna. Grandes partes de la tierra, dice el autor, se han atrevido a construir su mundo jurídico sin respeto a la exigencia de seguridad, solamente conforme al criterio de aquello que consideraban o pretendían considerar como interés general. Esta concepción ha sufrido un terrible fracaso. Ante ella opone el mundo anglosajón la imagen de un régimen jurídico cuyo pensamiento dominante es la seguridad del derecho.

a) Hasta aquí, el peligro de la inseguridad en el juzgador. Sus consecuencias no han podido ser otras que la tiranía del fallo sin fundamento ni motivación, que a partir de la Revolución Francesa ha dejado de existir. Pero, en seguida, se levanta la pregunta de si es posible que siempre y en todo caso se dicte sentencia sobre lo verdaderamente probado, si no hay necesidad de acudir a otros expedientes que no sean la mostración directa y la producción científica de la prueba.

Hay, en esa rica posición investigadora de los pueblos anglosajones, uno entre muchos ejemplos, de lo que puede influir en el ánimo del juzgador, el factor no articulado de las impresiones públicas. Un gran número de noticias son enviadas por radio, periódicos y televisión, relacionadas con los crímenes diarios. Instantáneamente casi, a la comisión de un delito o a la captura del indiciado, se pasan fotografías, películas, noticieros, comentarios y coloquios con la policía o los procuradores y aun con el mismo detenido. En ocasiones, las entrevistas son grabadas y el público puede seguir el curso de las investigaciones de la policía o del ministerio público, y muchas historietas se construyen sobre las bases de los reportes de la **Associated Press,** la **United Press International,** o como resultado de la investigación de reporteros independientes de periódicos y de radio o televisión. Cuando el interés público ha llegado a su máxima intensidad, estos programas especiales aumentan su número y, a veces, relatan los esfuerzos para erradicar alguna forma especial de corrupción o de negocio criminal. De acuerdo con la opinión de la Corte de Pennsylvania, los arrestos de sospechosos y las denuncias anónimas o verdaderas delaciones, se multiplican. Todo ello impresiona fuertemente a los posibles jurados, quienes llegan convencidos de la peligrosidad de los detenidos, o de la magnitud insuperable del crimen, y todo ello, puede conducir al fracaso de la imparcialidad del jurado, a la injusticia del fallo. [604]

Ese impacto de la creencia colectiva, de la experiencia en casos similares, de la fe en los acontecimientos llamados naturales, forma lo que se ha llamado convicción o convencimiento, que poco o nada tiene que ver con la prueba verdadera. Ya Dellepiane ha formado un cuadro de coefi-

604 *Radio, Television, and the Administrative of Justicia, The special comittee on radio and television of the Association of the Bar of the City of New York, Columbia University press,* 1965, pp. 3 y 9.

cientes de creencia, que va, desde el absurdo, a lo imposible para determinar la falta absoluta de certeza. Sigue con lo inverosímil y lo improbable que conducen a la opinión negativa. Continúa con lo dudoso y lo probable que conducen a la duda. Y pasa de lo opinable a lo verosímil, para terminar con lo necesario que es la certeza.[605] En este cuadro, la convicción se asienta en un marco que implica, desde lo meramente improbable pero creíble, a lo dudoso, lo probable y lo verosímil que llevan a una opinión más o menos aceptable. Esto es lo que hace de la convicción, del convencimiento, su más peligroso empleo, al mismo tiempo que explica la casi imposible erradicación de su funcionamiento en los juicios judiciales.

b) Por convicción ha de entenderse la inclinación del ánimo hacia una afirmación inverificable.

Se diría, y con toda razón, que aquí se está en los linderos del derecho libre, porque como expresa Alberto G. Spota,[606] las ideas de Ehrlich sobre el **Freirecht** o derecho libre, importan una invención jurídica libre o una ciencia jurídica libre. Y esto significa, no sólo colmar la laguna legislativa con consideraciones **ex bono et aequo,** sino aun admitir la sentencia **contra legem** si la ley vigente condujera a resultados disvaliosos.

Con ello, el ordenamiento legal, la seguridad jurídica, el gobierno de las leyes, la ideología del Estado de derecho, quedarían gravemente lesionados. Pero tampoco debe estimarse que la misión del juez se agota en la aplicación del texto legal, considerado únicamente en su literalidad, y con prescindencia o indiferencia por el buen resultado ético, social y económico que en la comprensión de la ley se debe alcanzar. De ahí resulta que la antinomia: sujeción a la ley contra aplicación por equidad, no es tanto empírica como en abstracto. La verdad no puede estar en un solo extremo, porque fuera de los casos innegables de necesidad de extensión del precepto, de solución frente a la abstención legislativa, también interviene la discrecionalidad, la ponderada y limitada arbitrariedad que no es capricho, sino forzosa actividad autónoma del juzgador, precisamente en los casos en que carece de prueba. El principio de sujeción del juez a la ley, no significa, dicen Ennecerus y Nipperdey,[607] una sumisión a las palabras de la ley, sino sólo al sentido y fin de la misma. Se han de ponderar, añade Spota, las exigencias sociales, económicas, morales, que dan a la colectividad el equilibrio estable del imperativo axiológico de la seguridad jurídica.

605 Op. cit., p. 49.

606 *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Bs. As. 1963, pp. 22 y ss.

607 *Parte general*, T. I, vol I, pp. 108 y ss.

En estas circunstancias, la convicción entra a jugar un papel relevante, no siempre estimable, pero sí conveniente y hasta necesario, cuando es por la seguridad jurídica que debe decidirse. Se ha visto que en lo penal, ante la duda procede la absolución del acusado, esto no contradice la importancia de la convicción, por el contrario, viene a determinar su función cuando es la misma ley la que impone un resultado específico. Si las condiciones no permiten establecer la prueba, y ello sucede en lo penal más que en lo civil, por las razones ya explicadas de tratarse de hechos que raramente se acreditan o pueden probarse, entonces la pertinencia de la absolución recibe todo el apoyo legal del convencimiento mínimo que debe tener un juez para condenar. Falta la convicción cuando la prueba de la culpabilidad no ha podido alcanzarse, y por ende es sólo natural que impere una convicción, no espontánea, sino impuesta, no autónomamente lograda sino heterónomamente establecida por el legislador.

También aquí se podría pensar en si no es el juez quien confirma en vez de hacerlo las partes, pero el problema es menos importante de lo que aparenta, y más tarde se ahondará en la cuestión. Por ahora bastará dejar sentado que la discrecionalidad del juzgador no le convierte en sujeto de presentación de los elementos de convicción. Esta es suya, pero han sido las partes quienes le han ofrecido los medios de arribar a ella, de apoyarse en su convencimiento.

c) Al indagar con qué se logra el convencimiento, observando los catálogos de medios de confirmación que suelen implantar las leyes, como el artículo 289 del código distrital mexicano, se advierte que de los nueve específicos que incluye, tres por lo menos son de esta índole, a saber: la confesión, los testigos y la fama pública.

Ahora bien, estos medios, erróneamente o no, han sido vinculados con el procedimiento oral, y se ha expresado que en éste opera el doble principio de la inmediatez en la asunción de la prueba, y del libre convencimiento judicial, tanto en sede de admisión como de valoración final.[608] Más aún, se sostiene que es a través de la inmediatez que resulta posible la actuación del principio de la libre convicción del juez, en oposición al sistema de la prueba legal.[609] Naturalmente que esto resulta casi obvio, porque si es el mismo juez quien recibe las declaraciones de los sujetos que las producen, la sola presencia de todos ellos en el mismo lugar y en el mismo acto, permitirá al juzgador tener un criterio más personal o, para decirlo correctamente, más convencido; pero no conviene exagerar las relaciones, de manera que no resulta del todo cierto que la inmediatez y la convicción estén vinculadas de manera esencial.[610]

608 Mauro Cappelletti, *La testimonianza delle parte nel sistema dell' oralitá*, Milano 1962, parte prima, pp. 105 y ss.
609 Idem, p. 109.
610 Op. cit., p. 110.

Es también sabido que hay una tendencia a correlacionar otros medios de confirmación con la inmediatez, como la pericia, verdadera prueba, o la inspección, simple medio de mostración.[611] Aquí se hace una falsa aplicación del convencimiento, porque no se trata del peso que pueda tener un elemento probatorio o de mostración en el ánimo del juez, sino de la inverificabilidad de la convicción, motivo por el cual no es posible que se transmita ésta a otro sujeto, lo cual sí puede acontecer con la valoración de la prueba o la constatación.

La importancia excepcionalísima de la oralidad, dice Cappelletti,[612] se manifiesta en la representación oral o sea, **lato sensu**, el testimonio: la declaración del sujeto. Este ligamen intercorre, no sólo tratándose del testimonio de terceros, sino de la declaración de las partes.[613]

Por su manera como la declaración de los sujetos, propiamente dicha, la instancia de denuncia o de participación de conocimiento que se sustancia en el período confirmatorio, se puede decir que se trata de un medio de convicción obtenido **a posteriori**, o sea, cuando ya se ha establecido el debate procesal, a diferencia de ciertos medios de acreditamiento que se constituyen de antemano, como los documentos. Sin embargo, al regular los medios preparatorios del juicio, los códigos suelen establecer reglas de desahogo de pruebas para futura memoria y, principalmente, como lo hace el código distrital mexicano, respecto de la confesión acerca de un hecho relativo a la personalidad o a la calidad de la posesión o tenencia, y sobre el examen de testigos.[614] Esto hace pensar en la contradicción que puede resultar entre el principio de la inmediatez y el desahogo de medios de convicción para futura memoria, puesto que es muy probable que el juez que recibe las declaraciones, no sea el mismo que ha de conocer del proceso, y menos el mismo que ha de valorar la declaración y dictar la sentencia sobre el conflicto convertido en debate procesal.

184 El acreditamiento.

Al hablar sobre la institución actuarial,[615] se expresó que la base de ella era la formación del documento jurídico. Hay aquí una función de acreditamiento que por la semántica podría conducir a la confusión, haciendo pensar en que, lo mismo la convicción, que el acreditamiento, son formas de creencia.

611 Cit., pp. 110 a 120.
612 Op. cit., pp. 121 y ss.
613 Idem, p. 124.
614 Art. 193, Fracc. I, VII y VIII.
615 Supra Nº 94.

La dación de fe, la certificación, o la autenticación, son otras tantas manifestaciones de la actuaría, a través de la cual, se ha intentado hacer verídico el contenido de un documento. Sobre éste, ha quedado explicado que, a diferencia del instrumento, se trata de un escrito para saber lo dispuesto, convenido o declarado, en tanto que el instrumento podría ser el justificante original.

Ante todo, la indagación ha de orientarse por el camino de la definición del documento, del instrumento y del monumento. Pero en la doctrina se da mayor importancia a otro aspecto, el de la diferencia entre ellos y la posible sinonimia entre documento público y auténtico.

Una primera opinión, dice Lessona,[616] enseña que el documento público es siempre auténtico, y otra, por el contrario, que el documento puede ser auténtico sin ser público. Cuando el legislador se limita a pedir la autenticidad del documento, se satisface con la escritura privada autenticada, mientras que en sentido opuesto, se ha dicho que cuando la ley exige el documento auténtico, se refiere al público. Se ha dicho que el significado filológico de la palabra auténtico es el de un documento respecto del cual hay certeza de que emana de la persona a quien se atribuye, por lo que el carácter de auténtico se refiere, tanto a lo extrínseco como a lo intrínseco. El documento privado con firma auténtica es, pues, documento auténtico.

Lessona estimó que si el documento privado con firmas auténticas no es un documento privado, el documento auténtico es sólo y siempre un documento público. Para ello, advirtió que con frecuencia, el significado jurídico se aparta de la etimología; pero prescindiendo de ello, siempre resultará verdad que si la palabra auténtico significa menos de lo que con el adjetivo público indica el código, el legislador corrige la dicción, aun admitiendo el concepto íntegramente. Documento público, por tanto, es para el derecho italiano, lo que para el francés es documento auténtico.

El dato de la autenticidad juega importante papel en este caso, pero no parece que la significación esté, ni por el camino de la sinonimia con el carácter público del documento, ni por la vía de la certeza en cuanto a la persona que lo suscribe. Cierto o falso, el documento puede ser auténtico, porque la veracidad puede vincularse con el simbolismo de las palabras escritas, pero lo importante está en la veracidad del documento mismo.

Para Dellepiane, el documento no es otra cosa, que una serie de afirmaciones, y que, por consiguiente, según estas emanen de una de las partes contendientes o de un tercero extraño al litigio, el documento como medio de confirmación, equivaldrá, sea a una confesión, sea a un testimonio, fijados podría decirse; de manera que, independientemente de los

616 Op. cit., T. III, pp. 136 y ss.

principios especiales de la crítica que le sean aplicables por razón de su naturaleza, estará sujeto a ser asimilado a una confesión o a un testimonio y a recibir tratamiento el analítico correspondiente. [617]

a) Los documentos han sido estudiados desde otro ángulo que tiene interés particular. Para Devis Echandía, [618] existen documentos necesarios para la existencia o validez de los actos jurídicos, cuya naturaleza es mixta, por ser a un mismo tiempo medios de confirmación y requisitos sustanciales o materiales del respectivo acto jurídico; mientras que otros, sin dudá la gran mayoría, tienen un valor simplemente **ad probationem,** sea que las partes hayan tenido o no, al formarlos, la intención de preconstituir un medio de acreditamiento.

Ejemplos de los primeros, esto es documentos **ad solemnitatem o ad substantiam actus,** son: la escritura pública para la venta, permuta, donación o entrega en anticresis de inmuebles, o constitución de usufructos, de derechos de uso o habitación en ellos y para su extinción voluntaria, o para constituir hipotecas y servidumbres en ellos, la escritura para constituir, reformar o liquidar sociedades de comercio, para la adopción o la emancipación voluntaria, para constituir fideicomisos y para otorgar testamento solemne; el documento privado para testamento escrito abierto ante cinco testigos; la escritura pública para capitulaciones matrimoniales, para dote matrimonial y para la renta vitalicia; el testamento o la escritura pública para constituir el patrimonio de familia no embargable; el documento privado o público para pactar una cláusula compromisoria o una promesa de celebrar otro contrato o para constituir una prenda industrial o agraria o para otorgar un poder, judicial o ante funcionarios administrativos o para enajenar o gravar o arrendar por escritura pública inmuebles u otorgar otros actos notariales, o para otorgar un pagaré o una letra de cambio; el documento privado para el contrato de seguros, para la constitución de unidades de Fondos de Inversión, cédulas de capitalización, acciones en sociedades aónimas y para la negociación de esos títulos.

Al intentar la diferenciación entre documento y prueba preconstituida, Devis Echandía explica que la preconstitución de un documento con fines de prueba puede ser intencional, como cuando se escribe un contrato o se otorga un instrumento negociable; pero puede ocurrir también sin que su autor tenga en mente una finalidad confirmatoria, por ejemplo, cuando se escribe una carta sin más propósito que el de enviar un saludo a un pariente, un hijo natural no reconocido y que sirve más tarde para confirmar el carácter de éste y contra el presunto padre o sus herederos, o cuando se obtiene una fotografía del grupo familiar formado por un concubinato. En cambio, la preconstitución de testimonios, inspecciones

617 P. 161-2.
618 Op. cit., pp. 501 y ss.

judiciales, dictámenes de peritos y confesiones mediante posiciones, responde necesariamente a una clara intención de asegurar la certeza de ciertos hechos, con el fin de hacerlos valer en un posible o seguro proceso posterior o ya en curso. La **prueba** es preconstituida desde que se forma fuera del proceso, aun cuando éste exista en ese momento.

El documento, agrega más adelante,[619] debe ser siempre representativo, en lo cual se diferencia de las llamadas piezas de convicción que nada representan, pero que sirven para inferir indicios críticos en favor o en contra del hecho investigado, como el arma del crimen, las manchas de sangre, etc.

b) El acercamiento al punto central del tema, se logra cuando Devis Echandía alude a las diferencias entre documento y declaración de voluntad en él contenida.[620]

Cuando el documento es simplemente representativo, pero no declarativo, dice, como la fotografía o el dibujo, no puede concebirse la representación del objeto o hecho sin el documento que lo representa. En este sentido bien podría hablarse de la diferencia entre instrumento y lenguaje simbólico escriturado.[621] En cambio, añade, cuando el documento es declarativo, es indispensable distinguir y separar la declaración del documento que la contiene, sea que se tratae de simple narración o de manifestación de voluntad. Por ejemplo: una cosa es el contrato y otra el escrito que lo acredita o que le sirve de forma necesaria para su expresión; una cosa es la voluntad testamentaria y otra la escritura pública que la expresa.

La distinción le sirve para entender cómo una cosa es la confesión extrajudicial escrita y otra el documento que la contiene y que simplemente le sirve de acreditamiento, aun cuando desde el punto de vista rigurosamente procesal, el acreditamiento adquiera entonces la individualidad del documento. E igualmente le permite precisar la diferencia entre el consentimiento de las partes que origina el contrato o el consentimiento unilateral de ciertos actos jurídicos y el instrumento que lo contiene y sirve de acreditamiento. Por eso, los vicios que afecten al primero no se extienden necesariamente al último.

La tesis es altamente aleccionadora, porque puntualiza dos momentos del fenómeno: el de la escrituración en sí, y el de la significación que puede elevarse al simbolismo. Naturalmente, como piensa el autor, en la mera facturación de la escritura puede haber requisitos y fallas, de una manera semejante a como la expresión de las ideas puede estar

619 Op. cit., p. 502.
620 Op. cit., pp. 502 y ss.
621 Supra Nº 144.

afectada de equivocaciones o de violencias. Pero no es en este aspecto que resulta más importante el estudio, sino cuando se penetra en la naturaleza del documento.

Por ahora no es indispensable volver sobre la diferencia entre documento, instrumento y monumento; basta indicar que en los tres casos, hay una separación entre lo que se ha llamado continente y contenido. El documento, por ejemplo, es un objeto visible, que puede ser identificado por su consistencia material. Tiene menciones escritas que pueden ser ser inteligibles o no, según el idioma empleado; pero siempre se estará ante algo intuible directamente por el lector. Al mismo tiempo, hay un mensaje que debe ser captado en su simbolismo, se ha plasmado una relación jurídica, no porque siempre se constituya un convenio, un acuerdo, un contrato o una manifestación unilateral, sino porque el acto de escribir es una conducta significativa, cuya ascensión a constancia simbólica, permite acreditar qué ha sucedido.

Esto es lo pertinente para el estudio que ahora se inicia. Si el documento tiene palabras, proposiciones que basta leer para comprender, las conductas ahí significadas tienen un simbolismo que permanece inalterable al pasar del tiempo. Esto es lo que constituye el acreditamiento. No se trata de que nazca la fe, o de que por obra de la convicción, se llegue a una inclinación del ánimo sin posible verificación; sino de que hay un simbolismo que hace comprensible el discurso ajeno, la narración o la declaración, como indica el autor citado.

c) Aunque se ha venido hablando de los documentos de manera particular, la verdad es que en el extremo del acreditamiento, tanto importan éstos como los instrumentos o los monumentos. Sobre la naturaleza de cada uno se tendrá que meditar más tarde, en cambio, del acreditamiento será conveniente añadir algunas notas.

No podría decirse que en la actualidad prepondera la escritura, porque si bien los documentos suelen manufacturarse con ella, no faltan ejemplos de conductas significativas que se expresan en gráficas: grabados, dibujos, planos, cálculos, etc. En estas condiciones, o la palabra escritura ha de recibir una significación más amplia, para abarcar los datos últimamente mencionados, o se habrá de buscar algo genérico que comprenda todo el material dicho. Naturalmente, lo pertinente sería lo segundo, porque hay casos en que la pura línea, ya sea formando letras o figurando superficies y cuerpos, es insuficiente, como acontece con los monumentos, en los que el volumen mismo representa ya algo pensado. Es decir, además de los logotipos, por ejemplo, hay significaciones tales como las cercas de piedra o de arbustos, de plantas en general, o simples trazos en el suelo como surcos y meras señales con cal o yeso. Aquí, en un campo de juegos, en una cancha deportiva, las señales son monumentos que acreditan la mensura y el deslinde.

Es, pues, el acreditamiento lo que interesa y el medio viene como algo secundario. Ya que para lograr la constancia se hace necesario un objeto que sobre otro u otros, **muestre** la intencionalidad humana, bien se podría decir que, en lugar de hablar de escritos o escrituras, se ha de aludir a objetivaciones. En efecto, es la conducta significativa lo que prduce la **señal,** y por tanto, al quedar plasmada en un objeto, toma la forma y muchas veces la consistencia de éste, y sólo se distingue en lo que tiene de **sentido,** o sea, su **señal.**

Para acreditar, es menester contar previamente con la reacción humana adecuada. Así, cuando se quiere que ninguna persona o animal traspase un terreno, se le acota con alambre o con magueyeras. No hay un convenio previo de lo que **significa** el alambrado, pero sí se sabe que la persona se verá rechazada por las púas o los filos del objeto, y esto es ya una manera de lograr el propósito.

Si de aquí se pasa a los planos, a las gráficas, a las fotografías, a los grabados y demás, se advertirá que de la mera significación se va llegando al simbolismo, más concreto y seguro. El acreditamiento se logrará indudablemente con más eficiencia en la escritura, porque aquí las palabras tienen una inteligencia mayor y más precisa. Pero siempre se tendrá un imponderable que elimina la total coincidencia entre lo que se dijo y lo que se entiende. Este margen de tolerancia ineliminable, hace del acreditamiento, en el mejor de los casos, algo discutible y no siempre certero. Pero es, hasta el presente, la mejor manera de alcanzar el diálogo, la transmisión del pensamiento.

Acreditar viene a ser éso: un transmitir del pensamiento, de la conducta significativa, a través de un objeto que guarda constancia de su realización.

Quien acredita, plasma, a veces transitoriamente, pero en otras ocasiones de un modo permanente, esa conducta o esa voluntad que son los datos referidos en la normas aplicable, sea heterónoma o autónomamente forjada, como en los convenios. Hacer constar es acreditar lo jurídico.

185 Recapitulación y corolarios.

El capítulo de las confirmaciones comprende no sólo la prueba con la que se le ha confundido secularmente, sino otras variantes que son la mostración, la convicción y el acreditamiento.

Es absolutamente necesario separar cada una de estas especies, porque los resultados a que conducen, la naturaleza de sus expresiones, el procedimiento a seguir y hasta los medios empleados, son distintos. En una prueba puede haber, como decía Dellepiane la necesidad por la na-

turaleza del hecho y una consecuente certeza;[622] pero en una convicción no habrá sino algo probable, así como en la mostración se encuentra la ausencia de prueba y en el acreditamiento hay lo verosímil.

Si por años se ha venido enseñando que la prueba comprende toda la gama de demostraciones, convicciones, constataciones y verificaciones, es debido a que no se había ahondado en el tema, o no se había querido efectuar el divorcio ineludible entre sectores tan ajenos como los que se vienen mencionando.

Pero el peligro ha rondado por todos los lados de un cuadrilátero tan heterogéneo, en el que al lado de las pruebas, se ha hablado de las demostraciones, sin perjuicio de mencionar también fenómenos que son tan peculiares como el relevo de prueba, la inversión de la incumbencia y los meros indicios.

Es verdad, como se verá adelante, que ya se ha iniciado un trabajo de discriminación, y se ha establecido que los indicios y las presunciones no son pruebas; pero al lado de este indudable avance doctrinario, se ha tenido que soportar el error de incluir la demostración entre las pruebas, cuando sólo se trata del discurrir mental, del inferir razonable, que no tiene con la prueba más parentesco que el de llegar a conclusiones de hecho.

También se han combatido algunas manifestaciones tradicionalmente consideradas como medios de prueba, tales como el juramento purgatorio o decisorio, la confesión vinculativa y la misma fama que no pasa de ser una testimonial calificada; pero todos estos esfuerzos son como pinchazos de alfiler dados al monstruo del error.

Lo que debe efectuarse es una replanteación del problema, ver que en el fondo, la prueba es algo sumamente restringido, que no puede recibir el calificativo un medio tan sospechoso como la mera convicción, o que no puede hablarse de duplicidad de objetos de conocimiento ahí donde lo que se discute es mostrable, precisamente porque la prueba necesita de una duplicidad: el objeto a probar y el objeto prueba. Tampoco ha de pensarse en que el acreditamiento es prueba, porque resulta, como la mostración, un solo objeto de conocimiento, y las razones de la duplicidad no pueden eliminarse caprichosamente.

En seguida se intentará una confrontación, que permita distinguir entre los diversos extremos de la confirmación; por ahora, habrá que insistir en que tratándose de un problema ligado con el debate procesal, lo que trasciende es el hecho de que ante las afirmaciones, las postulaciones de las partes, es menester llevar a cabo una confirmación de los hechos

622 Op. cit., p. 49.

aducidos en las pretensiones de las partes. En algún momento doctrinario se ha llegado a pensar si no es el juez quien ha de probar, la pregunta carece de sentido pero evidencia la confusión.

a) Así pues, a partir de la idea de que la confirmación es el capítulo de eficiencia del proceso, cuya misión es reforzar las afirmaciones de hechos de las pretensiones contrapuestas, se ha de iniciar la confrontación de sus diversas manifestaciones. Pero antes, será conveniente establecer que la confirmación no es exclusiva del proceso, que opera en cualquier procedimiento y en innumerables ocasiones lo hace en la vida de las relaciones sustantivas, como cuando para comprar o vender se muestran los objetos, para celebrar un arrendamiento se convence al contratante de la bondad del bien ofrecido, para acreditar la titularidad se enseña la constancia de la adquisición de la cosa, o para probar la incapacidad física se somete el sujeto a un examen médico.

i) La prueba es la eficiente producción del objeto o del acontecimiento, en los términos de su legalidad natural, o dicho de otra manera,[623] es la eficiente producción de un objeto de conocimiento mediante la aplicación de la fórmula dada por su propia legalidad científica.

Frente a la mostración tiene la indudable e irreductible diferencia de ofrecer dos objetos: el probable y el de la prueba, mientras que la mostración sólo entrega una cosa o un hecho. En aritmética, la prueba de la suma se hace con la resta; en la física, el conocimiento de la ley de la gravedad se verifica dejando caer un cuerpo; en química, la calidad de base o ácido, se prueba mediante el análisis que da los elementos, cuyo compuesto ofrece nuevo cuerpo; en fin, en cada una de las diversas ciencias, es la experimentación el medio a utilizar, el camino a seguir para alcanzar un resultado ya sea biológico, geológico, paleoantropológico, etc.

Frente a la convicción, la prueba es manifiestamente diferente, porque ella ofrece un resultado objetivo, en tanto que el convencimiento lo alcanza meramente psíquico. Quien se convence puede dar las explicaciones de su inclinación o no; pero siempre tendrá que apoyarse en algo interno y personal, mientras que quien prueba no tiene que recurrir a la creencia subjetiva, sino a la verificación externa.

Frente al acreditamiento, la prueba es indudablemente diversa, porque sigue siendo una doble presencia objetiva, la de la cosa o la del hecho sometidos a prueba, y la del resultado o prueba en sí. En cambio, hacer constar es dejar plasmado transitoria o permanentemente un signo. Es el signo lo que señala la conducta relacionada en la norma jurídica. De manera que el documento, por ejemplo, no viene a probar nada, sino a dejar

623 Supra Nº 182.

constancia de algo. Si este algo ha de ser verídico, si está autenticado o si es meramente **ad probationem**, resulta secundario. Lo propio es desentrañar que entre la prueba verdadera, y la mera constatación, hay un abismo, que la primera es un operar científico o técnico, que logra un resultado objetivo. En cambio, aunque el acreditamiento es también una objetivación, no es de la prueba misma, sino del objeto a probar. Puede haber relevo de prueba, que es lo que significa la técnica de la prueba tasada o de valor legalmente establecido para ciertas escrituras; pero aquí es que se ve mejor cómo la prueba ha sido excluida, si no es que, por el contrario, se ha previsto su posibilidad, para destruir lo acreditado en el instrumento o en el documento. La constatación no puede ser prueba, desde que está sujeta ella misma a una prueba, sea de su existencia, su validez o eficiencia.

La prueba, en fin, no es algo creado por el derecho, de manera que en la polémica suscitada por su pertenencia, es inútil tomar partido diciendo, por ejemplo, con Chiovenda y Liebman, que debe acogerse la distinción entre normas probatorias generales, o sea las establecidas para cualquier clase de litigios, y normas probatorias especiales, o sean, las referentes a una concreta institución como la investigación de la paternidad, o la exclusión del testimonio indirecto en materia de injurias. [624]

Ya ni siquiera tendría sentido hablar de una teoría jurídica general de la prueba, porque la verdad es que estas palabras sólo podrían referirse a la prueba del derecho, y éste no necesita sino acreditarse. Couture [625] ha explicado esto de una manera bien clara. Existe, dice, un estrecho vínculo entre la regla general de que el derecho no se prueba y el principio general que consagra la presunción de conocimiento del mismo; no tendría sentido la prueba del derecho, en un sistema en el cual éste se supone conocido. El conocimiento, se ha dicho, trae la obligatoriedad de la aplicación de la norma, como la luz proyecta la sombra del cuerpo. Pero la regla era la inversa en el derecho griego primitivo, en el cual el juez sólo podía aplicar la ley invocada y probada por las partes. Para Aristóteles las pruebas eran cinco: las leyes, los testigos, los contratos, la tortura de los esclavos y el juramento. Dicho norma tiene, sin embargo, algunas excepciones, que son objeto de solución especial. Por ejemplo, cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, se produce una interferencia entre el campo del hecho y del derecho. En estas circunstancias, la existencia o inexistencia de la ley, que es en sí un fenómeno de derecho, puede derivar en un tema de hecho. Frente a la duda acerca de la autenticidad de las ediciones oficiales, será menester producir **prueba** del hecho de la existencia o de la inexistencia de la ley,

624 Alcalá Zamora, *Derecho probatorio*, cit., p. 115.

625 Fundamentos, 1942, pp. 105.

acudiendo a los archivos del Parlamento y del Ejecutivo, donde se encuentren los originales. Otra excepción es la costumbre y la tercera sería el derecho extranjero, temas que serán tratados oportunamente.

En consecuencia, el corolario a lo dicho sobre la prueba, lleva a consignar que, siendo la producción científica de un objeto de conocimiento, no es el derecho sino la ciencia lo que viene a determinar qué es prueba y qué no lo es. Aún el caso de la confirmación del hecho de existencia de la ley, se reduce en último análisis a un acreditamiento de la vigencia de la normatividad. Lo que el derecho realiza es una mera vinculación entre acreditamientos y acontecimientos, procedimiento para realizar la confirmación y, por último, la valoración de las confirmaciones, tarea que se realiza en la sentencia, y por ello ha podido decir Couture, en primer lugar, que nunca podrá ser plenamente entendida la significación de la prueba, si no se la relaciona con la formación lógica de la sentencia [626] y, además, que en la disputa consistente en saber si los mottivos de la confirmación son los hechos o las afirmaciones, se trata sólo de puntos de vista distintos de un mismo problema. Esto es así, desde luego, porque la valoración es la motivación del fallo, y, en seguida, porque las afirmaciones son de hechos, mientras las alegaciones son de derechos. Una parte que ha invocado hechos, los ha afirmado y debe confimarlos; quien ha alegado un derecho debe inferirlo de una norma general o particular.

ii) Si la prueba se vincula con los hechos, el derecho puede llegar a eliminar la conexión, y en este caso releva de prueba, como cuando la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, establece que se **presume**, sin **prueba** en contrario, que en caso de mutuo, el interés pactado es del 6%, lo que deja fuera de toda posibilidad probar, acreditar, convencer o mostrar lo contrario; y ello con entera independencia de que el artículo 316, fracción X, segundo párrafo, sea considerado inconstitucional por alguna razón. Este nuevo corolario, demuestra que los ámbitos de la prueba y del derecho probatorio, pueden caminar por senderos diversos; y tal vez por ello se haya llegado a pensar que hay una teoría jurídica sobre lo que sea prueba. Esto tendría apoyo, por ejemplo en el caso de la mostración, donde se prevé que el reconocimiento judicial recaerá sobre objetos que no requieren conocimientos especiales o **científicos.**

Se ha dicho que el reconocimiento pertenece a la **prueba** directa y provoca impresiones sensoriales inmediatas en el juez, que a un tiempo lo presencia y lo aprecia. [627] Y en las leyes se ha llegado a suponer ampliada la posibilidad del reconocimiento judicial, extendiéndolo a inspec-

626 Op cit., p. 102.

627 Alcalá Zamora, *Derecho probatorio*, p. 132.

ciones y experimentos, reconstrucción de hechos, reproducciones gráficas o plásticas de objetos, documentos y lugares, y práctica de análisis científicos, incluyéndose impecciones de personas. [628]

No es ésta, la primera vez que se niega el carácter de prueba al reconocimiento judicial. Alcalá Zamora recuerda, [629] que Lucchini [630] ha negado su cualidad de medio de prueba, basándose en que el juez se pone en comunicación directa con el hecho a probar, y se convierte a sí mismo en el hecho que prueba, faltando el intermediario entre ambos. Aunque Carnelutti había discutido el argumento, como se vio antes, [631] no parece que lo haya entendido, porque en el fondo viene a expresar lo ya sostenido, esto es, que la prueba es un objeto de conocimiento del hecho probable o a probar, de ahí su carácter de intermediación. También Alcalá Zamora cree salvar la objeción con sólo hablar de especies y no de medios de prueba y, por ende, también pasa por alto la médula de la cuestión.

Sin embargo, este autor, tratando de caracterizar al reconocimiento, explica que consiste en que el juzgador desempeña un doble cometido: el de instrumento y el de destinatario de la **prueba.** Tampoco aquí parece ser feliz su descripción, porque faltando la prueba, cuya existencia no demuestra, menos se puede hablar de instrumento de ella, pues sería tomar al juez por el procedimiento probatorio. Tal vez quiso decir que el juzgador hace el reconocimiento, como en efecto sucede, pero el corolario ha de ser que al convertirse en instrumento de la confirmación, se obvia la prueba que no puede ser sino algo científico.

Por ende, frente a la convicción, el reconocimiento muestra, como la prueba, una realidad objetiva. Y frente al acreditamiento, la mostración ofrece la diferencia de la percepción directa del objeto de conocimiento. Quien reconoce, o inspecciona como suelen decir las leyes, está frente al acontecer y no ante su objetivación humana. Se muestran los hechos que no necesitan prueba, que pueden no convencer, y que no acreditan.

iii) Enfrentados los últimos dos medios de confirmación: el convencimiento o convicción y el acreditamiento, la diferencia en evidente, en lo primero hay subjetividad pura, en lo segundo objetividad manifiesta.

Estas ideas, aunque indiscutibles, han estado perdidas en los tratamientos doctrinarios, de manera que no es extraño observar como Couture [632] explica que ciertos medios de **prueba** tienen un carácter directo, por cuanto suponen un contacto inmediato del magistrado con los motivos

628 Idem, p. 227.
629 Examen crítico del Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua, p. 79.
630 Elementi di procedura penale, 3ª Ed. Finze 1908, p. 157, Cfr. Alcalá Zamora, op. cit., p. 219.
631 Supra Nº 181.
632 *Fundamentos*, 1942, pp. 138 y ss.

de la **prueba**; que otros, a falta de contacto directo, acuden a una especie de reconstrucción o representación de los motivos de **prueba**; y que los últimos a falta de constatación directa o de representación, se apoyan en un **sistema** lógico de deducciones e inducciones.

En primer término, agrega, aparece la **prueba** directa por percepción, que consiste en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que habrán de ser demostrados en el juicio. Tal apreciación es contradictoria, pues si la llamada inspección judicial se hace respecto de los árboles próximos a la pared medianera, lo menos que se necesita es prueba y tan sólo ver. Si en vez de la palabra demostración, que ha de dejarse para la reflexión, se empleara confirmación, podría aceptarse que basta mostrar y con ello se relevan la prueba, la convicción y el acreditamiento. El propio autor muestra alguna reserva al indicar que este medio funciona en escasas oportunidades, porque el hecho es cosa pasajera y lo normal, lo regular es que la observación se haya perdido definitivamente. Luego si el hecho no se ha perdido, está ahí para ser observado sin que medie prueba.

Frente a la mostración, Couture opone la **representación** de hechos ausentes. Esto se hace por medio de la documentación o por relatos. Aquí también se exagera, porque a poco que se piense en la literalidad de las palabras, se advertirá que un relato no reconstruye sino que describe un punto de vista subjetivo que puede estar contradicho por otros medios, inclusive por otros relatos. Es sólo la **representación** por medio de las cosas lo que puede acreditar y ser tenido en cuenta por la ley para omitir prueba o para exigirla si el documento es objetado de falso o erróneo, y también cabe que en lugar de prueba, se exija confirmación por medios de convicción o mostración.

Lo valioso en la información de Couture, que puede servir para el contraste entre convicción y acreditamiento, es que el documento representa un hecho pasado o un estado de voluntad, y a esto le llama inadecuada pero respetuosamente para la tradición, un modo de preconstituir la **prueba**. Sin embargo, no todas las circunstancias son susceptibles de registrarse en documentos, como sucede con los hechos ilícitos, según se había advertido antes,[633] no obstante que los documentos secundarios, como el acta policial, son de relativo valor, precisamente porque no acreditan sino que narran subjetivamente. Esto es aceptado por Couture, quien agrega que los relatos pueden ser de parte o de tercero, y en el primer supuesto se está frente a la confesión o juramento, en tanto que en el segundo se confronta la testimonial. Lo único que cabe añadir es que los relatos son medios de convicción, de manera que aún documentados, no pasan a integrar la sección del acreditamiento o contestación.

633 Supra Nº 184.

CAPITULO VII

186 El objeto de la confirmación. 187 El sujeto de la confirmación. 188 Procedimiento confirmatorio.

186 El objeto de la confirmación.

Con el empleo de la palabra **prueba,** Couture [634] ha formado un cuadro de estos problemas, en virtud de que resulta indispensable saber qué es lo que se **prueba,** quién produce la **prueba,** cómo se produce la **prueba** y qué valor tiene la **prueba.** Bastará sustituir el término por el vocablo confirmación, para que la misma problemática subsista, con la ventaja de no tener ya que hacer falsas generalizaciones y, como se verá oportunamente, de no tener que enfrentar aporías ficticias.

La confirmación es la nota de eficiencia que se aporta en el proceso o en cualquier procedimiento y aun fuera de éstos, para robustecer lo afirmado. Pero jurídicamente, se ha visto, hay cierto tipo de afirmaciones que, o no necesitan confirmación, o no la admiten por disposición legal. Naturalmente, ello en nada afecta al concepto de confirmación, pero sí introduce distingos en el segundo capítulo, el destinado a saber qué se confirma.

También Couture, como casi toda la doctrina, marca la diferencia polémica entre la necesidad de confirmar los hechos o las afirmaciones. Desde ahora se advierte que, lo que para el autor son dos puntos de vista del mismo tema, aquí vienen a esclarecerse para precisar que lo confirmado es siempre lo afirmado. Podrá suceder que en cierto momento, no sean las partes quienes afirman, sino terceros, o el mismo juez; esto no trasciende al estudio que se inicia, porque se trata de una cuestión diversa, a saber: si pueden afirmar otros sujetos además de las partes. En principio, la contestación sería: sólo afirman las partes, por ende, sólo ellas confirman. Pero ello implicaría un sofisma, porque afirmar no es lo mismo que pretender, y desde el momento que en el proceso, o en cualquier procedimiento, y aun fuera de ellos, cabe que un tercer sujeto afirme, lo único que puede concluirse es que a toda afirmación la ley puede enlazar el deber de confirmar. Ello se demuestra desde que los códigos exigen que los testigos o peritos den la razón de su dicho, y que el juez motive sus fallos.

634 *Fundamentos*, cit., p. 100.

En fin, el qué de la confirmación viene a traducirse en el objeto de la misma. Couture [635] recuerda que los códigos han distinguido los juicios de hecho de los de puro derecho. Los primeros dan lugar a su confirmación; los segundos no. Agotada la etapa de la sustanciación, dice el autor, directamente se cita para sentencia. Por ende, regularmente el derecho no es objeto de confirmación, sólo lo es el hecho o conjunto de hechos afirmados por las partes.

Pero se ha observado que Couture hace tres reservas: la prueba del derecho en su existencia o inexistencia cuando son controvertidas, la prueba del derecho consistente en la costumbre, y pueden agregarse los usos, y la prueba del derecho extranjero, a lo que cabría añadir la del derecho interno cuando se trata de Estados federales.

Quedaría, entonces, en pie el criterio de que la confirmación es de afirmaciones de hechos. Sin embargo, contra lo que opina toda la doctrina, al eliminar el concepto de prueba como género, se puede sostener que el derecho sí es objeto de confirmación, no **excepcional**, sino normal o regular, porque dentro de ella cabe el acreditamiento que también se exige de la jurisprudencia y de la doctrina.

a) Devis Echandía [636] comienza por anunciar la conveniencia de distinguir adecuadamente las nociones de objeto, tema o necesidad y **carga** de la confirmación. En su criterio, por objeto debe entenderse lo que se puede **probar** en general, aquello sobre lo que puede recaer la **prueba** en abstracto y sin alusiones particulares a cierto proceso. Por necesidad o tema debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad **probatoria**, es decir, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión planteada para constituir el presupuesto del conocimiento judicial; es también noción objetiva, porque no se considera la parte que deba suministrar los datos de confirmación, sino en general el panorama **probatorio** del proceso, aunque concreta porque recae sobre hechos determinados. Y por **carga** de la **prueba** en ese proceso, lo que sirve de apoyo a las pretensiones respectivas. En la **jurisdicción** voluntaria, agrega, se identifican las dos últimas nociones, porque el peticionante debe **probar** todos los hechos que el juez necesita conocer. La necesidad se refiere a las partes en el procedimiento dispositivo y al juez en el **inquisitivo** mientras que la **carga** atañe al juez y sólo indirectamente a las partes. La primera regula la actividad **probatoria** y la segunda no sólo ésta sino primordialmente la decisoria. Cuando se habla de que el objeto de la prueba son los hechos controvertidos y negados, se confunden el concepto de objeto con el de necesidad o tema de **prueba**.

635 Op. cit., p. 102.

636 *Compendio*, cit., pp. 42 y ss.

El caso de la tesis de Devis Echandía muestra la necesidad de considerar las proposiciones en su contexto sistemático. Aislada, su idea no puede merecer objeción alguna, pero incluida en las formas fundamentales, apoyada en los conceptos básicos, [637] la expresión literal señala significados diferentes a los que se llega partiendo de la idea de la confirmación. Algo semejante acontece con la jurisprudencia, casi siempre elaborada frente a un dilema concreto y buscando impartir la justicia del caso particular. Por ello, la enseñanza del derecho, con referencia a una supuesta evolución jurisprudencial, como la intentada en Costa Rica, no merece toda la fe que en ello han puesto los profesores costarricenses y chilenos. [638]

b) Hay en los autores más connotados: Carnelutti, Micheli, Chiovenda, Lessona, Rosenberg, Kisch o Schöenke, para no citar un elenco tan extenso que probablemente dejaría fuera sólo a quienes no se han ocupado del tema; hay en la doctrina, pues, una tendencia a entender por objeto de la confirmación, aunque con la terminología y la visión de la prueba, sólo a los hechos, como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura: todo lo que puede representar una conducta humana, los hechos de la naturaleza en que no interviene esta actividad, las cosas materiales, la persona y sus estados psíquicos; pero las reglas de experiencia y las normas extranjeras y consuetudinarias son objeto de **prueba** cuando se les contempla como conductas. [639]

Si la discusión se centrara exclusivamente en el concepto de prueba, realmente sería razonable que sólo los hechos fueran el objeto de la misma. Pero entonces acontecería que se ha cometido una contradicción al incluir el derecho extranjero, las reglas de experiencia y las costumbres, porque ninguno de ellos se prueba. No el derecho porque todo lo más: se constata o interpreta. No las reglas de experiencia que se acreditan o se llevan en el convencimiento. No la costumbre por ser derecho como el extranjero. Ni siquiera los hechos futuros, como el cálculo del lucro cesante por actividades posteriores, ya que aquí no hay prueba sino éso: cálculo, es decir, operaciones técnicas, paralelas a la construcción de una casa, a la siembra de un campo, a la invariación de normas en el contrato. Operar simbólica o materialmente para lograr un fin, sólo puede ser prueba cuando se realiza una función de interdependencia: confirmar calculando el daño cuantificado de antemano; pero calcular para el futuro es solamente calcular. Que el cálculo puede ser objeto de prueba es algo diverso, y para ello se acude a las reglas matemáticas.

637 Supra Nos. 65 y 66.

638 Cfr. David M. Helfeld, *La educación legal que necesita nuestra época*, en *Revista de Ciencias jurídicas*, Universidad de Costa Rica, Nº 12, Diciembre de 1968, pp. 13 y 14.

639 Devis Echandía, Op. cit., pp. 45-6.

La prueba, hay que repetirlo muchas veces, está regulada por la lógica. No es difícil, explica Susan Stebbing, [640] idear hipótesis ingeniosas y complicadas acerca de cómo **pudieron** haber sucedido las cosas, siempre y cuando no interese observar cuidadosamente lo que **realmente** ha sucedido. La antigua explicación egipcia de los eclipses lunares era ingeniosa, pero no tomó suficientemente en cuenta los modos de comportamiento observados. La explicación del eclipse en términos de las posiciones relativas de la Tierra, la luna y el sol no sólo encajaba mejor con los hechos observados, sino que no requería la suposición de hipótesis que no **podían** probarse por medio del recurso a la experiencia observada. El científico difiere de todos los demás, en virtud de este recurso en última instancia a la experiencia observable. El pensamiento del sentido común se apoya principalmente en la observación simple y acrítica, combinada con creencias vagas y no criticadas. Las matemáticas son enteramente deductivas, sus principios fundamentales ni se basan en la experiencia ni tienen que guardar necesariamente conformidad con ella. Los escritos históricos, en cuanto consisten en la reconstrucción imaginativa de acontecimientos pretéritos, son casi totalmente independientes de la confirmación experimental.

Una teoría científica, sin embargo, es controlada y probada en cada etapa mediante el recurso a lo que sucede, es decir, mediante el recurso a lo que **podría** ser observado. Pero el recurso nunca se hace a la observación casual, se hace a la observación **dirigida.** Nada es más fácil que **observar mal,** suponer que se ha observado lo que no está presente para que se le observe, o dejar de observar lo que podría haber sido observado. No existe tal cosa como la observación pura y simple. Un **hecho** científico es ya un dato interpretado, a menudo una generalización. Por lo tanto, al científico se le hace necesario elaborar sus observaciones, cotejar una observación con otra, y sus propias observaciones con las de otras personas. El científico coteja sus informaciones a fin de eliminar lo que ha sido llamado el factor **personal.** En otras palabras, el científico debe **experimentar.** Una teoría científica que no sea susceptible de la prueba experimental, carece de valor. El experimento es la observación deliberada a la luz de una expectación definida **en lo tocante a lo que se observará.** En este sentido, toda observación de los hechos que hayan sido deducidos de una hipótesis dada, es experimentación.

c) ¿Por qué los juristas se han apartado de la ciencia, tanto como de la lógica? Es algo inexplicable siendo hombres de razón, de juicio y de observación, no sólo de las normas, sino del bienestar público, del desarrollo y renovación de las áreas urbanas y rurales. Al menos, esto se ha destacado al fundar nuevos laboratorios jurídicos, como el Instituto de Derecho Urbano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, que

640 *Introducción moderna a la lógica,* Op. cit., pp. 347 y ss.

enfatiza las investigaciones y seminarios en las áreas de la vivienda, la planificación y las técnicas para asegurar el mejor uso del terreno urbano con miras a lograr el bienestar general, instituto que tiene la responsabilidad de preparar el nuevo curso denominado: Derecho y Cambio Social, que será obligatorio en sus programas de estudio. [641]

Y ante estos esfuerzos por volver a la realidad social, aún se enseña que los hechos históricos se **prueban** porque cabe utilizar el juramento, la confesión o el testimonio, las máximas de experiencia o la fama pública. Estas ideas están tan apartadas de la lógica moderna, como lo está la tesis de la acción como derecho subjetivo de la tesis de la acción como derecho procesal.

Debe reconocerse que al proceso, en la demanda o en la acusación, se llevan hipótesis que deberían ser probadas y que, ante la imposibilidad de hacerlo, se acude a otros expedientes como la convicción, la mostración, o el acreditamiento. Pero cuando se pudiera probar toda hipótesis implicada en una pretensión procesal, se tendría la seguridad de que las sentencias estarían verdaderamente motivadas en lo fáctico. El dueño del apartamiento, dice Sttebing, [642] que habiendo formulado la hipótesis de que le han robado, efectúa una búsqueda a fin de descubrir si sus cubiertos de plata han desaparecido, está probando experimentalmente en cuando verifica la desaparición. Desde el punto de vista lógico, se debe reconocer que hay experimento ahí donde haya observación deliberada de resultados esperados. El razonamiento, es decir el desarrollo deductivo de las hipótesis, debe ser probado recurriendo a la experiencia. Si una hipótesis conduce a la conclusión de que, en ciertas condiciones, algún acontecimiento definido tendrá lugar, se pueden producir esas condiciones **interrogando a la naturaleza.** Las preguntas son agudas cuando se espera ya la respuesta. Cuando Torricelli invirtió el tubo de cristal en la artesana de mercurio, esperaba que el mercurio se elevase, pues esa elevación se desprendía de su hipótesis. Cuando Galileo dejó caer dos balas de cañón de diferente peso desde la Torre de Pisa, esperaba que llegaran juntas a la tierra. Cuando el Comité de la **Royal Society** planeó experimentos acerca de la presión del aire para ser llevados a cabo durante el ascenso a una montaña, esperaba que ciertos resultados definidos fuesen observables. También confiaba en que algunas observaciones inesperadas proporcionaran más datos para sus hipótesis, pues sabían bastante bien cuáles observaciones serían pertinentes. La simple observación sin interferencia deliberada en las condiciones, está bajo la dirección de la teoría, tanto como lo está el experimento, si la observación es científica. El científico no es una persona que sólo observa: observa con un propósito, a saber, el propósito de descubrir datos pertinentes, y estará preparado para el fracaso de sus expectaciones, que puede ser fructífero.

641 Hel Feld, Op. cit., p. 11.
642 Op. cit., p. 348.

d) El común denominador que une la prueba con la convicción, la mostración y el acreditamiento, es que siempre se parte de una afirmación previa, una proposición que es la hipótesis jurídica. En efecto, para el juzgador, la demanda o la acusación no contienen sino hipótesis. De ser posible su verificación, se habrán probado, en caso contrario, serán sólo temas susceptibles de reforzarse con medios de convicción, con mostraciones o, si la prueba sobra, de acreditamientos.

La inquisición sobre lo que sea el objeto de la confirmación, ha de llevar al resultado de la hipótesis. Y no puede olvidarse que la misma se expresa en la demanda o en la acusación a base de afirmaciones, las que no pueden ser otra cosa que proposiciones. ¿Por qué, entonces, hablar de prueba de hechos? La tarea que se echan a cuestas las partes y a veces los juzgadores, es la de confirmar proposiciones.

Esas proposiciones predican de conductas, de hechos, de cosas, de personas y sus estados psíquicos, como explica Devis Echandía.[643] Resta, por lo mismo, averiguar si las proposiciones sobre normatividades son también objeto de confirmación. Bien sabido es, dice Devis,[644] que la aplición de la norma es una función procesal del juez y un deber legal cuyo cumplimiento no puede eludirse por ignorancia y ni siquiera por inexistencia de la norma, caso en el que debe recurrirse a la analogía o a los principios de derecho. Pero una cosa es, agrega luego,[645] que las reglas de derecho no sean por lo general[646] objeto concreto de prueba, ni formen parte del tema de ella, y otra muy diferente que estén excluídas de la actividad probatoria judicial. En resumen, para esta tesis, como las cuestiones de derecho y los juicios implican cuestiones de hecho y éstas son susceptibles de prueba, cabe probar algunos juicios jurídicos.

Al solo cambio de nombres, el problema se disuelve. La confirmación judicial abarca toda proposición que entrañe una hipótesis fáctica. Es así como, aun en el derecho patrio, se debe acreditar la existencia de leyes, reglamentos, decretos, circulares o disposiciones generales que están en vigor o que lo estuvieron al tiempo del conflicto. Pero la situación es diferente si en lugar de formular una hipótesis sobre la facticidad del derecho, se argumenta sobre el sentido de un contexto. Aquí habrá alegaciones, y las partes inferirán conclusiones que el juez interpretará.

Lo que sí cabe recordar,[647] es que la costumbre o los convencionalismos, son derecho privado, que el derecho extranjero no debe ser conocido, y que la jurisprudencia se forma de manera diversa a las leyes; por todo

643 Op. cit., p. 46.
644 P. 52.
645 Id., p. 53.
646 Puesto que excluye el derecho extranjero, la costumbre y las máximas de experiencia.
647 Supra Nº 63 y 64.

ello, el modo de acreditarlos no es acudiendo al Diario Oficial, pero sí a constataciones en unos casos, y en otros a la mostración o al convencimiento por testimonios.

187 El sujeto de la confirmación.

En el proceso se ha presentado una situación que se podría calificar de anticientífica. En efecto, sería, no sólo inusitado sino absurdo que un químico formulara una hipótesis y nadie pudiera ni se atreviera a probarla, que a esto equivaldría arrojarle todo el peso de la verificación. Científicamente la cooperación es algo natural, indispensable y frecuente; pero en el proceso la actitud es diversa, toca confirmar a quien afirma.

Es cierto que se conocen técnicas en virtud de las cuales, la confirmación corre a cargo de todos los sujetos, como acontece en ciertos tipos de reglamentaciones de proceso penal. Sin embargo, son dos los motivos por los que se suele rechazar esta postura: en primer lugar, porque entonces se habla de potestades inquisitivas y ello recuerda un fenómeno histórico odioso y reprobable; en segundo lugar, porque se supone que la actividad confirmativa afecta la imparcialidad del juez.

También en los códigos procesales civiles se habla de diligencias para mejor proveer, como una manifestación de las amplias facultades que se conceden al juzgador. De estas medidas, el primero en reconocer que se hace con frecuencia uso indebido es Alcalá Zamora; [648] pero al mismo tiempo, explica que en su día [649] constituyeron un instrumento progresivo; a la vez que susceptible de perfeccionamiento, como lo prevén las mejoras introducidas por el código distrital mexicano, al permitir acudir a ellas en todo tiempo, y no sólo a última hora, o que se sustancien de oficio o a petición de parte. Pero, termina, [650] el juzgador hará bien en no abusar de esta potestad que la ley le otorga, puesto que los litigantes suelen pecar más por exceso que por defecto en la proposición de pruebas.

Otro autor, Carlos A. Ayarragaray [651] ha partido de la idea de que toda potestad se construye en detrimento de otras, y de ahí que frente al principio dispositivo, se ha buscado la activa vigilancia del oficio extremándose las soluciones. El autor reniega de toda aplicación extrema del principio publicístico y cree que la solución estaría en la intervención judicial

648 *Autoridad y Libertad en el proceso civil*, prólogo al libro *Autoridad del juez y principio dispositivo*, de José Rodríguez U., Universidad de Carabobo, Instituto de derecho privado y Comparado, Valencia 1968, p. 24.

649 El antecedente inmediato de las diligencias para mejor proveer en el derecho procesal hispanoamericano, lo constituye el artículo 48 de la ley de enjuiciamiento de 1855, el cual a su vez, consagró una práctica plurisecular basada en la *Partida III*, título IV, ley II, y título XXII, ley II Op. cit., p. 24 nota 60.

650 Id., p. 25.

651 *El principio de la inmaculación en el proceso*, Bs. As. 1959, pp. 40 y ss.

con la participación del particular, librándose de la participación del juez en el aporte de la prueba, y que ella surja del mismo proceso. Para Ayarragaray, agrandar las facultades del juez es penetrar en el sistema inquisitivo, donde el Estado viola involuntariamente el santuario de cada uno de sus ciudadanos, a los que concluye por considerar súbditos sujetos a su pensar. Se le acuerda al juez, de consiguiente, el comando del proceso, su dirección. [652] Los poderes del juez le llevan a atribuirse la facultad de resolver de acuerdo con la equidad. No puede el juez inquirir sin dar participación al litigante en virtud del principio de la trilateralidad del proceso. [653]

a) El tema de la subjetividad en la confirmación tiene varias ramificaciones, antiguamente se le designaba el **onus probandi**, después se habló de la carga de la prueba y también se ha explicado como la incumbencia del probar. Pero todo se enlaza a la circunstancia de que en el proceso no están solas las partes, desde luego se enfrentan al juez y, en seguida, se hacen acompañar de terceros, testigos y peritos; hasta cabe pensar que en los mecanismos propios de la comunicación, los auxiliares y colaboradores tienen que confirmar sus actuaciones.

Pero el juez, ha dicho Ayarragaray [654] participa en el esclarecimiento de los hechos que las partes presentan, y trata de impedir que el justiciable maniobre a voluntad amparado en engaños y sorpresas. El juzgador no puede inquirir fuera de los hechos controvertidos; no puede, en consecuencia, aportar otra prueba, de manera que la verdad material que se proclama en lo penal no es la averiguación libre de los hechos. Es, como expresa la doctrina alemana, un criterio de apreciación de la prueba, semejante al de la sana crítica de la doctrina hispanoamericana. El disponer de las medidas necesarias para esclarecer la verdad, es dar facultad al juez para interrogar y ordenar medidas para mejor proveer que acarrean un grave problema constitucional, porque ninguno puede ofrecer prueba fuera de las oportunidades que concretan los códigos. La relación procesal queda inmutable con la fijación de la litis, y sólo pueden invocarse hechos nuevos en condiciones específicas. Así se respeta la igualdad de las partes y la defensa en juicio que contiene la Constitución. Las medidas de mejor proveer que ordena el juez según la antigua consideración, trajeron dificultades relacionadas con el equilibrio de las partes y el juez en el proceso. El predominio del juez, disponiendo una prueba intempestiva, habría barrido con el principio de defensa constitucional. [655]

652 P. 117.
653 P. 180.
654 Op. cit., p. 151.
655 Op. cit., pp. 151-2.

En México, el código federal de procedimientos civiles explicó en su Exposición de Motivos, con referencia a los artículos 79 y 80, que las facultades de los tribunales para decretar la aportación de toda clase de pruebas, están condicionadas a los siguientes supuestos: que estén reconocidas por la ley, que tengan relación con los hechos controvertidos y que no se lesionen los derechos de las partes, procurando en todo su igualdad. Se dijo que se respetaba la voluntad de las partes en la aportación de sus pruebas, sin que los tribunales ni la parte contraria tengan por qué pretender limitar esa facultad. De ahí que haya quedado garantizada, negando todo recurso contra la admisión de pruebas y estableciendo la apelación para el caso contrario. Sólo cuando la convicción de los jueces sobre los hechos está formada, por tratarse de los que están en el conocimiento de todos, la prueba resulta innecesaria, razón por la que se permitió que los hechos notorios fueran invocados por el tribunal, aunque no los alegaren ni **probaren** las partes.

Lo determinante en esta técnica es que la obligación de aportar al proceso los medios de confirmación, proviene del requisito de lealtad con que deben proceder los litigantes. El problema de quién debe confirmar es, pues, de los más delicados, pues como indica Couture,[656] la doctrina se debate frente a cuestiones que atañen a principios doctrinales y políticos y las opiniones preponderantes son de aproximar el juez civil al penal, dándoles una considerable iniciativa.

b) Hasta el presente, no ha sido posible eliminar la solución de anticipar entre los justiciables lo que Couture llamara la fatiga probatoria, teniendo en cuenta las diversas proposiciones formuladas en el juicio. Pero a su lado, en forma implícita, la ley suele establecer la táctica de no creer en las afirmaciones en caso de no ser confirmadas. El litigante tiene que desprenderse de esa peligrosa suposición, construyendo una proposición verdadera, y por ello Couture no consideró que se trataba de derechos del adversario, sino de un imperativo del propio interés.

Esta es una noción, procedente de James Goldschmidt,[657] para quien la carga procesal es una nueva categoría consistente en la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés, y ello les distingue de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad. A los litigantes en cuanto tales, no les incumbe en el proceso ningún deber, ninguna obligación. Hay una carga, no un deber de fundamentar la demanda, de probar, de comparecer, de contestar.

656 *Fundamentos*, p. 240.

657 *Teoría general del proceso*, Barcelona 1936, pp. 82 y ss.

Aunque en Goldschmidt, el concepto de carga abarca casi toda la actividad de las partes, en realidad lo que ahora interesa es la que él relaciona con la confirmación, aunque limitadamente mencionada para la prueba. Sobre el dogma de la carga de la **prueba** ha escrito ampliamente Micheli, según se dijo antes; pero conviene indicar que la posición histórica no se compagina totalmente con la idea del imperativo del propio interés, noción que aparece hasta Goldschmidt, sino con el **onus probandi** surgido ya en Aulio Gelio,[658] y en virtud del cual, el juez estaría obligado a pronunciar en favor del demandado cuando faltare toda confirmación. Pero ya en el procedimiento **extra ordinem,** se impone la necesidad de dar al juez los medios para decidir del mejor modo, según la ley y la equidad.[659]

La técnica del derecho germánico vino a influir sobre la posterior elaboración del dogma, surgiendo la sentencia de **prueba,** por la que el juez decidía quién debía jurar, lo que importaba la victoria. La **prueba** correspondía de ordinario al demandado, por lo que su prestación le ponía en ventaja; pero esta idea no es aceptada por Micheli[660] quien estima que se ha puesto en claro el valor de las formalidades de las **pruebas** primitivas en el ámbito de la antigua sociedad germánica, y la repugnancia, por ejemplo, de la parte, para someterse al juramento, por temor al castigo divino. La demanda, dice, es una acusación que imputa la comisión de un acto contrario a las costumbres: el acusado ha de reaccionar y justificarse como mejor pueda, ofreciendo al acusador los elementos para persuadirlo de su propia inocencia, lo que explicaría también la tendencia tribal a tomar parte en favor del acusado contra el que no se habían aducido confirmaciones, antecedente que vendría a ser de las presunciones, sobre todo en lo penal. Cuando posteriormente se le atribuye al juez decidir quién ha de confirmar, el problema de la distribución se finca en las afirmaciones de las partes, delineándose reglas consuetudinarias, teniendo en cuenta la posición en que se encuentran con respecto a los medios de confirmación.[661]

Los juristas de Bolonia representan el encuentro de las corrientes romana y germánica en el derecho longobardo. Aun conservado el juramento de purificación, dice Micheli,[662] afirman que la confirmación incumbe también al actor, aunque la falta de **prueba** del actor no es siempre suficiente para conducir a la absolución del demandado. El encuentro conduce a un agnosticismo respecto a la distribución de la incumbencia, de modo que hay casos en que el actor no confirme su aserto pudiendo exigir del demandado una exposición jurada de hechos, que tendrá que aceptarse como verdadera, pero que el demandado puede también referir al adver-

658 Op. cit., XIV, 2, 26, *Verba ex oratione M. Catonis.*
659 Micheli, Op. cit., p. 19.
660 Cit., p. 26.
661 Cit., p. 27.
662 P. 29.

sario. Y hay ejemplos de amplios poderes conferidos al juez, cuando la parte trataba de influir en él, afirmando que la confirmación justificaba su **intentio**, lo que conducía a la valoración por el propio juez.

Pero el estudio del derecho romano debía llevar a la afirmación del principio encerrado en el proverbio **onus probandi incumbit cui dicit.** Corresponde a los glosadores el haber dado la técnica que debía conservarse por siglos. Los textos romanos determinaban la necesidad práctica de que el actor **probase** los hechos, mientras que al demandado correspondía demostrar la verdad de los aducidos como **excepciones.** La simple negación no ponía al demandado en la necesidad de **probar**, por lo que la primera natural exigencia era que el actor diese al juez la justificación de su demanda. El principio romano parece pasar al derecho canónico, aunque las decretales hayan admitido determinadas **pruebas** de las negativas, influyendo sobre el posterior desarrollo, y, a su vez, la doctrina de los glosadores se impone en los estatutos y el criterio **actore non probante reus absolvendus** se combina con el otro de que cada parte debe **probar** el fundamento de su **intentio.**

Ya entonces, indica Micheli,[663] el criterio del **onus probandi** se configura como un principio jurídico, apto para hacer siempre posible una decisión en el mérito; pero la estructura del proceso tiende a poner de relieve la eficiencia de la actividad **probatoria** de las partes, a las que incumbe la **necessitas** de dar al juez los elementos de hecho, aptos para construir la premisa menor del silogismo judicial. Por ello la falsa generalización de que la confirmación corresponde de ordinario al actor, quien pone en movimiento el proceso y hace necesaria una particular actividad del juez. Es el principio que se encuentra en la base de todo el proceso común y se expresa en los dos proverbios referidos: la oposición del demandado hace necesario al actor justificar la demanda sólo si el demandado amplía el campo de la contienda, la incumbencia pasa a aquél con carácter primario. En este aspecto, la división tripartita de los **negativa** en: **facti, juris y qualitatis,** se viene conformando en el derecho romano canónico y adquiere un significado especial, precisando el valor del principio de la igualdad de las partes.

El desenvolvimiento de la doctrina y de la práctica en el derecho francés merece para Micheli especial atención.[664] En realidad, el código italiano se vincula con el francés y éste con la tesis de Pothier que refleja el último grado de la evolución alcanzada por el dogma. No obstante partir el antiguo derecho francés del principio de que la confirmación corresponde al actor, el haber reconducido después la incumbencia al interés bilateral, atenuó en mucho el carácter unívoco del principio, recurriendo a la valoración legal de las **pruebas.**

663 P. 37.
664 Op. cit., p. 43.

En este régimen se efectuó asimismo una confusión entre valoración de las **pruebas** y distribución de las consecuencias de la falta de **pruebas,** aunque la tradición germánica pudo haber influido en la conmixtión de elementos heterogéneos. Mediante las **positiones,** actor y demandado tenían la obligación, no sólo de afirmar las respectivas razones, sino de articular los hechos necesarios y suficientes para hacer que se acogiera la demanda, de otra manera, las partes deberían confirmar todo el fundamento de hecho de sus respectivas **intentiones.** Pero no es fácil determinar en qué sentido se consideraban suficientes las confirmaciones, a causa de la multiplicación de las presunciones, tendientes a restringir el libre convencimiento del juez, quien quedaba estrechamente vinculado por la afirmación y la confirmación de las partes, debiendo limitarse a controlar la admisibilidad de los testigos, respecto de los hechos formulados y la relevancia de la confirmación respecto de la decisión.

En el sucesivo desenvolvimiento del derecho común, la doctrina de la negativa se combinó con la de la afirmación, y en particular con la consideración de la posición del actor y del demandado. Y en la práctica se refuerza cada vez más la opinión de que tanto actor como el demandado deben confirmar los hechos puestos como base de su respectiva **intentio** de manera que el demandado debe confirmar la liberación, pago o prescripción, y el vicio del consentimiento, que en tales hipótesis corresponde al denominado hecho impeditivo. Y, por su parte, Domat afirma la necesidad de que cada una de las partes **pruebe** los hechos respectivamente alegados como fundamento de las correspondientes demandas, reverdeciendo la doctrina romana de la **actio** y la **exceptio;** además, distingue netamente la fase de deducción de los medios, de la fase de valoración y de la fase del juicio, con la distribución de las consecuencias de la falta de confirmaciones.

En la Exposición de Motivos del Código Napoleón, importante por cuanto ligó la **prueba** con las obligaciones, cristalizó la idea de Pothier, menos desarrollada que la de Domat, y en virtud de la cual, siguiendo la tradición francesa, se distribuyó la incumbencia de la confirmación conforme al principio de igualdad de las partes, de manera que quien formula una pretensión la debe **probar,** lo cual no constituye, en concepto de Micheli [665] un criterio suficiente en cuanto a la efectiva distribución de las consecuencias de la falta de confirmación, y de ahí la necesidad de adoptar criterios subsidiarios como el de las negativas o el de las presunciones.

En el tardío derecho común alemán, donde la legislación ha permanecido sorda al desarrollo doctrinal, la disciplina de la incumbencia se funda en reglas que han dado lugar a verdaderas y propias costumbres. Para 1654 se establece que la sentencia interlocutoria de **prueba** indique los hechos relevantes necesitados de confirmación y se determina la parte

665 Cit., p. 49.

que debe efectuarla. Esta sentencia constituía una providencia susceptible de convertirse en definitiva y el juez la emitía después de haber realizado el examen de las demandas. Era natural, dice Micheli, [666] que la incumbencia de la confirmación apareciese estrechamente conexa a la actividad desplegada por la parte obligada, siguiendo la tradición germánica.

La doctrina alemana atacó bien pronto la tesis de las negativas, mientras reforzó el criterio de que cada parte debía aducir la confirmación de los hechos, puestos como base de sus pretensiones. En este sentido es interesante el reglamento judicial civil austríaco de 1782, extendido al Lombardo Véneto, según el cual, quienquiera que alegue un hecho estará en el deber de **probarlo,** a menos que exista una presunción a favor de quien sufre la obligación. Pero en el proceso alemán común se tiende a confundir la fase de valoración con la de distribución de la incumbencia de la confirmación, según reglas preconstituidas, de manera que la sentencia de **prueba,** mientras determina la verosimilitud o no de las demandas propuestas a base de los medios producidos, decide la cuestión relativa a la distribución de la incumbencia.

La tendencia legislativa alemana se ha manifestado, agrega Micheli, [667] en el sentido de abolir las disposiciones de carácter general sobre la distribución de la incumbencia, deduciéndose los principios del conjunto de normas positivas sustanciales y de la propia estructura del proceso civil. Pero varias codificaciones recientes en que faltan las disposiciones de carácter general, tratan de fijar una **regula juris** amplia y elástica, como la ordenanza húngara debida a Plósz, en la que incumbe confirmar a la parte en cuyo interés debe ser considerado como verdadero el hecho afirmado. Quien quiere hacer valer un derecho debe confirmar aquellos hechos que sirven para fundarlo, mientras que la parte que se opone debe confirmar los hechos que excluyen el nacimiento del derecho alegado, o que lo extinguen. Y el código civil suizo dispone que cuando la ley no establezca otra cosa, cada parte debe confirmar la existencia de un hecho afirmado del cual deduce un derecho, y el código turco recoge esta regla.

Estas concepciones indican la crisis del concepto tradicional, y muestran la necesidad de reglas prácticas particulares sobre la distribución, que tengan, según entiende Micheli, [668] en cuenta ciertos datos de la experiencia respecto de determinadas relaciones o estados jurídicos. Pero como el legislador canónico se ajusta a las máximas del derecho romano canónico: **onus probandi incumbit ei qui asserit, actore non probante reus absolvitur,** el legislador italiano se encontró ante dos tendencias y consi-

666 P. 51.
667 Cit., p. 53.
668 Cit., p. 54.

deró oportuno aceptar la formulación más moderna que, para Micheli [669] es la más discutible, estatuyendo que cualquiera que pretenda hacer valer un derecho en juicio debe **probar** los hechos que constituyan su fundamento, mientras que quien **excepciona** que el derecho se ha modificado o extinguido, o bien que se han impedido sus efectos, debe **probar** los hechos que constituyen el fundamento de la **excepción.**

Sin discutir, dice Micheli, la inovación sistemática de si es oportuno regular la incumbencia de la confirmación como regla de juicio en el Libro de la tutela de los derechos del código civil, en vez de hacerlo en el de las obligaciones o mejor en el de procedimiento, la disposición no le parece bien formulada porque se confunden los fenómenos y no se pone de relieve el juego procesal de la incumbencia. La regla de juicio conserva la apariencia de estar dirigida a las partes como trasunto de las **pruebas** legales del derecho común; pero es probable que reúna diversos fenómenos, considerando como efecto de la regla de juicio lo que no es sino la consecuencia de la convicción judicial.

c) El desarrollo histórico expuesto por Micheli explica que la tesis sobre la incumbencia de la confirmación se base en las recientes codificaciones austríaca y alemana. Las reglas sobre la distribución, dice Leo Rosenberg, [670] ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo sobre la pretensión, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión. Su valor, dice confundiendo el tema de la distribución con el de la valoración, está en la instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en caso de que no pueda comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante.

Ahora bien, ya Micheli advierte que la estrecha interdependencia entre sistema de **prueba** legal y criterio para la distribución de las consecuencias de la falta de **prueba,** no es una cosa necesaria, como le parece a tanta parte de la doctrina moderna, sino que es sólo contingente, causada por la concepción del derecho romano común y en particular del derecho común alemán, en el cual la directa dependencia del resultado del proceso respecto de la actividad **probatoria** de las partes, ha justificado, de un lado el nacimiento de la noción de incumbencia, y del otro la asignación de ella, como regla de confirmación legal, insistiendo sobre el momento de la actividad de las partes, entendida según la tradición germánica, como fuente de **prueba,** excluyendo el libre convencimiento del juez. Ya hoy no se puede mantener tal concepción, cuando el proceso no es considerado como un negocio que interese solamente a las partes, sino como un medio para la actuación del derecho objetivo, aunque sea con el

669 P. 55.

670 *La carga de la prueba,* Trad. Ernesto Krotoschin, Bs. As. 1956, p. 2.

fin de realizar las pretensiones formuladas por litigantes privados. El acento se desplaza, entonces, de la actividad de la confirmación desarrollada por las partes, a la actividad de juicio del órgano judicial, con las consecuencias de que la primera pierde el propio carácter de condición necesaria y suficiente para la obtención de una decisión favorable. [671]

De la exposición de Micheli interesa la tesis de que la actividad de las partes no es la única, ni indispensable para la confirmación. Lo demás es discutible, porque hoy y ayer, el proceso ha sido una serie de instancias proyectivas, lo que no impide: ni que se pacte en el compromiso arbitral, ni que en lugar de ser actuación del derecho objetivo lo sea del subjetivo cuando el conflicto estriba en el cumplimiento de un pacto absolutamente privado.

Pues bien, a la pregunta de ¿a quién incumbe confirmar?, ahora se puede responder: a las partes y al juez, y aun, si la cuestión concierne a un testigo o a un perito, la confirmación les atañe también.

Parecería que este criterio rompe con el principio de imparcialidad del juzgador, y por ello se hace forzoso ahondar en su sentido. Pero antes de hacerlo, conviene establecer que no es lo mismo incumbencia de la confirmación, que distribución de la incumbencia. Se puede elaborar una teoría diciendo que: i) incumbe sólo a las partes el confirmar, ii) incumbe a las partes y al juez confirmar, y iii) a todos los sujetos que intervienen en el proceso incumbe confirmar sus afirmaciones. Esto no prejuzga sobre la técnica de distribución de la confirmación, y ni siquiera interfiere con el rubro de la valoración de lo confirmado.

d) Así pues, cuando se piensa que todo sujeto que afirma debe confirmar, como este enlace no se restringe a la prueba por antonomasia, es inteligible que las partes confirmen durante el proceso y el juez lo haga al justificar su fallo; pero también es factible que el juez confirme dentro de la serie de instancias proyectivas. En el último extremo se entra en la distribución de la incumbencia, y aquí es que rigen los principios políticos de la legislación positiva, habrá códigos que eliminen al juez en su distribución de la incumbencia, y otros que lo incluyan, como parece ser lo preferido en materia penal.

El problema más agudo es el del juez como sujeto de la confirmación, porque el resto, o sea el tema de que quien afirma debe confirmar su aserto, es explicable lógicamente y se ha practicado desde el derecho romano.

Un juez que prueba una pretensión ajena nada tiene de imparcial, y ni siquiera de parte, simplemente se convierte en perito. Un ejemplo bastará para demostrarlo, si se supone que en un proceso penal se alza la duda

671 Op. cit., pp. 56-7.

sobre la identidad del criminal y la policía aporta las huellas digitales, el juez sería sujeto realizador de la prueba si aplicara sus conocimientos dactiloscópicos y procediera a verificar las huellas exhibidas en juicio con las que él tomara del reo. El verdadero sujeto de la prueba no puede ser sino el perito, pues aunque la parte fuera un experto en la materia, y por más que hiciera el experimento en presencia de la contraria y del juez, su dictamen tendría carácter de afirmación, debido a que nadie podría asegurar que ha tenido ese espíritu científico de quien está ajeno a los resultados, aunque sean desfavorables a su hipótesis. Casos curiosos se han presentado en los jurados populares, y han sido materia de anécdotas y novelas, en los cuales, **verbi gratia,** el defensor ingiere el líquido supuestamente tóxico, para **probar** que es inocuo, aunque tenga que abandonar rápidamente la sala para ser tratado médicamente según arreglos previos.

En cambio, como sujeto de la confirmación, el juez penetra sencillamente en el campo de la aporética,[672] para interrogar buscando despejar una incógnita en lo determinable pero indeterminado. Y también otro ejemplo servirá para esclarecer el problema: si se supone que el testigo ha afirmado haber visto al deudor celebrar el pacto en presencia del actor y de otro sujeto, bien puede el juez requerir la presencia del último para interrogarle sobre el particular. La convicción ha de nacer en el juez, y para construirla, éste puede, legítimamente, preguntar, porque la inquisición no puede partir sino de datos conocidos o condiciones dadas. El problema, dicen Larroyo y Cevallos,[673] no nace por un acto de generación espontánea, implica siempre conocimientos adquiridos susceptibles de superarse en el tránsito dialéctico del saber. Toda pregunta, en otras palabras, confirma el principio de la relatividad del conocimiento: ni plena ignorancia ni absoluto saber.

No puede confundirse el interrogar, el preguntar, el inquirir, con el buscar, el pesquisar o investigar. La policía que indaga frente a una denuncia de robo, no tiene otro dato que la **notitia criminis,** y de ahí ha de pasar, por su exclusiva cuenta, a la búsqueda de indicios o señales que le permitan una reconstrucción imaginaria de los hechos y un descubrimiento de las personas culpables.

e) Propiamente a las partes incumbe afirmar, porque al presentarse al juicio pretendiendo sentencia favorable, están sosteniendo la existencia de ciertos acontecimientos que operan como supuestos a vincular con la consecuencia jurídica relativa que ha de ser el contenido de la sentencia. Pero sería un absurdo eliminar toda operación confirmatoria del juez, porque al exigirle que sentencie en todo caso, queda implicado que, en último extremo, está obligado a formarse una convicción. Las leyes des-

672 Cfr. Larroyo y Cevallos, *"La Lógica de la Ciencia"*, Op. cit., pp. 159 y ss.
673 Op. cit., p. 162.

cartan la posibilidad de que el juez llegue a un **non liquet**, dice Rosenberg. [674] El juez debe siempre afirmar o negar la consecuencia jurídica que es objeto del pedido de la demanda, esto es, en el proceso civil, o condenar al demandado o rechazar la demanda, con tal que estén cumplidas las condiciones procesales de la sentencia en cuanto al fondo de la causa. La sentencia no puede tener otro contenido.

Pero el principio de imparcialidad es tan importante, que el tratamiento técnico debe ser sumamente delicado. A veces, el empleo de las palabras por el legislador, se hace con demasiada indiferencia, sea para eliminar de las potestades del juzgador las tareas de pesquisa o de afirmación, sea para entregarle facultades de inquisición o interrogación. Se ha dicho que el problema de la administración de justicia es de hombres y no de normas; pero la verdad es que si la teoría precede a la enseñanza del derecho, y el legislador factura sus códigos poniendo atención a las advertencias de la doctrina, la cuestión humana disminuye notablemente, y esto ha sido experimentado en países como Austria, donde el código es realmente ejemplar.

De otro lado, un proceso que aplica el principio de inmediación, llamado equívocamente de oralidad, no puede sustanciarse sin la inquisición judicial, porque la comunicación [675] implica interrogaciones y no sólo afirmaciones. Que al juez han de presentarse afirmaciones es obvio, pero que él no pueda interrogar sobre ellas es nada menos que imposible, así sea para entenderlas o aclararlas cuando son confusas o contradictorias. Hay preceptos que, por ejemplo, ordenan al juzgador que interrogue al actor sobre cuál pretensión deduce en juicio cuando formula dos o más incompatibles. Esta tarea es la misma de la interrogación en la fase confirmatoria, y no hay razón alguna para prohibirla o impedirla en las leyes.

Pero ha de quedar reiterada la tesis que parece tautológica, de que el juez no puede afirmar hechos que constituyan pretensiones, y, naturalmente, esto conduce a negarle facultades para confirmar hechos no afirmados por las partes, lo cual es bien distinto de la afirmación de derechos que no fueron deducidos por ellas, en virtud del brocardo **da mihi factum dabo tibi ius.** En esto ha de ser experto el juez, pero es que el capítulo de la inferencia jurídica no entra en la confirmación de hechos.

Cabe preguntar si el juez puede confirmar respecto de la prueba. La respuesta ha de ser afirmativa, una vez que se ha distinguido y se ha determinado que el único sujeto de ella es el perito. Pero presentado el dictamen, éste queda como afirmación técnica o científica, cuya comprensión puede requerir inquisiciones sobre su procedimiento o su validez absoluta o relativa, es decir, sobre la circunstancia de si el resultado es incontestable y unánimemente aceptado o no.

674 Op. cit., p. 2.
675 Supra Nº 138 a 140.

f) La distribución de la incumbencia ha tropezado en la historia del dogma como le llama Micheli, con el problema de la negativa o de la abstención. Inicialmente cabe establecer que, siendo afirmativas las pretensiones de las partes, aunque contrapuestas, cada afirmación está requerida de confirmación.

Pero no siempre se constituye el debate dialécticamente, o sea a base de tesis y heterotesis. En muchas ocasiones, falta la heterotesis que se formula como afirmación contraria o diferente, y en su lugar aparece solamente la simple negativa, si no es que la abstención.

Decir que el actor o acusador ha de confirmar los hechos constitutivos de su pretensión, y que el demandado o acusado ha de confirmar los constitutivos de su contrapretensión, que vienen a ser impeditivos, modificativos o extintivos de los anteriores, es nada más apegarse a la dialéctica. Aquí, la distribución es lógica y no respetarla conduce a resultados perjudiciales. Pero cuando el contrapretendiente se abstiene o niega, su resistencia pasiva arroja todo el peso de la confirmación en la contraria y aun en el juez.

Sin embargo, la negativa puede ocultar o indicar secundariamente una afirmación. Es ahora que la doctrina lucha empeñosamente por determinar una regla absoluta para la distribución. El demandante, dice Rosenberg [676] sólo debe **probar** aquella parte del contrato en que se funde su pretensión, y debe refutar las afirmaciones divergentes del demandado que se refieren a esta parte del contrato. Incumbe al demandado **probar** las cláusulas del contrato afirmadas o que deben ser afirmadas por él, las que presentan las características definidoras de una norma en contrario y de las cuales, por lo tanto, debe deducirse que la pretensión del demandante no existe; lo mismo con respecto a las afirmaciones, con las que el demandado persigue una pretensión independiente y formula la excepción del contrato incumplido o una reconvención.

En particular, agrega el autor, la incumbencia de la confirmación recae sobre el demandante, cuando el demandado sostiene afirmaciones que muestran una clase de negocio distinto del afirmado por el demandante; pues, aunque de la propia exposición del demandado se dedujera la existencia de una pretensión del demandante, la demanda debería rachazarse según el párrafo 308 de la ZPO, si no se confirma como existente la relación jurídica en la cual aquélla se basa.

Este es el caso, ejemplifica, cuando el demandado alega donación frente a la demanda por devolución de un préstamo o basada en un contrato de depósito o mandato, o cuando el demandante reclama la devolución de dinero que afirma haber entregado para un determinado fin, no logra-

676 Op. cit., pp. 250 y ss.

do, y el demandado contesta haberlo recibido como préstamo, o cuando el demandante pide el precio de compra y el demandado afirma haber recibido la cosa en virtud de un contrato de comodato o de comisión o en pago de una deuda del demandante, es decir, como dación en pago y no como objeto de una compra. Lo mismo, cuando el demandado contesta a una demanda basada en un contrato de mutuo, que recibió el dinero como anticipo por trabajos a entregarse, o cuando frente a una demanda por división de una comunidad opone que el demandante no fue socio sino su apoderado, o cuando a la inversa, el demandante reclama la entrega de dinero percibido por el demandado, afirmando que éste fuera su auxiliar, mientras el demandado dice que fue socio. También incumbe al demandante confirmar cuando se discute si el contrato en que se funda la demanda, es de compra o de permuta o de sociedad, de locación de servicios o de obra, de locación o arrendamiento, de locación o de comodato, de comisión o de prenda, de mutuo o de dote, de fianza o de garantía, de depósito o empeño, corretaje o sociedad, contrato bilateral o donación hecha con cargo, gestión de negocios ajenos u obligaciones de administrar. Pero advierte Rosenberg prudentemente, aquí se han reducido las afirmaciones contradictorias de las partes, y no se debe imaginar que así han de hacerlo en fórmulas breves, ellas suministrarán hechos al tribunal y su apreciación corresponde exclusivamente al juez, quien debe determinar la naturaleza jurídica del contrato, no según la denominación que le den las partes, sino de acuerdo con los arreglos efectivamente hechos entre ellas.

Sobre todo, es interesante advertir que en su opinión, por medio del derecho de preguntar, el juez debe insistir en que se relaten del modo menos abstracto posible las conversaciones realizadas y los arreglos hechos; lo que puede conducir al resultado de que entre ellas no haya discrepancia sobre los hechos sino con respecto a la apreciación de los mismos, y, en tal caso, no hay lugar para la aplicación de las reglas concernientes a la incumbencia de la confirmación. Pero incumbe al actor confirmar, cuando las afirmaciones discrepan respecto del contenido de sus negociaciones y convenios, precisamente en los puntos que para el juez son esenciales, en atención a la determinación de la índole jurídica del contrato. De manera que la demanda debe rechazarse, si el demandante no puede corroborar sus afirmaciones, y además, refutar las del demandado.

La conclusión, pues, es que frente a afirmaciones divergentes del demandado, el actor debe **probar;** pero esta tesis de Rosenberg no encuentra total acogida en Micheli, quien al estudiar lo que llama excepción de la negación motivada, [677] o según la doctrina de Rosenberg, hipótesis de referencia a una norma diversa y no a una contranorma, considera que

677 Op. cit., pp. 397 y ss.

acudir al criterio de la norma favorable cuyas condiciones se deberían **probar** por quien los invoca, es caer en un agnosticismo completo respecto de la regla de juicio. Por ende, no ve la razón por la que el actor deba probar los hechos como los ha afirmado, y no ya el demandado que sostiene una versión diferente.

Micheli considera que no es suficiente observar que el demandado se refiere a una norma absolutamente diversa de la que apoya la pretensión contraria, de manera que tal oposición vale como negación que pone sobre el actor la incumbencia de la confirmación. Desde un punto de vista abstracto, añade, se puede observar que tanto vale una afirmación como otra, de manera que podría llegarse también a la conclusión de que la confirmación corresponde a ambas partes, naturalmente respecto de las relativas afirmaciones. Pero razonando así, dice, se olvida el motivo esencialmente procesal que hace concreta la regla de juicio, la relevancia que la posición de la parte en juicio tiene para la aplicación de la regla misma. En una pretensión de alimentos, el demandado puede discutir su obligación, oponiendo la existencia de obligados anteriores, y de este modo haciendo que incumba al actor la confirmación de la relación que los vincula.

Contra tal solución, explica, no debe objetarse la indeterminación de la incumbencia sobre el actor, puesto que frente a la pretensión bien individualizada del alimentando, la oposición del obligado no podrá dejar de ser precisa, indicación de antecedentes que permitan circunscribir la confirmación del actor respecto de la existencia de obligados anteriores, o bien la imposibilidad de obtener de éstos, en todo o en parte, los alimentos debidos. El demandado, pues, para negar la pretensión del actor e imponerle mayores especificaciones en la demanda, está obligado a su vez a especificar los elementos de la propia oposición, dirigida a gravar al adversario con la confirmación.

Los ejemplos, concluye, en lugar de confirmar como pretende Rosenberg, la contraposición entre norma y contranorma a los fines de la incumbencia de la confirmación, sirven para entender en todo su alcance la función procesal de la negación del demandado y sus límites. Los esfuerzos de Rosenberg aduciendo que el demandado tiene que **probar** las condiciones de la norma favorable a él, y por tanto, la existencia, por ejemplo, de obligados preferentes o de herederos más próximos, no puede considerarse que hayan prosperado, bien porque la contraposición de normas se manifiesta artificiosa en la distinción de elementos que entran a formar parte de la hipótesis a confirmarse por el actor, ya porque se tendría excepciones **ex jure tertii** sin significado. La negación motivada por parte del demandado en estos casos, hace recaer sobre el actor la incumbencia de precisar los términos de su demanda, y por consiguiente de la confirmación de sus extremos.

Si frente a la oposición del demandado, el actor no confirma, su instancia es rechazada, sin que por esto sean declarados ciertos los eventuales derechos o las eventuales obligaciones de terceros, sino solamente la libertad del demandado respecto de la pretensión del actor.

La negación motivada verdadera y propia ha dividido a la doctrina, afirmándose por una parte que toda forma de defensa del demandado, a menos que éste oponga hechos cronológicamente distintos de los formulados por el actor, vale como negación de la pretensión del adversario, y por tanto, remite a éste la confirmación; por otra parte, en cambio, se distingue de diverso modo la oposición de hechos que entran en la norma de **excepción,** de la oposición de hechos que están previstos por una hipótesis normativa absolutamente diversa.

La doctrina de la **excepción** y de la negación motivada incide, explica Micheli, por tal vía en la doctrina de las declaraciones complejas o, como se suele decir, de la confesión compleja y cualificada. A este propósito es de observar que el tratamiento de las declaraciones complejas, en las que junto a una **contra se pronuntiatio,** [678] existe una **pro se pronuntiatio,** puede seguir varias directrices: i) es posible que la ley deje valorar al juez la declaración favorable limitando la eficacia a la confesión; ii) puede establecer la inescindibilidad de la confesión de manera que el adversario se encuentre en la alternativa de **probar** todo **ex novo** o confirmar lo contrario; y iii) en la que el legislador confiere al juez libertad de apreciar según las circunstancias las declaraciones de parte.

g) Todo este importante tema de la negación motivada, que ha separado a la doctrina, más respecto al justificante de la solución que en cuanto a esta misma, no hace sino robustecer la idea de que el sujeto de la confirmación no ha de coincidir necesariamente con el sujeto de la afirmación. Pero en el extremo que ahora se contempla, la razón es diversa a la dada en cuanto al juzgador.

Queda determinado que afirmar es tarea propia de las partes y que ni siquiera los testigos o peritos pueden hacerlo, porque afirmar dentro del proceso ha de entenderse como elemento de la pretensión. Pero confirmar es tanto probar, como acreditar, convencerse que mostrar, y en este sentido, nada impide, lógicamente, que uno sea quien afirme y otro quien verifique: el perito, uno quien afirme y otro quien se convenza: el juez, uno quien afirme y otro que muestre: tercero, uno quien afirme y otro que acredite: notario. Parece que en todo esto se ha omitido un punto: el que entre afirmar y solicitar confirmación hay tres momentos, el segundo corresponde al tema del cómo se confirma, que aquí no se ha tratado aun.

678 Confesión.

Si quien confirma puede ser el juez, nada de extraño tiene que ante la oposición del demandado que contra afirma, pueda llegarse a la solución de que ha de confirmar el actor. La explicación, enteramente jurídica del fenómeno, proviene de la circunstancia de que el objeto del proceso es el debate, que se forma, no con el contraste de afirmaciones, sino de pretensiones. La negativa del demandado, que además aduce la afirmación de hechos diversos, no basta para cambiar el debate, ya fincado en la contraposición de pretensiones: condena y absolución. Es por ello que si el hecho debatido es la existencia del mutuo, la mera afirmación del demandado sobre la existencia de una donación, no viene a modificar el debate, pues haya habido o no donación, de no confirmarse el mutuo el actor no está facultado para exigir el pago.

Esta regla de la incumbencia no se limita a lo civil, también en lo penal está prohibido al juez el **non liquet,** y aunque se acude al carácter acusatorio de este proceso, la solución de que el acusado debe ser absuelto, no sólo cuando no resulten confirmados los hechos constitutivos del delito, sino también cuando no se confirmen como inexistentes los hechos que tienen el efecto de paralizar la aplicación de la norma; lo cierto es que aquí se aumentan las facultades inquisitivas del juez, que, se ha visto, no vulneran la regla de juicio que impone la declaración positiva de certeza de los hechos constitutivos del delito, y la declaración negativa de los extintivos. Si falta una distribución verdadera y propia de la incumbencia, dice Micheli, [679] esta falta la debe resolver siempre a favor del imputado, en virtud del principio **in dubio pro reo,** que no es más que un aspecto de la regla del juicio en lo penal.

Como se ha venido puntualizando, en lo penal acontece un fenómeno material diverso al civil, por cuanto no es natural ni factible que los sujetos del conflicto tengan la intención de acreditar los hechos al presentarse o antes de ello, como sí sucede normalmente en lo civil. De ahí que en lo penal predomine lo que ha recibido el nombre de **prueba** indiciaria: se integra artificial o legalmente el vestigio llamado **cuerpo** del delito y se consigna sobre la base de la **presunta** responsabilidad. Por tanto, la verdadera prueba resulta un dato circunstancial y es menester aducir otros medios de mostración, [680] de acreditamiento [681] y, sobre todo, de convicción: declaraciones de parte y de terceros.

Existe en lo penal, dice Micheli, [682] una regla de juicio dirigida a reconstruir los hechos, en que impera el principio de oficiosidad del juez. Pero esto, como se ha afirmado, no es distinto a lo que puede suceder

679 Op. cit., p. 266 y ss.
680 Reconstrucción de hechos.
681 Dictamen sobre la falsedad del documento.
682 Cit., p. 269.

en lo civil, sólo es más pronunciado legalmente, más imperativo y no de significado diverso. Lo cierto es que el juez, y esto lo admite Micheli, está ahora obligado a inquirir, desplegando una actividad mayor que en lo civil para formar su propia convicción. En esto, conviene el autor, se agota la actividad debida, sin que esté obligado a seguir determinados comportamientos al objeto de evitar consecuencias desfavorables.

Desde otro punto de vista, cuando se habla de **carga** de la **prueba,** se choca, en lo penal, con la circunstancia de que el ministerio público no tiene interés interno en el fallo. Por ello se ha inventado el término de **carga** objetiva por el hecho de que la acusación experimenta una desventaja si no queda **probada** la culpabilidad del imputado.

Ahora bien, tanto en lo civil como en lo penal, el interés procesal [683] explica la línea de vinculación entre la pretensión y la sentencia; por tanto, aunque el ministerio público no obtenga ventaja con la sentencia favorable ni se perjudique con la absolutoria, su interés en obrar proviene de pretender un pronunciamiento contra el reo. Como en todo proceso, el ministerio público debe confirmar lo que afirma: hechos constitutivos del delito, y puesto que afirma la responsabilidad del acusado, también los hechos que la excluyan.

No es diferente el panorama en el proceso administrativo, aunque cambia de aspecto en extremos concretos, dice Micheli [684] cuando falten elementos de confirmación o éstos sean considerados insuficientes por el juez. Pueden distinguirse dos aspectos del fenómeno: i) las partes deben aducir documentos justificativos de su demanda, ii) pero si el juez reconoce que la instrucción no es completa, puede proveer de oficio en forma que se integren las condiciones sobre los hechos de la causa.

Si en lo penal se habla del principio **in dubio pro reo,** en lo administrativo se invoca el de legalidad de la actividad de la autoridad. Es por ello que el particular no puede limitarse a afirmar la ilegalidad del acto, sino que debe confirmar su aserto.

En resumen, la distribución de la incumbencia puede sufrir ligeras alteraciones cuando pasa de lo civil a lo penal o a lo administrativo; pero ello es más por razón de las circunstancias históricas y políticas de los hechos, que por consideraciones lógico jurídicas. Siempre acontece que la afirmación contenida en la pretensión contrapuesta ha de confirmarse. Que en lo penal se deba confirmar también la afirmación de la inexistencia de hechos que excluyan la responsabilidad, y en lo administrativo la ilegalidad del acto, no significa que varíen esencialmente las reglas de juicio, sino las condiciones materiales de realización de los hechos. En lo penal

683 Supra Nº 164.

684 Cit., p. 276.

se parte de la suposición de que el reo no ha cometido el delito, en lo administrativo se presume legítimo el acto, en lo civil hay neutralidad en términos generales, pero no se desconocen ni la suposición de inocencia, como al tratarse de la posesión que alegada de mala fe ha de confirmarse ésta, ni las presunciones legales como la referente a la habilidad jurídica de las personas que, negada, ha de confirmarse.

188 Procedimiento confirmatorio.

La confirmación no se reduce a la prueba y, por tanto, no se puede hablar siempre de la verificación de los hechos en el proceso. Hay otros medios empleados desde tiempo inmemorial como la mostración, el acreditamiento y la convicción.

Es por razón de la última, que resultan discutibles las palabras de Micheli,[685] cuando establece la necesidad de decidir todos los casos, aun cuando los hechos hayan quedado ignorados; porque con esto se llegaría a pensar que los jueces emplean algo cercano a la adivinación o al capricho. Lo cierto es que, si bien no es posible que en todas las hipótesis se reconstruya la historia, y hasta cabría decir que lo contrario es insólito; en cambio, los medios indicados van operando sucedáneamente hasta quedar en la simple convicción. Pero ésta ha de ser de tal manera eficiente, que, no sólo para el juez, sino para el pueblo o para el crítico del juez, haya un apoyo razonable.

Viene ahora un punto interesante y que debe coordinar con los anteriores: el procedimiento confirmatorio. Establecido el concepto de confirmación, su objeto y quiénes deben realizarlo, se presenta la investigación del cómo se comprueba. Fuera del proceso, es indiferente el camino a seguir para confirmar, se puede encomendar a un tercero, generalmente a la policía en lo penal, a los inspectores en lo administrativo o a los abogados en lo civil. Pero dentro de la serie proyectiva, la posibilidad de efectuar la confirmación está limitada casi naturalmente.

Ante todo, lo existencia de dos partes y un juez lleva a una situación restringida, por lo mismo que no todos los individuos que saben algo del conflicto se pueden encargar de afirmar y confirmar. Es menester tener interés procesal[686] o interés en administrar justicia. Partes y juez son los titulares de la confirmación de los asertos contenidos en las pretensiones que determinan el debate. Los demás sujetos tienen que esperar a ser llamados, y si alguno de ellos, por ejemplo un testigo, se presentara sorpresivamente en la audiencia y afirmara conocer los hechos, no pasaría de ser una denuncia que tendría que ponderar el juzgador: primero, vincu-

685 Op. cit., p. 291.
686 Supra No. 164.

lando lo afirmado con lo debatido, y después, procediendo a interrogar con audiencia de las partes. Debe estar fuera de duda que la declaración tendría que admitirse, sin importar que el testigo no hubiera sido ofrecido por alguna de las partes; pero el caso se encontraría ya encuadrado en términos de debate, de manera que el testigo no actuaría por un interés pretensional propio.

Ciertamente no en todos los regímenes sería factible la admisión de este testimonio; sin embargo, parece infantil y ridículo el rechazarlo sobre la base de que el tercero no pretende sentencia. Precisamente en este ejemplo se observa la técnica connotación del término afirmar. Para el proceso es el dato fáctico de la pretensión. En otros muchos momentos hay diversas aseveraciones que no tienen trascendencia en el debate: se puede asegurar al juzgador que no ha sido posible obtener una copia certificada de un archivo público, como mero antecedente para solicitar un plazo un mandamiento de expedición de la copia; se puede establecer la circunstancia de haber conocido la iniciación del juicio antes de la notificación, para el solo fin de presentar la contestación antes del emplazamiento, etc.

La elección de un significado especial para el vocablo afirmación, hace que se convierta en un término técnico, que ya no puede ser jurídica, o mejor dicho, procesalmente empleado en otro sentido. Si el testigo explica que su dicho tiene como base un conocimiento personal de los hechos, esto que semánticamente es afirmar, no puede confundirse con la afirmación contenida en la demanda, sencillamente porque no tiene el carácter de antecedente fáctico para pretender una sentencia.

Porque sólo las partes afirman para obtener pronunciamiento favorable, se puede decir que el juez está excluido de la actividad pretensional. No sería posible que el mismo sujeto se solicitara un fallo, de manera que lógicamente está impedido para afirmar procesalmente. Y a ello debe añadirse que el principio de imparcialidad rechaza toda actividad preconformadora de la decisión. Si el juez, con una actitud científica se acercara a las circunstancias del conflicto y averiguara por sí mismo, estaría creando afirmaciones e íntimamente pretendiendo una solución.

Por ende, la tajante separación entre afirmar y confirmar, permite excluir al juez de lo primero y colocarlo en lo segundo. Una vez conocida la confirmación, es decir, los hechos presentados en el proceso como los supuestos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la realización de la consecuencia jurídica reclamada,[687] nada impide que el juez colabore con las partes en la confirmación; pero no a manera de investigación, así sea científica o técnica, sino a través de un procedimiento que respete la audiencia bilateral.

687 Cfr. Rosenberg, Op. cit., p. 5.

Nadie más constreñido por la necesidad de confirmar que el juez, ni siquiera las partes que le han llevado al conflicto, porque éstas pueden abstenerse de hacerlo en algunos supuestos, como cuando el demandado o el acusado se limitan a negar. Pero del hecho de que el juez tenga que formarse una convicción ineludiblemente, no se sigue que haya de marchar solo por la averiguación y se convierta en policía. Inquirir, ha quedado esclarecido, no es lo mismo que averiguar, la diferencia innegable es que en la inquisición se conoce un dato forzosamente, y respecto del proceso, el dato es la afirmación de cada parte, afirmación que es el antecedente de la pretensión y no de un silogismo cualquiera.

El juez no debe afirmar que hay un mutuo o se ha cometido un delito sino que debe recibir la noticia; pero sí puede, jurídicamente hablando, y aun debe confirmar si los hechos aducidos originaron el préstamo o constituyeron la infracción penal. Probablemente las partes mencionen la asistencia de un testigo que no ofrezcan presentar, el juez puede convocarlo, porque la afirmación no proviene de su investigación sino del dicho ajeno. Es posible que el acusado sostenga que ha vivido en una localidad determinada y que no ha sido sancionado por autoridades, el juez puede solicitar informes de las mismas. El criterio opuesto no conduciría sino a un formulismo exasperante e injustificado.

Todo lo anterior destaca la importancia del procedimiento confirmatorio. No se trata, desde luego, de caer en estrechos cauces legales que distribuyendo los papeles de los personajes del drama procesal, les obstaculicen para expresar parlamentos no sugeridos en el guión de la obra. Pero sí es necesario que las partes y el juez, los auxiliares y terceros, sepan cómo conducirse, cuándo actuar y, sobre todo, que se conserve una igualdad de posibilidades de actuar de las partes.

a) Parece superfluo y hasta tautológico indicar que desde el punto de vista del procedimiento, la confirmación ha de venir con posterioridad a la afirmación. El sentido común conduce necesariamente a esta conclusión y, por el contrario, sería absurdo comenzar confirmando lo que aún no se afirma.

Pero jurídicamente, hay no pocas manifestaciones de esta asombrosa solución. Están, desde luego, las figuras del acreditamiento; en seguida, el conjunto de actuaciones preprocesales para futura memoria, y, final, pero no exclusivamente, el extremo del juicio penal, con un procedimiento llamado de instrucción, en el que se realiza la actividad confirmatoria, y que va seguido de una fase llamada plenaria, en la que se formulan las afirmaciones en las denominadas conclusiones. Según Alcalá Zamora,[688] los escritos de conclusiones equivalen a la demanda y contestación del pro-

688 *Panorama*, p. 353, nota 805

ceso civil, pero debido a la distinta marcha de ambos enjuiciamientos, mientras éstas, salvo mediar diligencias preparatorias, inician el juicio; las conclusiones penales recaen normalmente al cabo de bastante tiempo, en ocasiones años de comenzada la instrucción. Coinciden en cambio, en ser escritos polémicos, con juego de pretensiones y existencia de relación procesal entre verdaderas partes, dudosa o inexistente durante la instrucción.

Y se alcanza el punto crítico, cuando en el procedimiento penal se regula la integración de las **pruebas** en la fase de averiguación policíaca. En ese momento en que se puede obligar de hecho al inculpado, aunque técnicamente se le llame indiciado, a **probar** en descargo sin tener frente a sí parte acusadora ni poder hacerlo ante juez que ejerza realmente jurisdicción, se están **recogiendo pruebas** por un sujeto que tiene la misión más destacada de buscar los vestigios o huellas del delito, de manera que el inculpado tiene dos pesadas tareas: **probar** que no hay delito, y **probar** que de haberlo, él no lo cometió, sin perjuicio de tener que aducir **excepciones** y defensas, desde las circunstancias excluyentes de responsabilidad, simples atenuantes, causas que extinguen la pretensión, y las estrictamente procesales que impliquen impedimento cuando se intente ejercer la jurisdicción. Todo ello sin que se haya iniciado la acción acusatoria, pero sí estando privado de libertad el sujeto, con prisión que todavía no es pena sino detención por sospechas.

En todo caso, si la policía se ocupa de lo concerniente a la investigación del delito, determinado su objeto, recogiendo los instrumentos e integrando las piezas de convicción: huellas o vestigios; el llamado **cuerpo** del delito operará en regímenes como el mexicano, a manera de medio de confirmación, preconstituido para justificar la intervención del ministerio público, con el fin de establecer la posible culpabilidad del indiciado. De las actas policíacas surge la integración de las piezas de convicción del delito y la identificación del indiciado, del sujeto que aquéllas señalan como su autor. Establecida la presunta responsabilidad, se llega al proceso con un cúmulo de medios de confirmación, que los vicios de la práctica estimarán como determinantes, no sólo para dictar el auto de formal prisión, sino para emitir sentencia condenatoria. En resumen, en aplicación de un llamado principio inquisitivo, mal comprendido, se ha encomendado a la policía judicial la búsqueda y reunión de datos que permitan suponer la responsabilidad de un sujeto y que vienen a ser una **prueba** en su contra.

b) El cómo de la confirmación no puede quedar indefinido, o por lo menos confundido con el qué de ella. Lógica y jurídicamente no puede haber confirmación antes de existir la afirmación; pero si se aprecian los

extremos antes indicados, se tendrá que buscar una explicación más técnica y científica, o habrá que olvidar: en lo penal el principio acusatorio y en lo civil las reglas del debate.

Se concibe, dice Couture,[689] en un sentido lógico, que toda la actividad que desenvuelven en el juicio las partes y el juez, se realice de una manera libre, es decir, como una aportación de **pruebas** absolutamente abierta en cuanto a su forma y desenvolvimiento. Pero también se concibe que, por el contrario, la **prueba** sea reglamentada otorgando tan sólo valor a aquellos elementos de convicción que lleguen al juicio mediante un procedimiento ajustado al régimen legal.

Aunque el autor agregue que el derecho uruguayo se ha pronunciado por la última solución, el sólo plantear el problema en los términos que lo hace, deja abierta la posibilidad de la informalidad jurídico científica. Por formalidad hay que entender la conducta elegida por el derecho entre las posibles, y tratándose de la confirmación, el procedimiento libre o no elegido legalmente, vendría a significar la intervención de cualquiera persona en la obtención de los medios y su presentación en el proceso. Esto que parece factible en términos generales, es inconsistente e inaceptable para el derecho procesal, porque ya se establecido que la confirmación es el momento siguiente a la afirmación en una pretensión, de manera que no cualquiera puede actuar confirmando, sino los sujetos convocados por la ley.

Pero, además, y esto es lo determinante, la confirmación se enlaza, no a cualquier aserto, sino a la afirmación del pretender y, mientras éste no se formule en una acción, no puede considerarse afirmando hecho alguno del conflicto. No es la policía la que afirma, sino la que encuentra vestigios, huellas, datos que señalan la existencia de un delito y una presunta responsabilidad penal. Toca, entonces, al acusador, sea público o popular, privado o estatal, ejercer la acción, deduciendo una pretensión puntiva en la que hay una base afirmativa de hechos.

Todo procedimiento preprocesal tiene la calidad de actividad acreditadora con referencia a la **prueba.** Por ello, las llamadas **pruebas** para futura memoria o sea, las adquiridas antes de iniciarse el proceso respectivo, no son sino documentaciones, judiciales o notariales, pero meros acreditamientos que, en su día, irán como documentos al juicio. Y otro tanto cabe decir de las actuaciones policíacas, porque sea cualquiera el medio utilizado: pericia, reunión de indicios, obtención de declaraciones o mostraciones, van en sendas actas, que como documentos, servirán para convencer al acusador de la presunta responsabilidad del indiciado y provocar su actividad procesal.

689 *Fundamentos*, pp. 125 y ss.

Pero caídos en el proceso, todos estos datos que se suelen llamar preconstituidos, por ser anteriores al proceso, tendrán que recibir la crítica de las partes y del juzgador. Sólo así, dentro de la formalidad del procedimiento confirmatorio, pueden ser tenidos en cuenta para el pronunciamiento de fondo.

En consecuencia, no hay libertad lógicamente, puesto que primero ha de venir la afirmación en el pretender.

c) Establecido que el procedimiento confirmatorio no puede quedar en la indeterminación, cabe observar con el propio Couture [690] que se divide en dos campos: en uno se halla el conjunto de reglas comunes a todas las confirmaciones, y en el otro se señala el mecanismo propio para cada medio. Así, agrega, todo lo relativo al ofrecimiento, a la oportunidad, al control, etc., constituye el tema general. En cambio, toca a lo particular del problema el funcionamiento de cada medio: instrumentos, testigos, pericia, confesión, inspección, etc.

Couture no estudia las modalidades del procedimiento atinente a cada medio, en cambio, analiza los problemas generales, en primer lugar las oportunidades y, en segundo, las características comunes.

Los instantes de la actividad confirmatoria, en su concepto, son tres: el ofrecimiento, el petitorio y el diligenciamiento. Por ofrecimiento entiende el anuncio formal en el que resulta aplicable el principio de la articulación con las afirmaciones de la demanda. El petitorio es la solicitud de admisión de uno o varios medios de confirmación, porque no puede incorporarse eficazmente al proceso elemento alguno sin la participación del juzgador; por lo mismo, aquí interviene el contralor del tercero imparcial: sobre la oportunidad de la producción, sobre la admisibilidad del medio elegido, y sobre la regularidad del procedimiento utilizado para hacer llegar al juicio determinado medio; pero no hay control sobre la conveniencia o la utilidad de los medios pedidos, lo que se reserva para la sentencia. El diligenciamiento es la colaboración material de los órganos encargados de la recepción y de su incorporación al expediente o causa; el concepto de esta fase, añade Couture [691] se resume diciendo que consiste en el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para trasladar hacia el juicio los distintos elementos de confirmación propuestos por las partes.

Tal vez la explicación de Couture adolezca de algún dato por un lado y resulte demasiado formalista, por el otro. Adolece de un momento de la mayor importancia para cualquier procedimiento, que es el de la preparación, por ejemplo, cuando el medio de confirmación debe recabarse

690 Op. cit., p. 126.
691 Op. cit., p. 129.

en una circunscripción ajena a la competencia del juzgador, o simplemente cuando se trate de una declaración de persona que no puede asistir a la sede del tribunal. Y es demasiado formalista, porque entre ofrecimiento y petitorio no hay una tajante separación en todas las leyes, ni es resultado de un tratamiento lógico jurídico necesario.

En realidad, el procedimiento podría ser dividido en cuatro momentos materialmente distinguibles: i) ofrecimiento, ii) preparación, iii) desahogo, y iv) asunción. Como queda explicado arriba, no se trata de instantes necesarios y menos indispensables, sino posibles o convenientes en cualquier proceso. Puede faltar la preparación, y el desahogo se puede confundir con la asunción; sin embargo, en determinadas circunstancias, será menester regular por separado cada grado, en virtud del diverso tratamiento que ha de darse, por ejemplo, al ofrecimiento frente a la preparación, o al desahogo frente a la asunción.

El ofrecimiento queda enmarcado en un grado procesal específico, en virtud de que, conforme a lo enseñado por el mismo Couture, así como no se concibe al proceso sin debate, tampoco se puede entender que una parte produzca su confirmación sin el control del adversario.

Ahora bien, existen, no sólo diversidad de reglas, sino salvedades en este punto, dado que respecto a lo primero, hay ciertos tipos de juicios, como los plenarios civiles, en que el momento se precisa con mayor o menor certeza, en tanto que en otros, o el momento se confunde con el de la afirmación cual sucede en los sumarios, en el fiscal y en el penal donde la consignación se hace propiamente de las actas policiales en las que se acreditan los hechos de la investigación, o se llega al extremo del juicio laboral, en el que, según el régimen mexicano, se dispone de una audiencia especial para el ofrecimiento.

Tocante a las salvedades, la principal estriba en que por virtud de las reglas sobre confirmaciones para mejor proveer, en lugar de que se presente el ofrecimiento, aparece una instrucción judicial ordenando la reproducción del desahogo o la asunción de nuevos medios.

De cualquiera manera, sea en virtud del principio acusatorio, o de su gemelo de la bilateralidad del debate, tanto en el ofrecimiento como en la instrucción para mejor proveer, ha de mantenerse igualdad entre las partes. Aunque no se llega al momento del desahogo, menos aún al de la asunción, en este instante del señalamiento de los medios que se propone presentar la parte, opera ese control que mencionara Couture, pero no de manera aislada o unilateral, es decir, proveniente sólo del juzgador. La contraparte debe conocer el ofrecimiento para tener oportunidad de ejercer su derecho de objeción.

Como ya quedó establecido que los medios de confirmación se vinculan con las afirmaciones contenidas en las pretensiones, no hay necesi-

dad de insistir en que son inconducentes aquellos medios que tan sólo se destinen a confirmar afirmaciones semánticas. El debate es fundamental para la admisión del ofrecimiento, por lo mismo que dialécticamente se han depurado las contradicciones y resta exclusivamente confirmar los puntos afirmativos discutidos.

El ofrecimiento, suelen decir las leyes, no es admisible si los medios de convicción van contra derecho o contra la moralidad. Si en el primer extremo la proposición es inteligible, porque cuando la ley rechace un medio, como la inspección física de la persona, no cabrá admitir su desahogo; tratándose de la moralidad, se está ante un término que linda en el sin sentido. No se trata de que el vocablo no tenga significación, sencillamente porta una señal, pero su objeto mentado es inverificable, tanto porque según las culturas de cada grupo social el contenido es diverso, cuanto porque aquí reina la mayor subjetividad, desde que la moral alude a un criterio personal. Sólo queda acudir al temperamento medio general, y esto es lo que pueden hacer los juzgadores, ponderando casuísticamente si en determinado juicio, un medio de confirmación alterará la conciencia pública, si perturbará los sentimientos de la mayoría o, por lo menos, de la parte de la población que más influye en el grupo social. Cualquiera otra medida dada a **priori** será inaplicable, pues no cabe decir que en cierto momento histórico sea inmoral lo mismo que así fuera calificado en otro. Medios de confirmación como el juramento, pueden llegar al calificativo de inmoral: la palabra incumplida frente a los dioses es **prueba** de impiedad y sacrilegio, dice Carlos A. Ayarragaray;[692] pero en ciertos países, como en los Estados Unidos, por juramento se entiende sólo afirmación de una conducta:[693] nada inmoral.

Otra manera de subdividir la fase confirmatoria, se encuentra en la tesis de Devis Echandía,[694] para quien la primera etapa en este procedimiento es la producción y obtención, que se subdivide en averiguación, proposición, admisión u ordenación, recepción o práctica.

La adecuada admisión u ordenación comprende la oportuna y legítima presentación o proposición de la confirmación, cuando requiere impulso de parte. En el procedimiento de tipo **inquisitivo,** como el penal y el laboral colombiano, o el civil que rige en países que han sabido modernizarlo, dice el autor, la ordenación de la prueba puede ser oficiosa y no estar precedida por iniciativa de parte. En el dispositivo riguroso, en cambio, hace falta la previa solicitud o presentación por la parte.

692 *Historia y crítica del juramento*, Bs. As. 1935, p. 179.

693 Id., p. 183.

694 *Requisitos para la existencia jurídica, la validez y la eficacia probatoria del testimonio de terceros*, en *Revista Argentina de derecho procesal*, Año 1968, Nº 4, p. 8.

También recuerda Devis Echandía, que los actos procesales en general y los de confirmación en particular, están sujetos a formalidades de tiempo, modo y lugar, que son precisa garantía para el ejercicio de los derecho de defensa y de igualdad de oportunidades. [695]

Y luego se refiere a la expresa prohibición legal para la recepción de determinado medio y en cierto proceso, como cuando con el testimonio se viola el secreto profesional o familiar. Y lo que el autor llama inconducencia de la confirmación se puede presentar de varias maneras, entre las que destaca el caso en que la ley prohibe ciertas investigaciones, como el adulterio de la mujer casada a solicitud de quien no sea su marido y en vida de éste, o la paternidad de un tercero respecto del hijo de mujer casada, en el mismo supuesto. En realidad, aclara, es un requisito diferente a la conducencia, pero cuando la ley no lo contempla especialmente, como sucede en varios códigos procesales, no hay más remedio que incluirlo en el concepto amplio de conducencia. Si a pesar de la prohibición, el juez permite la práctica de la confirmación, ésta será ineficiente, y de todas maneras, lo adecuado es que el juez rechace la confirmación, por razones de economía procesal y por existir en el fondo una evidente ilicitud en su práctica. [696]

Pese a las explicaciones de Devis Echandía y de Couture, habrá que insistir en que el procedimiento confirmatorio se descompone realmente en los cuatro momentos citados de i) ofrecimiento, ii) preparación, iii) desahogo y iv) asunción. El término averiguación, a más de ser adecuado al procedimiento policíaco y no al procesal, de llevarse a éste vendría a significar una finalidad y no un camino a seguir. En cuanto al resto, lo propio es distinguir entre proposición y ordenación, porque una es a instancia de parte y la otra alude a lo oficioso. Además, la admisión se vincularía con la proposición y sobraría en la ordenación. Y en cuanto a la recepción o práctica, resulta más significativa la pareja desahogo y asunción por las razones que luego se expondrán.

En resumen, la primera sección de la fase confirmatoria es, lógica, jurídica y cronológicamente el ofrecimiento. Es verdad que éste falta en las diligencias para mejor proveer, pero la actividad oficiosa sólo puede concebirse como actuación inicial si se emplea como sustitutiva de la reservada a las partes; como cuando no se han ofrecido medios de confirmación que se desprendan de las afirmaciones, cual la existencia de personas o documentos, cosas que se puedan mostrar y aun careos entre partes.

d) En la línea del ofrecimiento hay una contrapartida a la instancia de parte, y es la que consiste en la iniciativa del juzgador que Alcalá Zamora [697] hace remontar en el derecho procesal hispanoamericano, a

695 Id., p. 17.
696 Id., p. 19.
697 *Autoridad y libertad en el proceso civil*, Op. cit., p. 24 nota 60.

la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, cuyo artículo 48, dice, consagró una práctica plurisecular basada en la Partida III, título IV, ley 11, y título XXII, ley 11.

En este caso, contrastan las mejoras introducidas en el código distrital mexicano de 1932, al permitir acudir a estos medios en todo tiempo, y no sólo a última hora, así como la técnica del enjuiciamiento civil cubano, cuando por consecuencia de la reforma de 1938, se autorizó a decretar tanto de oficio como a instancia de parte estas medidas; en cambio en la ley española las diligencias vienen al final y se dictan de manera irrecurrible. En apoyo de la solución española, el autor expresa que se puede aducir que mediante ella prevalecen los principios de oficialidad y de economía, al impedir que en el último instante el procedimiento se complique; pero a favor de la fórmula mexicana está que asegura la garantía de audiencia. En todo caso, concluye, de **lege ferenda** cabría al menos una breve y modesta reposición, y en tal caso, la impugnación por las partes vendría a ser el reverso de la resolución judicial sobre admisión de pruebas: aquí, los litigantes proponen y el juez dispone, mientras que ahí el juzgador dispone y los contendientes se oponen.[698]

Es, pues, el punto crítico de las **diligencias** o **medidas** para mejor proveer o resolver,[699] su nacimiento judicial, su carácter oficioso, lo que suscita diversas cuestiones, desde su momento oportuno, el tipo de acto por el que se decretan, su carácter confirmatorio, la posición de las partes y sus posibilidades de control.

Sentís Melendo estudia el mismo problema, partiendo del concepto de **prueba.**[700] Para llegar a este último, contrapone averiguación y verificación; pero si respecto a lo primero acierta al considerarla que es buscar algo que se ignora y se necesita conocer, no sucede lo mismo con la segunda, que entiende como el acreditar lo averiguado, y después afirmado. Es verdad que averiguar es buscar o investigar; pero como ya se ha explicado antes, ni siquiera este tipo de indagación cabe ante el desconocimiento total del fenómeno. Por ejemplo, en lo penal, siempre es menester partir de la **notitia criminis.** Saber que existen hechos que hacen suponer la comisión de un delito, no es lo mismo que afirmar su realización y proceder a confirmarlo.

Por tanto, la contraposición no es de averiguación a verificación, sino de averiguación a inquisición, como de otra parte, se contraponen afirmación y confirmación. En efecto, la averiguación parte siempre de un

698 Id., p. 28.

699 Cfr. Alcalá Zamora, Cit., p. 24, nota 59.

700 *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, en *Estudios de derecho procesal*, Bs. As. 1967, T. 11, pp. 602 y ss.

dato incluido en la constelación fenoménica. La inquisición, en cambio, es la pregunta sobre el conocimiento ajeno. Si bien las dos son manifestaciones de la aporética, para el derecho resulta indispensable separarlas de manera definitiva, porque de otra manera se llegaría a confundir la potestad inquisitiva del juez, con la tarea averiguadora de la policía.

Cabría establecer la separación de un modo más gráfico, diciendo que averiguar es indagar si se sabe, en tanto que inquirir es preguntar lo que se sabe. De ahí que, por ejemplo, testigos y peritos sean objeto de examen, en tanto que la policía busca quién haya presenciado o sepa algo de los hechos. Si un juez se dedicara a averiguar, dejaría su papel de imparcial, para convertirse en detectador de hechos: detective.

Cuando Sentís Melendo establece que después de averiguar hay que afirmar, está expresado algo también cierto, pero resulta que semánticamente afirman aun quienes no han averiguado, como son los testigos que presenciaron los hechos con o sin su voluntad y, lo que es más importante, la afirmación que interesa al proceso es la contenida en la pretensión, y naturalmente, las partes no necesitan averiguar para sostener que un hecho se ha dado en cierta forma, circunstancias que, por lo demás, el mismo Sentís Melendo conoce y recuerda.[701]

En esta condiciones, no está desacertado el autor al estimar que probar es verificar, pero desde luego no se trata de una conclusión que se pueda derivar de las proposiciones anteriores, porque no hay entre ellas una liga de premisas a conclusión. Y, en seguida, acontece que a la afirmación no sigue, procesalmente hablando, la prueba, sino la más amplia actividad confirmatoria, dentro de la cual se encuentra la prueba.

Se debe coincidir plenamente con Sentís Melendo, cuando expresa que la averiguación es una labor anteprocesal,[702] y por ello, si no es absolutamente correcto llamar al sumario penal una actividad administrativa como él dice, apoyándose en Rende, en cambio sí puede decirse que se le viene tratando legalmente como actividad policíaca. Ahora bien, el autor se apoya en Carnelutti a renglón seguido,[703] para distinguir entre medios y fuentes, indicando que se averiguan las fuentes o hechos de que se sirve el juez para inferir su verdad, y se verifican a través de los medios permitidos por la ley. En las fuentes está lo esencial y en los medios lo formal.

Hay que recordar que Carnelutti se distinguió por su técnica, y logró invariaciones atractivas y hasta convincentes. Pero operar técnicamente no es lo mismo que tener razón, y en este caso no basta elegir un nombre para cada fenómeno y luego combinarlos para hacer una tesis, porque

701 Id., p. 603, nota 5.
702 Id., p. 604.
703 Op. cit., p. 610 y nota 22, en que cita *La prueba civil*, p. 70.

sin importar la denominación, el resultado es muy discutible. Si probar es verificar, como lo acepta Sentís Melendo, la fuente u origen, para hablar causal aunque anacrónicamente, es precisamente el medio de que se vale el científico: el procedimiento, o sea lo contrario de lo que opinara Carnelutti. Ante la afirmación de hechos en la pretensión penal o civil, laboral o administrativa, constitucional o canónica, etc., no cabe decir que buscar esos hechos o encontrarlos en el proceso sea la fuente de la prueba; en todo caso sería el procedimiento, el camino a seguir.

Esto tiene trascendencia en cuanto al tema del ofrecimiento o inquisición para mejor proveer, porque de aceptar la tesis Carnelutti-Sentís Melendo, se llegaría a admitir que el juez puede pesquisar utilizando las fuentes que son las afirmaciones de las partes. Lo que cabe es confirmar las afirmaciones con los medios legales. En cuanto el juez se desentienda de las afirmaciones y acuda a los hechos, se saldrá del proceso para ir a la averiguación.

Así pues, en este momento del procedimiento confirmatorio, lo primero que no puede hacer el juez es probar. No puede experimentar por su cuenta, como lo haría el perito. No sería adecuado al principio de imparcialidad, que, por ejemplo, ante la huella dactiloscópica ofrecida en juicio, procediera el juzgador a tomar la huella del acusado y a confrontarlas, dictaminando su identidad. No se niega que el juez puede tener conocimientos dactiloscópicos, lo que se exige es que no actúe como perito, porque aun existiendo la posibilidad de refutar sus conclusiones, se hará en vía de impugnación a la resolución, y no en vía de objeción al parecer o dictamen. La impugnación sólo permitiría estudiar la violación del procedimiento o la cometida al valorar la prueba, pero no serviría para contrastar opiniones periciales, que es lo que impone el principio de igualdad en el proceso.

Se aprecia de lo anterior que cabe facultar al juez para utilizar los mismos medios de confirmación de las partes, si se respetan las condiciones del debate procesal. No puede averiguar el juez, porque esto es ir en busca de hechos, de rastros o huellas de hechos y de noticias de hechos; pero puede inquirir sobre hechos no afirmados procesalmente.

Cuando se habla de tipos dispositivo o inquisitorio del procedimiento, que no del proceso, se está pensando en algo diverso al dinamismo de la institución. Como explica Sentís Melendo, no hay proceso dispositivo, ni principio dispositivo, lo que hay es relaciones jurídicas disponibles y otras que no lo son.[704] Entonces, aunque el autor no extrajo las valiosas consecuencias de esta premisa, se debe observar que las medidas para mejor proveer no responden al principio inquisitivo, sino que son eso: inquisiciones legalmente reguladas. Por principio inquisitivo se podrían

704 Op. cit., p. 618.

entender dos fenómenos, ninguno de los cuales explica las medidas estudiadas: o se aludiría a la indisponibilidad de la relación sustantiva, lo que es indiferente al tema de la confirmación; o se haría referencia a una actividad unilateral del juez, lo que llevaría al procedimiento fuera del proceso, por ejemplo a la averiguación policíaca.

Lo que interesa es que el juez no tenga una actitud pasiva, lo que no es sinónimo de estático ni menos de receptivo. El juez estático no proveería, el juez pasivo no inquiriría, el juez receptivo es el que asume la confirmación, como antes lo hiciera con la afirmación y luego lo hará con las conclusiones de las partes. Así pues, asiste parcialmente la razón a Sentís Melendo al decir que el juez no puede salirse de las afirmaciones de las partes, pero resulta equívoca su proposición de que no puede tratar de **probarlas** por medio de otras **fuentes** que las traídas al proceso por el litigante. Si fuente se confunde con hechos es cierto que el juez no puede marchar en pos de ellos, pero si, como quiere Carnelutti, la fuente es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad, entonces es indudable que pueden llevarse hechos, no sólo por las partes sino por terceros y por el mismo juez, pues ello apenas significaría que habiéndose expresado una afirmación, hay a su alrededor datos que el juez puede considerar para inquirir: si el acusador afirma que se cometió un robo en un lugar cerrado, el juez puede preguntar cómo se confirmó que el acusado penetrara en dicho lugar; si el actor afirma que el trabajador desobedeció una orden, el juez puede inquirir cómo se dio la orden, ante quién o por qué medio: oralmente o por escrito, etc.

e) Si el ofrecimiento se contrapone a la ordenación para formar la primera pareja de conceptos en el procedimiento confirmatorio, en el segundo grado aparece una nueva dualidad entre preparación y adquisición.

Así como respecto al ofrecimiento se dan la oposición de la contraparte y el acto jurisdiccional de rechazo o admisión, y en lo tocante a la ordenación se ha de pensar en la impugnación; por lo que mira al segundo grado, no siempre necesario, porque es factible que los medios estén preparados o que no sea factible la adquisición por no existir constancia en el expediente, también acontece que puede surgir oposición y determinación jurisdiccional.

La preparación responde al principio técnico de allegar al juicio la confirmación en la debida oportunidad. Un proceso se alargaría indefinidamente si los medios ofrecidos u ordenados tuvieran que conseguirse en lugares distantes, fuera de la circunscripción del juzgador, o en sitios de difícil acceso; si se tratara de personas que no se encuentran en la localidad, que están impedidas para acudir a la sede del tribunal; si se ofrecen objetos, documentos o instrumentos que no deben o no pueden transportarse a la audiencia o al expediente. En fin, las diversas circuns-

tancias en que se encuentran los medios confirmatorios, pueden provocar retardo, suspensiones o posposiciones, y a remediar estos obstáculos tiende el procedimiento preparatorio.

Aquí se presenta el fenómeno de la delegación, tan temido por la legislación mexicana, pero inevitable en cualquier país, al grado de que Gelsi Bidart [705] habla directamente de la delegación de los poderes del juez en el proceso, como un medio de lograr la asistencia judicial, cuando se realiza de tribunal a tribunal: el del proceso pide la colaboración de otros para la realización de diligencias en lugar situado fuera de su sede. Se funda, dice, en una especie de cortesía judicial, pero luego corrige aludiendo al deber que corresponde a todos los habitantes y especialmente a los funcionarios y de manera particular a los jueces, de colaborar con la administración de la justicia.

Naturalmente que aquí versan cuestiones de competencia, y también es claro que no se trata de la cortesía, concepto que cae por completo fuera del derecho, porque no hay una liga o vinculación de deber ser, sino mera condescendencia. Si los códigos hablan de cortesía, sobre todo al referirse a nociones doctrinales que explican la colaboración cuando no hay norma en el derecho positivo del país respectivo que la imponga como obligación, en realidad se está aludiendo a la costumbre internacional, a lo que caería en el derecho internacional privado. Pero ahí donde existen disposiciones vigentes que regulan el procedimiento de colaboración, el auxilio judicial a través de las fronteras de los países, el juzgador no hará sino cumplir con un precepto de su mismo ordenamiento, lo haga o no con urbanidad o cortesía, empleando frases sacramentales o protocolarias.

En este ángulo, la preparación exige a veces ir hacia otros sistemas jurídicos, y aquí hay una técnica legal que varía de Estado a Estado, y que amerita una breve incursión más adelante.

Por ahora, ha de quedar puntualizado que el procedimiento confirmatorio puede estar necesitado de preparación, y frente a este caso, se levanta el de la adquisición automática.

Hay preparación de los medios de confirmación, cuando un precepto como el 385 del código procesal distrital mexicano, ordena que para recibir los medios en la audiencia del juicio plenario oral, se proceda: i) a citar a las partes a absolver posiciones que formulen las mismas, bajo el apercibimiento de que si no se presentan a declarar serán tenidas por confesas o de ser conducidas por la policía si el juez lo estima conveniente; ii) a citar a los testigos y peritos bajo el apercibimiento de multa o de ser conducidos por la policía, a no ser que la parte que los ofreció

705 *Presencia del magistrado en la audiencia en el proceso de Uruguay*, en *Revista argentina de derecho procesal*, año 1968, Nº 4, pp. 47 y ss.

se comprometa a su perjuicio a presentarlos; iii) a dar todas las facilidades necesarias a los peritos para el examen de objetos, documentos, lugares o personas para que rindan su dictamen a la hora de la audiencia; iv) a delegar o exhortar al juez que corresponda para que practique la inspección ocular y las compulsas que tengan que efectuarse fuera del lugar del juicio; a exhortar al juez que corresponda para que reciba la información de testigos, cuando esta prueba tenga que practicarse fuera del lugar del juicio; y v) a mandar traer copias, documentos, libros y demás instrumentos ofrecidos por las partes, ordenando las compulsas que fueren necesarias.

Se advierte que la preparación opera más adecuadamente en los procedimientos concentrados, porque en los continuados es siempre posible que dentro del plazo de esta fase, se vayan realizando una a una las diligencias y actuaciones que se citan arriba. Aún más, de acuerdo con el artículo 301 de la misma ley, cuando las pruebas hubieren de practicarse fuera del Distrito o Territorio federal, a petición de parte se concederá un plazo extraordinario, si se llenan los siguientes requisitos: i) que se solicite durante el ofrecimiento de la confirmación, ii) que se indiquen los nombres y residencia de los testigos que hayan de ser examinados, cuando la prueba sea testifical; y iii) que se designen en su caso, de ser prueba instrumental, los archivos públicos a particulares donde se hallen los documentos que han de testimoniarse o presentarse originales. Al calificar la admisibilidad de los medios de confirmación, el juez resolverá sobre el plazo extraordinario y determinará el monto de la cantidad que el promovente deposite como multa en caso de no rendirse el medio. Sin este depósito no surtirá efectos el plazo extraordinario concedido.

En cambio, hay adquisición automática, cuando en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 95 y 96 del código citado, las partes acompañan a su demanda o contestación: i) el poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre de otro; ii) el documento o documentos que acrediten el carácter con que el sujeto se presente en juicio en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habérselo transmitido otra persona; iii) copia del escrito y de los documentos para correr traslado; y iv) el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho.

Así pues, mientras en la preparación, que algunas veces puede efectuarse extraprocesalmente, [706] se aplica el principio de concentración, el de adquisición automática se refiere al de economía procesal, por cuanto salva el momento del ofrecimiento, lo que no impide su objeción. [707]

706 Cfr. Arts. 193 y 199 de la ley mencionada.
707 Cfr. Art. 100.

La preparación incluye las actuaciones en otros países, y en esta virtud se habla del derecho internacional privado, cuyas reglas son escasas, como lo comprobó Luis Loreto para ciertos Estados hispanoamericanos.[708] Sin embargo, dijo, es un dato cierto que los variados **sistemas** se inspiran todos actualmente en la tradición histórica de la cultura jurídica occidental europea, a tal punto que puede afirmarse que ellos no son otra cosa en sus directivas fundamentales, que la adopción en Hispanoamérica de los principios desarrollados y aplicados por la doctrina clásica de la Europa continental, muy especialmente por la de origen y formación latina: sistema de codificación.

Agregó que existe una profunda influencia de la enseñanza de Andrés Bello, a través del código civil de Chile, para quien la forma externa del contrato dependía enteramente de las leyes del país en que se celebraba, distinguiendo entre forma externa y acreditamiento de su existencia, pues la primera se determina por la **lex loci contractus,** y el segundo por la ley del país a cuya judicatura se recurre. En esta concepción, se suponen incorporadas en los contratos las leyes que los afectan, y los tribunales competentes sobre las partes pueden hacerlas cumplir con arreglo a las cláusulas expresas del contrato y a las leyes incorporadas en él, cuyos efectos no se extienden hasta alterar las formas de los procedimientos judiciales, ni las reglas que sus juzgadores siguen en relación a la confirmación o a la prescripción, que se rigen todas por la **lex fori.** Por tanto, las condiciones confirmatorias son de derecho público, contra el que no valen ni las leyes de un país extranjero ni las convenciones privadas.

Esta enseñanza de Bello vino inspirada por la concepción llamada territorialista que se desarrolló en el **common law** angloamericano; pero los países del área del Caribe se fueron apartando paulatinamente de esta posición, para dar acogida al **sistema** de la codificación. Es por ello que Loreto dio especial importancia a las disposiciones legales que han consagrado la regla **locus regit actum** y al principio universal de la territorialidad de las leyes procesales. Por ello apartó las leyes que distinguen **quae pertinent at litis ordinationem,** sujetas a la **lex fori,** de aquellas **quae pertinent at ipsius litis decisionem** que se regulan por la **lex causae.**

En este terreno de deslinde y calificación, aparecen las discrepancias de soluciones en los regímenes positivos y en aquellos acogidos en las convenciones internacionales. La discrepancia es una repercusión en la esfera del derecho internacional privado, de la difícil tarea de separar conforme a su naturaleza, las normas pertenecientes al derecho procesal de las que corresponden al derecho material, de conformidad con los criterios nacionales de calificación **intrasistemática.**

708 *El conflicto de leyes en materia de pruebas en el derecho internacional privado,* en *Atti del Congreso Internazionale di Diritto processuale Civile,* Milano 1969, p. 141 y ss.

El sistema de codificación ha recibido en Hispanoamérica una consagración legislativa convencional casi uniforme, en la Convención de Derecho Internacional Privado de la Habana en 1928, el llamado Código Bustamante, y en los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940. En cambio el sistema consuetudinario aparece en el **Restatement of the Law of Conflicts of Laws,** aprobado en 1934.

f) A las parejas que forman: ofrecimiento-inquisición, y preparación-adquisición, corresponde la que integran desahogo-asunción que Couture [709] incluye en el diligenciamiento.

Formulada la solicitud por la parte y accedido el petitorio por el juzgador, comienza la colaboración material de los órganos encargados de la recepción y de la incorporación material al expediente, dice este autor. En esta circunstancia de la posible mediación, se encuentra explicada la separación fáctica entre desahogar y asumir.

No todos los medios de la confirmación se adecúan a la misma mecánica de presentación e incorporación al proceso. Si se trata de la prueba, lo normal es que el perito lleve a cabo su estudio en el laboratorio, en el despacho o en el lugar de los hechos, y posteriormente produzca un dictamen que será entregado en la Secretaría del juzgado. Los medios de acreditamiento van en documentos e instrumentos que pueden presentarse directamente con la demanda y contestación; pero también es factible que se ofrezcan y presenten con posterioridad, como resulta posible que se ofrezcan para ser revisados en archivos, protocolos o libros que obran en poder de las partes o terceros, y que ameritan una inspección, una compulsa o un cotejo. Las declaraciones de partes y de terceros deben hacerse en la presencia judicial, pero es probable que no puedan efectuarse en la audiencia del juicio y sea necesario el exhorto a otra autoridad, como resulta a veces conveniente que se comisione a un funcionario del juzgado para que acuda al lugar en que se encuentra la persona impedida para asistir a la sede del tribunal. En fin, los medios de mostración exigen: bien que el juez vaya a donde se encuentran localizados, bien que sean llevados a su presencia si pueden transportarse al juzgado.

Así pues, por más que el principio que debe regir el diligenciamiento es el de la inmediatez, sea porque las labores del juzgado no lo permitan, porque lo impidan las circunstancias o las cosas no se adecúen a su traslado a la audiencia, se hace necesaria la mediatez. El desahogo, por tanto, viene a significar la presentación seguida de una recepción por persona distinta del juzgador, mientras que la asunción alude al acto de toma de conocimiento por el sujeto del fallo.

709 Op. cit., p. 129.

Si se deseara dar un concepto general de esta fase, dice Couture, podría resumirse diciendo que el diligenciamiento de la confirmación consiste en el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para trasladar hacia el juicio los distintos elementos propuestos. Pero Couture se limita a los medios ofrecidos por las partes, y ya se ha visto que también el juzgador puede participar inquiriendo, ordenando la realización o pidiendo la repetición. En todo caso, la bilateralidad de la audiencia es trascendental, como una manifestación, tal vez la más destacada del procedimiento confirmatorio. La facultad de control sobre los medios de confirmación del adversario, se cumple, según Couture, a lo largo de todo el proceso de incorporación de los mismos al juicio. Por regla general, un medio es comunicado a la contraria inmediatamente después de formulado el petitorio, continúa el control durante el diligenciamiento, como cuando se permite a las partes presenciar las declaraciones de los testigos, la confesión del adversario o el examen de los peritos, y se prolonga aún después, mediante los procedimientos de impugnación: falsedad documental, tachas o aclaraciones.

La aconsejable en este momento de la fase confirmatoria es que siempre se sustancie a base de asunciones; pero las circunstancias,[710] el tipo de procedimiento y la naturaleza del conflicto, impiden que el diligenciamiento se componga unitariamente.

La relación que existe entre preparación y asunción es aquí de gran importancia, y ya se conocen reglamentaciones en las que lo primero se realiza como precedimiento preliminar: la audiencia en el proceso civil austríaco o el **pre-trial** angloamericano. Sin embargo, para alcanzar esta meta, es indispensable implantar la plena inmediatez, con eliminación de trámites que provienen del hecho de que durante el proceso, se presenten nuevas cuestiones, unas veces por verdadera supervenencia, pero otras por la indebida conducta de las partes.

Si se contrastan los diversos procedimientos que separan las competencias de la autoridad, se puede advertir que en un orden estatal como el mexicano, el diligenciamiento va, desde la simple asunción en la justicia de paz, a la preparación en el procedimiento ordinario civil, pasando por la tajante separación de audiencias en lo laboral, las cuales permiten que en sendas oportunidades se ofrezcan los medios de confirmación, se prepare el diligenciamiento por razones de localización de las actuaciones, y se asuman finalmente. Al lado de estos ejemplos, el juicio fiscal ofrece una simplicidad máxima, porque desde los escritos de demanda y constelación se ofrecen los medios y se acompañan las piezas de acreditamiento, los cuestionarios para testigos y peritos, de manera que, en caso de necesitarse audiencia, ésta se limita a las contestaciones de los declarantes,

710 Supra Nº 111.

la exhibición de dictámenes y las posibles repreguntas que no fueran formuladas en el pliego de las partes. En cambio, en lo penal, se presenta un fenómeno diverso, originado en la peculiaridad del procedimiento complejo que comienza por una medida cautelar y sigue con una instrucción que desemboca en el plenario; aquí, la confirmación se reparte a todo lo largo del procedimiento, desde la consignación, acompañada de las actas que acreditan la averiguación policíaca, a la declaración preparatoria del acusado, siguiendo por la fase instructoria en que principalmente se efectúa el desahogo, para concluir con el plenario, donde todavía es posible exhibir nuevos elementos de confirmación.

Esta distribución del tiempo confirmatorio, permite los vicios de la práctica, y lleva al resultado de que en casi todos los casos, aún en lo penal donde se llega al increíble uso forense de imponer casi la renuncia del acusado al plenario, de que el diligenciamiento se reduzca propiamente al desahogo, es decir, a la sustanciación mediata, donde los secretarios y otros oficiales de los juzgados, son el personaje principal, y en lugar de asunción se va directamente a la valoración.

Queda sólo esclarecer un punto, y es el que todo el procedimiento confirmatorio responde a la existencia de un debate sobre hechos. Sería incorrecto calificar de acreditamientos a todos los documentos que aparecen en el juicio. En realidad, muchos de los que se presentan con la demanda o la contestación, no son sino datos de afirmación, como cuando se indica que se exhibe un testimonio notarial que acredita la personalidad del promovente, porque, a menos de que el documento mismo sea controvertido, su naturaleza procesal es de hecho afirmativo de personalidad y no de medio de constatación que existe apenas al debatírsele.

CAPITULO VIII

189 De los medios en particular. 190 Medios de prueba: la pericia. 191 Medios de acreditamiento. 192 Medios de mostración. 193 Medios de convicción. 194 Medios de convicción: continuación. 195 Expresiones menores de los medios de convicción.

189 De los medios en particular.

En las consideraciones generales que anteceden, se ha podido advertir que la distinta naturaleza de los medios de confirmación, influye, no sólo en su concepción y finalidad, sino en su pertenencia subjetiva: de las partes, de terceros o del juez, y en su diligenciamiento. Con todo, hay notas comunes a diversos elementos, y esto posibilita la clasificación, que puede tomar cualquiera de los puntos de vista enunciados: la índole del medio confirmatorio, su finalidad, su procedencia subjetiva o su modo de sustanciar.

Con la denominación de **pruebas,** Alcalá Zamora y Levene hijo[711] se aplican a ofrecer un catálogo de clasificación que habla de:

Prueba directa o indirecta, según que el hecho caiga bajo los sentidos o que el conocimiento se haga a través de uno diverso que se sirva como auxilio de la experiencia humana. Florián, en cambio, considera que ha de hablarse de **prueba** en sentido estricto y de indicio.

Prueba histórica y crítica, según que se represente el hecho como en el relato del testigo o la fotografía del suceso, o se deduzca su existencia como en el dictamen pericial y los indicios. Para estos autores, ambas tienen de común que pertenecen a la **prueba** indirecta, aunque la histórica se encuentra en el tránsito hacia la directa.

Prueba personal y real, según que recaiga sobre hombres o sobre cosas. El hombre funciona activamente como medio al confesar, testimoniar o dictaminar, y pasivamente en la inspección como tratándose de lesiones o de personas utilizadas en reconocimiento en rueda de presos.

Prueba preconstituida y constituyente, según que se prepare con anterioridad al proceso o se prouzca una vez surgido el juicio. Por antonomasia es preconstituida la documental; pero no debe confundirse con la anticipada que se lleva a cabo antes del momento procesal oportuno pero se practica después de iniciado el proceso.

Prueba de cargo y de descargo, la primera sirve a los fines de la acusación o demanda; y de la defensa o contestación la segunda.

711 *Derecho procesal penal*, T. 111, pp. 32 y ss.

a) Para Hugo Alsina,[712] los medios de **prueba** son los instrumentos, cosas o circunstancias en los que el juez encuentra los motivos de su convicción. Habitualmente, agrega, se confunden ambos conceptos y se habla de **prueba** de testigos y de confesión, cuando la **prueba** resulta de la manifestación del testigo o del que confiesa.

Los medios se pueden clasificar por el punto de vista que se les considere. Algunos se crean por las partes en el momento de la celebración de la relación jurídica, para consignar sus modalidades en la eventualidad de un litigio y por eso se les llama preconstituidos, como los instrumentos públicos o privados; otros surgen después de producido un hecho y se les llama circunstanciales, como los testigos y los indicios. Unos permiten al juez formar su convicción por la observación propia, lo que constituye la **prueba** directa como el reconocimiento judicial; en otros casos el conocimiento se forma a través de terceros, como en la testimonial, de la que se dice es **prueba** indirecta.

Se llama plena a la **prueba** que **demuestra** sin dejar dudas, la existencia de un hecho, y semiplena cuando de ella surge únicamente la posibilidad de su existencia. Es simple cuando por sí constituye **prueba** suficiente como la confesión; es compuesta cuando resulta de la reunión de diversos medios, y esta es la situación normal, pues es raro el caso en que el juez forme su convicción sobre la **prueba** única.

b) Devis Echandía[713] distingue entre prueba y medio de **prueba**, explicando que en sentido estricto, por **pruebas** judiciales se entienden las razones o motivos que sirven para llevar al juez la certeza sobre los hechos; y por medios los elementos o instumentos utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o motivos. Puede existir, dice, un medio de **prueba** que no contenga **prueba** de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza. Pero en un sentido general, se entiende por **prueba** judicial, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos y el resultado de éstos.

c) Otra clasificación es la ofrecida por Fernando Della Rocca,[714] para quien las **pruebas** se dividen en: judiciales y extrajudiciales, según hayan sido reunidas en el juicio o fuera de él, sin guardar las reglas acerca de la forma judicial. Directas o indirectas si entre los sentidos del juez y los hechos dudosos o contovertidos se interpone o no la obra de otros: testimonios y documentos en el primer caso; inspección judicial en el segundo. Plenas y semiplenas, si son capaces de engendrar en el ánimo del juez una convicción suficiente o sólo insuficiente para dictar el pronunciamien-

712 *Tratado*, T. 111, pp. 230 y ss.

713 *Compendio*, cit., pp. 10 y ss.

714 *Instituciones de derecho procesal canónico*, Cit., pp. 214 y ss.

to de fondo. Simples y preconstituidas, según se formen en el decurso del juicio como los medios orales, o sean anteriores a él como los documentos. Principales y contrarias, cuando sean suministradas en forma independiente o para contrarrestar una prueba opuesta. Por comprobar y comprobadas, si a su vez deben ser objeto o no de valuación, por ejemplo las escrituras privadas deben estar sujetas a **prueba** en sus elementos constitutivos para que hagan fe en el juicio.

d) No parece haber absoluta conformidad en las clasificaciones sobre los medios de **prueba,** tal vez porque no se está hablando siempre de la prueba sino de los medios de confirmación. Así, Alcalá Zamora y Levene hijo más Alsina, por un lado, hablan de **prueba** directa respecto del reconocimiento judicial, mientras que Della Rocca la considera indirecta. La razón para los primeros es que el hecho cae bajo los sentidos o la observación propia del juez; en cambio, para el último, se interpone la obra de otros. Mientras Alcalá Zamora y Levene hijo hablan de la documental como **prueba** preconstituida por excelencia y la distinguen de la constituyente, Della Rocca forma dos grupos: judiciales frente a extrajudiciales por el momento en que se reúnen, y simples frente a preconstituidas también por el momento en que se formen, pero con la diferencia de que en el primer grupo priva el acatamiento o no a las reglas del juicio, lo que en Alcalá Zamora y Levene hijo vendría a significar la diferencia entre prueba anticipada y judicial.

Aparte de lo dicho, el catálogo de las clasificaciones tampoco coincide por entero, y mientras unos autores hablan de **prueba** de cargo y de descargo, otros se refieren a **pruebas** plenas y semiplenas, y algunos más añaden las principales y contrarias.

e) De los medios confirmatorios no se puede hacer una clasificación, olvidando su peculiar naturaleza. Entre la prueba y la convicción, el acreditamiento y la mostración, se levantan tajantes diferencias que no permiten elaborar una técnica a base del momento en que surgen. Si se lleva a cabo la distribución por circunstancias tales como la aparición anterior al proceso o la reunión dentro de él, se estarán amalgamando medios de tan separadas esferas de conocimiento, que se perderá de vista lo trascendental en este caso: la función lógico jurídica de cada uno.

Colocada la atención en el proceso, como intenta hacerlo Devis Echandía al hablar de **pruebas** judiciales,[715] no es importante el momento de la producción para alcanzar la distinción entre los medios como la índole de éstos. Por ejemplo, un documento, que normalmente se forma antes del juicio y probablemente con finalidades ajenas a éste, tendrá o no carácter confirmatorio, sólo cuando resulte vinculado a una afirmación pretensio-

715 Op. cit., p. 2.

nal. Debe repetirse que el documento que acompaña a la demanda para acreditar un hecho o una relación jurídica, no es medio confirmatorio si no hay una previa afirmación controvertida. Tal vez la diferencia más tajante que se aprecia entre el testimonio de mandato anexo a la demanda, y las constancias de la averiguación policíaca que se consignan con la acusación, sea la índole meramente acreditadora del primero y la consistencia conflictiva de las segundas. El poder que exhibe el actor es sólo un requisito de la demanda, un medio de afirmar, de dar a conocer la personalidad; y sólo se convertirá en hecho controvertido, necesitado de confirmación, cuando el juez o la contraria discutan su contenido, su simbolismo acreditador. En cambio, las actas de la averiguación no acreditan ni el delito ni la responsabilidad del acusado, sino la presunta responsabilidad y la integración del cuerpo del delito.

En pocas palabras, se debe sostener que los medios de confirmación dependen de la necesidad jurídica de confirmar, y para que esto último acontezca, es preciso que la parte haya expresado una afirmación conflictiva, ya sea en la demanda o acusación, o en el transcurso del juicio. Por ende, la clasificación de los medios depende por entero de la división que se haga dentro de la confirmación procesal. Como ésta comprende la prueba, la convicción, el acreditamiento y la mostración, el cuadro a formar ha de vincularse con cada renglón.

Así pues, mirando exclusivamente a la consistencia de los medios, se puede hablar de: i) verificaciones, las cuales pueden ofrecerse en resultados o explicaciones. Hay resultados cuando el examen pericial llega a un producto que científica o técnicamente prueba una hipótesis. Hay explicaciones cuando la confrontación de dos objetos permite la inferencia lógica adecuada a la técnica o ciencia aplicadas; así, un perito calígrafo explica al juzgador la autenticidad de una firma cotejada con otra, por la identidad de rasgos o notas previamente establecidas por la técnica respectiva.

ii) Los medios de convicción pueden ser externos o internos. En realidad, la convicción se forma dentro del juzgador y, por lo mismo, los medios pueden serle llevados o provocados. Lo primero acontece con las declaraciones de las partes y testigos, lo segundo con la invariación de datos correspondientes a hechos establecidos en el proceso, y es aquí que operan las máximas de la experiencia.

iii) El acreditamiento adquiere su mayor importancia en el procedimiento escrito, no sólo porque los documentos externos al proceso vienen con una cierta calidad de constancia, sino porque las actuaciones dentro del mismo, se convierten en instrumentaciones que reciben la mayor credibilidad. Sin embargo, no en todos los regímenes estatales se concede tal privilegio a las escrituras. En los Estados Unidos, por ejemplo, al lado de la documentación preconstituida se impone la declaración oral. A ins-

tancia de parte puede procederse, explica Angelo Piero Sereni,[716] a inspecciones de lugares, de cosas y de personas, cada una de las partes puede proceder además a experiencias, a tomas cinematográficas, a la audición de discos, a la producción de diseños, gráficas, diagramas, fotografías, calcos, relieves, etc., siempre que ella haya proveído previamente a fundar el empleo de tales medios. Viceversa no se admiten el interrogatorio formal, el juramento decisorio y supletorio y la pericia escrita. No existe de ordinario el consultor técnico, existen solamente consultores de parte, que deben deponer oralmente y que pueden ser sometidos así a la **cross examination.** Dada la predominante oralidad de las **pruebas** y la inmediación con que las mismas son presentadas a la corte, su asunción asume en los Estados Unidos, caracteres de vivacidad y de dramaticidad que no se encuentran en Italia. En materia de normas relativas a las **pruebas** se observa una tendencia a superar o modificar aquellas reglas técnicas que impiden o limitan la completa comprobación de los hechos relevantes. Tal tendencia hacia la liberación encuentra un obstáculo notable en el instituto del jurado y en el consiguiente peligro de que los jurados, a causa de su inexperiencia, puedan ser arrastrados a valoraciones inexactas. Que tal preocupación es una de las principales razones del mantenimiento de numerosas y complejas normas en materia de **pruebas** está demostrado por el hecho de que, en las causas en **equity,** en las cuales de ordinario no participa el jurado, las cortes tienden a interpretar tales normas mucho más liberalmente.

iv) Los reconocimientos son determinantes dentro del proceso, sin que ello elimine la posibilidad de establecerlos como procedimientos anteriores y para futura memoria. Sobre el particular, conviene anotar con Alcalá Zamora y Levene hijo,[717] que con frecuencia se les designa como inspección ocular, denominación que califican de inadecuada, porque ni el juez se limita siempre a inspeccionar, ni es la vista el único sentido de que a tal fin se vale. Tampoco estiman acertado el nombre propuesto por Manzini,[718] porque si bien los adjetivos resultan en principio inobjetables, no sucede lo mismo con el sustantivo, tan insuficiente como inspección, cuando el juez, en lugar de permanecer en actitud contemplativa, realiza personalmente ciertos experimentos u ordena la reconstrucción de hechos, diligencia frecuente en lo penal

La característica del reconocimiento, según estos autores, consiste en que el juez es a un tiempo destinatario e instrumento de **prueba** salvo

716 *El proceso civil en los Estados Unidos*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1958, pp. 22 y ss.

717 Op. cit., T. III, pp. 57 y ss.

718 Observación judicial inmediata, *Tratado*, Vol. III, p. 165.

en los casos en que la inmediación se conculca, que son los más. La diligencia, como los otros medios de confirmación, puede ser propuesta por las partes o dispuesta por el juez para mejor proveer.

190 Medios de prueba: la pericia.

Indica Devis Echandía[719] que la pericia se justifica por la frecuente complejidad de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el supuesto para la aplicación de las normas que regulan el conflicto.

Frente al testimonio, en su concepto, aparecen las siguientes diferencias: i) el perito puede conceptuar sobre hechos pasados, presentes y futuros, mientras que el testigo debe limitarse a narrar su conocimiento acerca de los primeros; ii) cuando el testigo conoce los hechos, éstos no tienen todavía carácter procesal y por lo general se ignora que sobre ellos se originará un proceso, salvo los casos de excepción cuando se trata de los ocurridos en su presencia en el curso del juicio y cuando una de las partes ha solicitado su presencia con advertencia de que luego será llamado a declarar en juicio; el perito sabe necesariamente que los hechos tienen el carácter de procesales, cuando ejerce su actividad de perito sobre ellos, porque ha sido investido judicialmente de esa calidad, y sólo por excepción puede ocurrir que haya conocido los hechos antes de ser designado perito o extraprocesalmente; iii) el perito emite siempre juicios de valor que pueden ser de cualquiera naturaleza, excepto los puramente jurídicos, y el testigo no, pues sólo por excepción puede formular conceptos limitados a la aclaración de sus percepciones, principalmente cuando es un testigo técnico; iv) el perito estudia los hechos en virtud de un previo encargo procesal, lo cual no ocurre en el testimonio, a menos que los testigos actúen en reconocimientos judiciales.

También recuerda Devis Echandía que se ha negado el carácter de prueba a los dictámenes periciales, especialmente por Carnelutti,[720] por Prieto Castro[721] y por Hugo Alsina;[722] pero la doctrina predominante que es la que acoge, le reconoce tal carácter, porque proporciona al juez elementos de **convicción** sobre la realidad de los hechos que interesan al proceso, lo mismo que el testimonio de terceros, la confesión y los documentos. Es, pues, un medio de prueba procesal e histórico, lo que no excluye que sea un valioso auxiliar del juez para el correcto conocimiento de los hechos, como lo es el testigo.

719 Op. cit., pp. 433 y ss.
720 *La prueba civil*, núm. 16, nota 114.
721 *Derecho procesal civil*, p. 446.
722 *Tratado*, T. 11, p. 347.

No es ya necesario insistir en la naturaleza científica o técnica de la pericia, simplemente basta advertir que para alcanzar tales niveles, se hace indispensable que el dictamen tenga un verdadero análisis lógico de necesidad, que se empleen procedimientos asegurados por la sistemática de una rama de conocimientos humanos depurada y cristalizada en reglas verificables. Es decir, no basta con calificar de pericia a cualquier ensayo o estudio, como podría ser un discurso sociológico o de imprecisa averiguación psicológica. Lo pertinente es que el dictamen provenga de un experto en ciencia o técnica que operen con datos indubitados lógicamente. Cuando se dan las condiciones de seriedad científica y de severidad de análisis, el dictamen no puede parangonarse con el testimonio, siempre discutible y casi nunca seguro, como se verá después, y mucho menos con la confesión, cuyo valor ha venido decayendo hasta quedar en mero indicio o declaración susceptible de crítica.

a) Sobre el peritaje se han ofrecido criterios dispares y discutibles, como cuando Della Rocca[723] estima que el perito participa de la función del testigo por cuanto observa y registra hechos, y de la del juez porque los juzga según los criterios dictados por la ciencia y por el arte de que es experto.

En esta consideración, se toman datos circunstanciales por notas constitutivas. Si el perito atiende a los hechos también lo hace el juez y si juzga no es jurídicamente, aunque el autor explique que nada impide que el perito pueda actuar también sobre hechos jurídicos; pero en este caso se ha efectuado una transposición, porque ningún hecho es en sí jurídico,[724] y si se confiere a un perito dictaminar sobre un delito o un contrato, no se le pide que individualice las normas, sino que determine aspectos fácticos de la relación normativa.

Tal vez Della Rocca, por el ámbito jurídico que estudia, ha tenido que apoyarse en nociones jurisprudenciales, como al recordar que para la Rota, los peritos son testigos de ciencia propia cualificados, llamados para valorar según las reglas de la ciencia o del arte cierto hecho notorio o, en todo caso, probado.[725] Tal criterio es, por lo menos, equívoco, dado que las palabras son empleadas desaprensivamente, más con propósitos literarios que técnicos. Otro tanto sucede cuando se considera relativa la diferencia entre perito y testigo, atribuyendo al primero la emisión de juicios o la formulación de máximas de experiencia, y al segundo la mera exposición de hechos, porque, se dice[726] que no pocas veces acontece que el testigo debe emitir juicios de índole deductiva y el perito ha de verificar la

723 Op. cit., pp. 242 y ss.
724 Supra Nº 112.
725 Op. cit., p. 242, nota 103.
726 Op. cit., p. 243, nota 104.

existencia histórica de los hechos. La confusión en este caso, proviene de la semántica, pues la mera inferencia que todo individuo puede hacer por su cuenta, no le convierte en perito, y de la circunstancia de que lo analizado sean hechos, no se sigue que el perito haya presenciado el acontecimiento histórico, como debe suceder con el testigo.

Della Rocca concluye por admitir la distinción a base de la calidad fungible que tiene el perito y que falta en el testigo, pero no deja de mencionar casos límite o zonas grises y de ahí que sostenga que la separación es más funcional que estructural, según el punto de vista de Carnelutti.[727] Baste citar, dice, el hecho notorio y el uso en orden a los elementos constitutivos de éste: circunstancias objetivas reveladoras de la costumbre y **opinio necessitatis.** Si la diferencia entre pericia y testimonio se ubicara en la simple opinión o indicio, se habría perdido el hilo conductor de la figura, porque el perito no es quien estima, cree o se guía por indicios, sino quien experimenta y saca resultados científicamente establecidos de antemano. Si un perito en balística dictaminara explicando que cree o que tiene indicios de que una bala fue disparada por el arma exhibida en el proceso, seguramente que su opinión carecería de valor científico.

Es verdad, como indica Micheli,[728] que el perito proporciona al juez su experiencia y, por tanto, su cultura técnica, y de este modo completa los instrumentos con los que el juez se forma su propia decisión. Pero debe convenirse en que la experiencia no es un largo contacto con las cosas, sino una experimentación. Lo que prevalece es esa cultura técnica, ese operar con reglas **probadas,** lógicas y verificadas.

b) En realidad, como expresa la Exposición de Motivos del código federal de procedimientos civiles mexicano, la pericia se impone por la necesidad de ocurrir al auxilio de personas ilustradas en la especialidad de que se trate, preferentemente de aquellas que han hecho estudios regulares y han obtenido título profesional que constate su aptitud en la rama a que se dedican, y si la profesión no estuviere reglamentada o estándolo no hubiere peritos en el lugar, será indispensable ocurrir a prácticos que posean los conocimientos requeridos.

Como explica el legislador, la variedad de los problemas y la constante evolución de la ciencia, impiden llegar a conclusiones últimas y sin discrepancias de pareceres periciales. Otro motivo, añade, de divergencias es el factor individual, porque la habilidad y cuidado que ponen los hombres en el campo de sus especializaciones, varían de persona a persona, sin que exista un medio seguro para reconocer al sabio.

727 Sistema, T. I, p. 533.

728 Op. cit., p. 185.

Aunque hay materias en que el error es mínimo si se siguen los procedimientos de especulación requeridos, como en la química o las matemáticas, no es posible formar un catálogo de los conocimientos en que se haya llegado a la conclusión definitiva. Es por ello que la ley no estima conveniente encomendar la pericia a un solo sujeto, designado por las partes de común acuerdo o por el tribunal, sino ofrecer la mayor oportunidad para que se obtenga el máximo de ilustración.

Es posible, también, que los peritos falten al cumpliimento de su deber y dictaminen unilateralmente, pero se trata de un inconveniente inevitable, frente al que se tiene como único correctivo el contraste de las opiniones divergentes y el auxilio de un tercer perito que cuente con la confianza del tribunal.

En consecuencia, corresponde a las partes establecer los problemas sobre los que los peritos han de emitir su parecer; pero como suelen referirse a las cuestiones que les son favorables, se requiere dar oportunidad a la contraria para que amplíe el cuestionario de los puntos considerados útiles para la defensa de sus intereses.

c) En la historia del derecho la pericia no se encuentra sino en épocas posteriores al proceso romano clásico, ya que en éste, al decir de Vittorio Scialoja,[729] la manera más sencilla que se adoptaba era la de nombrar **iudex** a una persona experta en la materia, de manera que el juez no tenía necesidad de llamar a un perito, sino que él mismo era juez y perito a la vez. Había, ante todo, una clase de peritos que eran nombrados ordinariamente jueces en una categoría de causas, como los agrimensores, que por lo común venían a ser jueces de las relativas a la propiedad territorial, división y determinación de lindes; pero la pericia no falta en otros casos, y en el derecho justinianeo se encuentra la Novela 64, c. 1, para causas de hortelanos y los **summarii** de Constantinopla que eran peritos en su materia. Se llamaban peritos para las escrituras, para hacer **comparationes** cuando se negaba la verdad de un documento; y también se solicitaban los conocimientos de las comadronas en las causas de estado y de sucesión, para declarar sobre la certeza de la gravidez.

No se encuentran disposiciones ni doctrina específicas sobre la pericia en el antiguo derecho español, según puede verse en los estudios de los doctores Asso y Manuel,[730] por más que José de Vicente y Caravantes[731] sostenga que del espíritu y de la letra de la Ley 23, título 16, de la Tercera Partida, se infiere el juicio de peritos, pues este precepto alude a los testigos.[732]

729 *Procedimiento civil romano*, Op. cit., p. 400-1.
730 *Instituciones del derecho civil de Castilla*, enmendadas por Joaquín María Palacios.
731 *Tratado*, T. 11, pp. 198 y ss.
732 *En que guisa debe el jugador recibir los dichos de los testigos.*

En cambio, ya en las Leyes I y II del título XXI de la Novísima Recopilación, que cita el mismo Caravantes, se habla de estos sujetos. [733] Estas disposiciones fueron recogidas por la ley de enjuiciamiento civil de 1855 y pasaron a la legislación mexicana a través de los artículos 689 a 718 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 15 de agosto de 1872.

Todavía en el tercer código mexicano, de 15 de mayo de 1884, en su artículo 468, se sigue hablando de juicio de peritos, que tendría lugar en los asuntos relativos a alguna ciencia o arte, y en los casos en que expresamente lo previnieren las leyes.

Este llamado juicio de peritos ha sido materia de controversias doctrinarias que intentan demostrar que se trata de una figura distinta a los medios de confirmación y cercana al juicio arbitral. Así, Joaquín Costa, [734] expresa que con frecuencia se pretende aplicar al juicio pericial el artículo 632 de la Ley de enjuiciamiento civil, según el cual los jueces y tribunales no están obligados a sujetarse al dictamen de los peritos. Según este autor, el Tribunal Supremo ha desautorizado repetidamente tal aplicación, distinguiendo entre el dictamen de los peritos como resultado de un reconocimiento propuesto como medio de prueba o para mejor proveer, y la decisión pronunciada por peritos con carácter de fallo, como resultado de un juicio privado convenido por las partes.

No tiene trascendencia este debate doctrinal, pero puede señalarse que, en el fondo, se trata de una reaparición del fenómeno romano del **iudex** como juez y perito, lo que llevaría a reconocer en la figura un arbitraje privado. Lo importante está en precisar que por pericia, medio de prueba, no se puede tomar el juicio pericial, que es una verdadera decisión de un juez privado.

La pericia requiere conocimientos técnicos, artísticos o científicos, y de ahí que el derecho canónico distinga entre juez y perito, aunque de ambos se pueda afirmar que, en el fondo, son verdaderos expertos; pero ya queda anotado que los canonistas no han logrado distinguir tajantemente entre perito y testigo. Sin embargo debe reconocerse que de esta corriente han salido los caracteres que permitieron, posteriormente, formular la teoría sobre la pericia. Por lo pronto, el perito se apartó del árbitro, llamado a juzgar por consentimiento de las partes, mientras que el primero viene a emitir su parecer técnico. Por ello el juez puede, oficiosamente, pedir el parecer de un perito.

733 *Nombramiento de contadores para las cosas que consistan en cuenta, tasación o pericia de persona o arte, y del juramento que deben hacer los contadores en los pleitos de cuentas; y tasación de su salario.*

734 *El juicio pericial y su procedimiento*, p. 14.

Después, el perito ha de ser contrastado con el asesor o consejero técnico, que con el presidente del tribunal, integra la colegiación. El juicio técnico del asesor no da lugar a confusión con la pericia, primero, porque ambos pueden coexistir, y luego, porque el asesor concurre a formar la decisión y, por ende, es un apéndice del juzgador.

d) Hay también, frente a la pericia, la función del intérprete y la del traductor, sujetos que actúan técnicamente, pero que emplean sus conocimientos, no para opinar, sino para hacer saber lo que otro dice o escribe, son auxiliares de la parte, son medios de comunicación.

De la separación entre traductor e intérprete puede decirse que el primero parte de un idioma, en tanto que el segundo lo hace de una significación que atañe más al lenguaje, a la forma genérica de expresión que a la gramatical común.

El juez puede estimarse suficientemente preparado para apreciar el estado de las cosas y acudir personalmente a reconocerlas. Entonces, tal actividad se contrapone a la pericia, en cuanto ésta viene a llenar la falta de conocimientos técnicos, de manera que no es difícil que ambos medios se conjunten y el juez reconozca asistido de peritos.

En fin, la pericia es el medio de prueba al que se recurre cuando, para asegurar la existencia de un hecho o su simple posibilidad, se requieren conocimientos técnicos, o cuando siendo cierta la materialidad del hecho, es necesario, para conocer su índole, cualidad o sus consecuencias, un conjunto de conocimientos técnicos o científicos. [735]

La pericia sigue determinados principios. Uno de ellos es el que atañe a su no obligatoriedad. El juez, se dice, no está obligado a sujetarse al dictamen pericial. Además, otro principio establece que, contra el dictamen, pueden practicarse nuevos medios de prueba.

En el primer caso se establece la primacía de la convicción del juzgador, la pericia no es ya un juicio técnico que incida en un juicio jurídico, sino una simple prueba, sujeta a consideraciones críticas. Lessona [736] ha explicado que los escritores están casi unánimes en la aprobación de esta regla, que al ser rectamente entendida y aplicada viene a significar que la valuación jurídica del hecho técnicamente apreciado, es también una función del juez.

Por ende, el juzgador puede separarse de la opinión pericial, aun cuando fuere de dictámenes unánimes, si por su propia convicción llega a resultados opuestos, lo que conduce al corolario de que el juez puede apegarse a la opinión minoritaria, no sólo de los peritos nombrados por las partes, sino de los designados oficialmente.

735 Lessona, Op. cit., T. IV, p. 519.
736 Op. cit., pp. 524-5.

Si existen dos pericias judiciales, y la segunda fue ordenada en revisión de la primera, puede fallarse con arreglo a ésta, pero el juez puede no remitirse totalmente a los dictámenes de los técnicos, y cabe que admita parte de las opiniones y rechace el resto, o que se conforme pero justificando su parecer. En el supuesto, dice Lessona,[737] de que el juez se conformase con el dictamen pericial, esta conformidad no le eximiría del deber de motivar la sentencia.

Subsiste siempre el problema del rechazo de la prueba pericial. El juez que no acepte el dictamen unánime o mayoritario, se verá en la dificultad de demostrar el error de los peritos, lo que debe acontecer, tanto si la pericia fue presentada por voluntad de las partes, como si fue por su mismo mandato.

En cambio, cuando el juzgador se conforme con el dictamen pericial, será bastante que se refiera al texto de las opiniones técnicas. Pero aun en el extremo anterior, puede ocurrir que una o ambas partes discutan los dictámenes, lo que forzará al juez a motivar su fallo siempre.

e) Hay en la pericia una doble manifestación importante. Los técnicos, además de expresar su opinión, suelen hacer una enunciación de hechos, que pueden cumplirse en presencia del juzgador. La doctrina, por tanto se pregunta si el rechazo del dictamen incluye o no el de las aseveraciones de hechos. Es decir, una es la verificación de hechos y otra la inducción o inferencia que de ellos obtiene el perito. La pregunta consiste en si, en caso de inconformidad judicial con el dictamen tanto la inferencia como la verificación quedan sin valor.

En Francia se enseña que, mientras no se demuestre la falsedad, la aserción de hechos hace fe, como en los casos en que los peritos afirman haber procedido colectivamente, en presencia de las partes o haber actuado operando en cierto día y no haber recibido observaciones. En Italia se ve prevalecer la opinión contraria, porque no se considera que los peritos sean oficiales judiciales, es decir, que sus afirmaciones hagan fe pública, y porque en ningún caso, la autoridad está obligada a aceptar sin discutir el hecho o la opinión de los expertos.

Parece que el criterio de la legislación francesa es el más respetable, no tanto porque el perito pueda ser considerado como funcionario público, ni siquiera porque algunas leyes, como la orgánica de los tribunales distritales mexicanos, los consideren como auxiliares de la administración de justicia,[738] sino porque se trata de la relación de hechos propios, manifestados a la manera de una confesión judicial, susceptible de ser objetada por las partes, de ser tachada de falsa, y por ende, mientras sus aseveraciones no se destruyan, deben considerarse como ciertas.

737 Op. cit., T. IV, p. 526.
738 Art. 2º.

El caso no deja de tener importancia, puesto que los peritos suelen afirmar que han tenido a la vista documentos, papeles, libros, estudios oficiales, cálculos, cuerpos humanos, cosas, etc., sean de las partes o de terceros, y tales hechos deben estimarse indubitados, mientras no se pruebe lo contrario.

Esta circunstancia de veracidad de la pericia, lleva a una clasificación de sus especies. Distínguese entre pericia judicial y extrajudicial, según que la ordene el juez oficiosamente o a petición de parte, o que se realice fuera de juicio, como cuando en una investigación penal o fiscal, los peritos de las procuradurías rinden opiniones técnicas sin que exista proceso.

De esta pericia extrajudicial, Lessona ha dicho que, si no tiene pleno valor probatorio, al menos tiene un valor propio, en cuanto constata hechos, y vale como un testimonio extrajudicial, de suerte que si se le impugna, carece de valor probatorio. [739]

f) La pericia puede ser necesaria o discrecional, según que la imponga la ley o la crea útil el juez. No puede prescindirse de ella en el primer caso, pero de ahí no se sigue un distinto valor probatorio, pues siempre opera el principio de la primacía del criterio judicial.

Algunas leyes, como la alemana, la austriaca y la portuguesa, hablan expresamente de la pericia para futura memoria. Si se atiende al derecho mexicano, el artículo 379 del código procesal civil federal parece aplicable por cuanto habla de inspección de cosas, documentos, libros o papeles. Podría afirmarse que aquí también es factible la pericia de futuro; sin embargo, no puede olvidarse que la ley ha sido tomada o informada en la doctrina italiana que no admite esa posibilidad, afirmándose que si la ley autoriza el aseguramiento de cualquier hecho, ello no incluye la pericia preventiva, que tiende a asegurar una contradicción o controversia.

Precisamente la circunstancia de que las leyes procesales admitan casuísticamente algunos medios confirmativos preventivos, como el testimonio, lleva a la conclusión de que falta una regla general dentro de la que cabría la pericia. Sin embargo, para Lessona, [740] desde el momento que los autores esfuerzan su ingenio para demostrar que la pericia preventiva es lícita, resulta cierto que el objeto de los dos medios probatorios es diverso, y de ahí que, estando prohibida la prueba pericial preventiva, no pueda conseguirse el fin propio con el examen testifical.

A esta conclusión habría que arribar en el derecho mexicano, deplorando que en ausencia de una disposición terminante, no pueda hablarse de peritaje de futuro, y apoya este criterio el contenido del artículo 399

739 Op. cit., T. 111, p. 536.
740 Op. cit., III, p. 553.

del código federal citado, cuando prohibe se decrete diligencia preparatoria alguna, de aseguramiento o precautoria, que no esté autorizada por la ley, que en ninguna parte habla de otra cosa que de inspección, medio que no puede confundirse con la pericia.

g) El objeto de la pericia es siempre el hecho, no el derecho. En ello están de acuerdo los autores de la corriente mayoritaria. Se trata de un medio de prueba simple, que se aparta de lo que suele llamarse jurisprudencia o jurispericia. Los jueces y las partes pueden invocar las opiniones de los jurisconsultos sobre temas y cuestiones legales, pero no cabe hacerlo sobre hechos que deben recibir una inteligencia técnica.

Por el contrario, al perito no puede pedírsele que interprete el derecho. El contrato debe ser analizado jurídicamente por el juez, las cuentas rendidas deben apreciarse por el juez, y la valuación jurídica de los hechos en general compete al juez. Pero si los requisitos para ejercer un derecho son elementos de hecho, puede intervenir la pericia, analizando esos hechos y penetrando en los principios jurídicos.

Con esto se abre un portillo por el que la función pericial, originalmente entendida como actividad técnica o científica, ajena a la interpretación jurídica, se expande lenta pero gradualmente. Al permitir las apreciaciones de derecho, la pericia suele internarse en los análisis jurídicos, sea para determinar responsabilidades o para apreciar el cumplimiento de las exigencias legales, o para decidir si se han cumplido o no modos y condiciones de los actos. En México ha acontecido que tratándose del cobro de honorarios, se ha acudido a la pericia de abogados, como expertos en costas procesales.

Sin embargo, debe partirse de la idea de que la pericia se establece sobre hechos, y sobre hechos posibles que, no por ello, deben ser sencillos, ya que cabe un grado mayor o menor de dificultad en su inteligencia. Es imposible el peritaje, cuando la voluntad de los sujetos o las circunstancias del hecho impiden su realización. Las dificultades de sostener un criterio indubitable en lo técnico o científico, conducen de inmediato al estudio del número de peritos.

Diferentes sistemas se han adoptado, los cuales cambian según que la materia sea penal o civil, según que su número se fije de antemano o frente a las circunstancias, y según que se destaque el interés de los expertos y se postule la intervención de un tercero que se supone imparcial.

A estos sistemas les es adecuada la fórmula del nombramiento de común acuerdo. En efecto, ya se trate de un número par o impar de técnicos, nada impide que las partes coincidan en la elección, lo que tampoco obstaculizaría la facultad del juzgador para designar oficiosamente al perito judicial.

Si se parte de la separación que hace Carnelutti entre el hecho mismo que se debe probar y un hecho distinto, entre el objeto de la prueba y el objeto de la percepción, la pericia resulta un análisis del hecho a probar por observación del hecho percibido, de manera que la actividad del juez aparece compleja: percepción y deducción. [741]

Hay entre el juez y el hecho, un dato intermedio que impide el contacto directo y que consiste en el dictamen de terceros, es por ello que Carnelutti opta por llamar medio de prueba a la actividad del juez, por la cual busca la verdad del hecho, y fuente de prueba el hecho del que se sirve para hacer sus inferencias. [742]

La misma percepción de los hechos puede ser objeto de una sustitución, de una delegación de la actividad en otra pesona. Estas hipótesis van de lo oportuno a lo necesario, cuando el juzgador no tenga la aptitud o preparación suficiente para la percepción directa o para la deducción de los hechos a probar.

A la percepción técnica puede añadirse el caso de hechos comunes que el juez no puede percibir por algún defecto sensorial, por peligro o desagrado en la percepción o porque la costumbre lo desaconseje. La intervención de una persona diversa es necesaria en extremos tales como una autopsia, o meramente conveniente si han de aplicarse reglas técnicas o artísticas.

Esta es, dice Carnelutti, [743] la hipótesis típica de la pericia. Hoy en día se estima que el perito no actúa sólo para la deducción del hecho a probar con respecto a la fuente de prueba, sino también para la propia percepción del hecho, sea objeto o fuente de prueba, unas veces en sustitución y otras en asistencia al juez, en ocasiones limitando su cometido a la percepción y extendiéndolo en otras a la deducción de los hechos percibidos.

En la pericia, la fuente de la percepción judicial está en un dictamen sobre hechos que, a diferencia del testimonio, no son siempre pretéritos, sino probablemente presentes y a veces futuros. El perito, por esa particularidad de las cosas que estudia, puede ser suplido, mientras el testigo no puede ser reemplazado. El perito, además, puede ser considerado como un preliminar indispensable, como condición intrínseca en determinado procedimiento.

Así, dice Eduardo Bonnier, [744] para los catastros o empadronamientos, se funda la Administración, al requerir esta medida, en consignar el valor

741 *La prueba civil*, Op. cit., pp. 53 y ss.
742 Op. cit., p. 70.
743 Op. cit., pp. 73 y ss.
744 *Tratado teórico de las pruebas en derecho civil y penal*, pp. 71 y ss.

de los inmuebles sujetos a un derecho proporcional. Por el contrario, con dificultad se considera este medio de prueba como indispensable cuando no es necesaria la valuación, sino en cuanto tiene el juez una duda formal.

h) En la pericia, como en otros medios de prueba, se observa que las inferencias logradas por el autor de la percepción, no sólo son válidas y eficientes para el proceso, sino para el comercio jurídico general.

Esta particularidad ha sido vista por Carnelutti, quien ha llegado a señalar que, en general, la actividad jurídica, y no sólo la actividad judicial, se desenvuelve por medio de **pruebas.** Por eso, así como el estudio de las **pruebas** no es propio únicamente de la ciencia del derecho procesal, así la disciplina de ella no se encuentra en el código de procedimientos sino en el civil.[745]

Tales conclusiones fuerzan a pensar si la pericia, obtenida por la Administración, por ejemplo, a través de valuadores, auditores o técnicos en distintas ramas, puede estimarse de la misma importancia que la efectuada en el transcurso del proceso, problema que se enlaza a la cuestión ya anticipada, respecto a la forma de nombrar peritos.

El nombramiento del perito entraña casi siempre el fenómeno de la dependencia por fidelidad al cliente. El perito de la parte tiende a inclinarse a la defensa de sus intereses, y sin que ello signifique siempre una actitud deformadora de la verdad, sí da lugar a discrepancias constantes entre los dictámenes, lo que provoca la exigencia de una tercera opinión.

La idea de designar un solo perito es el mejor intento para superar la constante deformación de este medio de prueba, pero su consecución es bien difícil. La forma de nombrar peritos está, por tanto, vinculada a la naturaleza del procedimiento ante el tribunal respectivo. Si no se trata de un proceso, de una serie de instancias proyectivas, se puede recomendar que, en obvio de problemas, sean las autoridades quienes deleguen en técnicos el examen del caso. Pero en el proceso, a menos que las partes se pongan de acuerdo, interferirá la recusación que es un incidente más que retardaría el desarrollo procesal.

i) Confirmada la necesidad procesal del nombramiento de peritos, cabe recordar con Lessona,[746] que su designación ha seguido esquemas históricos diversos.

Una primera técnica confía completa y exclusivamente al juez la designación de los peritos. Este tratamiento es antiguo y puede decirse que inmutable en el procedimiento alemán, y se encuentra casi idéntico en el derecho común.

745 *Instituciones*, T. I. p. 258.

746 Op. cit., T. IV, pp. 600 y ss.

En la segunda forma, en cambio, se confía la elección de los peritos a las partes, y sólo en el caso de disentimiento al juez.

La tercera técnica es la estabecida por el código español, que prefiere a los peritos nombrados por las partes; pero si éstos no se ponen de acuerdo, se echan a suerte los peritos designados por ellas. Es, pues, una técnica de insaculación; cuando por el exiguo número de personas idóneas no fuere posible el sorteo, o bien de entre los sorteados no pudiere nombrarse a ninguno por motivos de recusación, la elección correspondiente será entonces del juez.

De estas tres técnicas, la española parece más censurable para Lessona, porque antepone a la elección del juez la insaculación, preferencia que parece envolver una cierta desconsideración para el juez, y confunde al perito con el jurado.

La técnica que confía o prefiere la elección de los peritos por las partes implica la confusión del oficio con la del árbitro, y genera necesariamente dilaciones y dificultades procesales.

En resumen, para este autor, es preferible confiar siempre y exclusivamente al juez la elección del perito.

He aquí cómo la doctrina más autorizada, pierde de vista la calidad de la prueba y olvida su vinculación con el proceso. Si se tratara especialmente de alcanzar un dictamen, ninguna duda habría de que la autoridad en el procedimiento administrativo, por ejemplo, o el juez en sede de investigación oficiosa, podrían encargarse o encomendar a terceros la pericia.

Pero si bien la prueba es una figura institucional que rebasa el campo del derecho, y se le ve aplicada en todas las ramas jurídicas, en cuanto se atiende a la cuestión de quién debe nombrar los peritos, el panorama cambia, porque entonces se entra en el rubro de la incumbencia de la prueba.

En puridad, la prueba no puede ser realizada sino por el perito, pero al derecho procesal le interesa ahora quién debe nombrar a este técnico, Señalar los puntos de la pericia es, primariamente, incumbencia de las partes. Si éstas lograran ponerse de acuerdo en la persona del perito, el problema dejaría de existir; pero conviene repetir que los técnicos, casi por razones económicas y psicológicas, se inclinan por su cliente, de manera que ante la imposibilidad material del acuerdo en el nombramiento, ha de elegirse entre: i) dejar que cada parte designe un perito y el juez nombre el tercero en discordia, o ii) llegar directamente a la solución del nombramiento por el juez. Se puede abonar a favor del primer criterio, que las partes formulan las pretensiones y éstas implican sendas afirmaciones, no todas susceptibles de prueba, por lo que tratándose de problemas

o puntos discutidos se necesita que la parte que propone la averiguación sea la que tenga el derecho de nombrar su perito. Frente a esta solución, se levanta el argumento de la experiencia, en virtud del cual, siempre acontecerá que ante los dictámenes discrepantes de los peritos de parte, se requiera del tercero en discordia; en consecuencia, parece que por economía de esfuerzos, se debería eliminar el trámite del nombramiento de parte y acudir directa e inmediatamente al de elección por el juez.

Pero la última solución, aunque razonable y justificada por la práctica constante en los tribunales, tropieza con la resistencia de los abogados, que prefieren alargar el pleito, antes de economizar trámites. Se aducen razones de garantías procesales, de potestades de las partes y de la íntima relación que hay entre lo afirmado y los puntos que deben ser analizados pericialmente, extremo que parece conoce mejor la parte que el juez. La verdad es que, por un camino o por otro, se tendrá que admitir que, finalmente, es casi previsible que será el dictamen del perito tercero el que acoja el juez. Es cierto que hay ejemplos de lo contrario, pero también los hay en el sentido de que el juzgador se desentiende por completo de la pericia, lo que en nada disminuye su importancia.

Hay sólo un verdadero argumento que podría justificar todavía la elección del perito de parte, y es que, por lo general, ni el tribunal cuenta con un elenco de peritos en todas las materias, ni se busca entre los técnicos ajenos a la organización burocrática al más calificado. Sobre todo en lo penal, son médicos legistas, peritos en balística o en grafías, pertenecientes al ministerio público los escogidos.

j) Las palabras de Lessona,[747] en el sentido de que hay personas cuyo cargo es evidentemente incompatible, y que puede sostenerse que, además de las incompatibilidades de orden circunstancial como son la edad y habilidad jurídica de los sujetos, deben establecerse las derivadas de la posición estatutaria de los técnicos, son enteramente aplicables al régimen mexicano.

El autor agrega que es verdad que la figura de la recusación viene a disminuir los riesgos de la pericia oficinesca, pero debe tenerse presente que esa recusación se vincula con el individuo en particular y no con el cuerpo en general, de manera que, si pudiera admitirse la recusación de todos y cada uno de los funcionarios y agentes oficiales, el tribunal quedaría prácticamente sin la fuente de abastecimiento.

Pero los peritos pueden y deben ser recusables por justos motivos, puesto que la imparcialidad de su parecer es requisito **sine qua non** de éste, concluye Lessona;[748] pero como la recusación debe apoyarse en circunstancias subjetivas, sea de sospecha o de existencia efectiva de causas

747 Op. cit., T. IV, p. 609.
748 Cit., p. 612.

de parcialidad, al no encontrarse en las condiciones que taxativamente marcan las leyes, los peritos oficiales mantienen más inatacable su posición, y con más peligro para el fin que se persigue de alcanzar, imparcialmente, el conocimiento técnico de los hechos que atañen al litigio.

El código procesal civil federal mexicano coincide con lo expuesto, al explicar que cuando el nombramiento de una de las partes ha sido hecho por el tribunal, ya no hay garantía de que se conserve el estado de igualdad de que se trata, pues el desconocimiento, por parte del tribunal, de las relaciones que liguen al perito con los litigantes, puede determinar que el nombramiento que haga recaiga en persona que tenga alguna animadversión para la parte en cuyo nombre se hizo o que tenga motivos que hagan suponer que se inclinará a favorecer a la contraria.

Evidentemente, agrega la Exposición de Motivos, se estaría en un caso de manifiesta desigualdad, y por esto se permite que la parte, respecto de la que se ha nombrado el perito pueda recusarlo por las mismas causas por las que pueden serlo los jueces, y en caso de tratarse de perito tercero, como en su nombramiento no influyen las voluntades de los litigantes, la facultad de recusación se concede a todas ellas, pues en este caso, puede resultar que el perito no tenga la ecuanimidad indispensable, por encontrarse colocado en alguno de los casos en que la ley estima que es posible perder esa ecuanimidad. La brevedad indispensable para la substitución del perito recusado, se juzgó que se logra, sin peligro de la seguridad en el dictado de la resolución, mediante el procedimiento incidental; pero, si el perito confiesa la causa, ya no hay duda sobre el motivo que puede afectar su imparcialidad, siendo entonces innecesaria la substanciación del incidente.

A todo lo anterior debe agregarse que los peritos limitan su dictamen a algunos puntos cuestionados del conflicto, por lo que la verificación fáctica no es suficiente para decidir el objeto del proceso, pero sí para encontrar datos técnicos ciertos, sobre los que puede apoyarse el juzgador en la interpretación del debate. La pericia es el medio de prueba por antonomasia, y debe realizarse en las mejores condiciones de experimentación. Mientras más rigurosa sea su práctica, más valiosa será su realización para el derecho y en especial para el proceso.

191 Medios de acreditamiento.

En orden jerárquico de valoración objetiva, se podría decir que ante la falta de prueba, total o parcial, el siguiente lugar corresponde a la constancia de la relación jurídica.

No puede perderse de vista que lo decisivo es la relación, objeto ideal de conocimiento; de manera que si ella se plasma en la realidad, si se perpetúa en las cosas, la prueba puede ser innecesaria.

Si la pericia no es determinante en el juicio, se debe a que se aplica, como dice la Exposición de Motivos del código procesal civil federal mexicano, refiriéndose a los artículos 143 y 144, a cuestiones de orden técnico cuyo conocimiento requiere el auxilio de personas ilustradas en la especialidad de que se trate. El perito está llamado a producir eficientemente un acontecimiento, aplicando las leyes propias del fenómeno respectivo. Es cierto que al lado de peritos se suelen incluir artesanos como los armeros, prácticos como los tasadores de alhajas, y técnicos con mayor o menor experiencia y seguridad en sus resultados como los médicos o los agrimensores; pero esta circunstancia será motivo para clasificar a los peritos, y no para discutir la naturaleza de la prueba en sí. Lo importante es que, si la pericia, como explica Carnelutti [749] es facultativa para el juez y no obligatoria, obedece a la circunstancia de que se trata de problemas sobre hechos y no sobre derecho.

El acreditamiento va por otro camino. Aquí se emplean conductas simbólicas, [750] plenamente dirigidas al derecho. Cuando uno o varios sujetos redactan un documento, cuando se colocan mojoneras en los predios, cuando un notario redacta un instrumento, así sea una simple acta de hechos, la intención es determinar jurídicamente la realidad. Por tanto, en la constancia aparece ya la normatividad aplicada.

Si los documentos, instrumentos o monumentos fueran totalmente indubitados, si no pudiera dudarse, ni del significado de las palabras, ni del sentido de las proposiciones, ni de la procedencia de las declaraciones de voluntad o de las participaciones de conocimiento; los conflictos carecerían de cuestiones relativas a los hechos normados, y sólo se discutirían sus efectos y consecuencias.

El mal está, entonces, en que el acreditamiento no es siempre inobjetable. Para remediar en gran medida estos escollos, la ley suele otorgar plena credibilidad a ciertas escrituraciones a las que llama documentos o instrumentos públicos. Y en el proceso tienen esa nota de fe pública, las actuaciones que constan en el expediente: la función fascicular del secretario tiene aquí la mayor importancia, al grado de que son relativamente escasos los motivos por los que puede atacarse una constancia judicial, y es muy pesada la tarea del objetante para contradecir el contenido fehaciente de las piezas de autos como les llama el uso forense.

Registros, libros, protocolos, expedientes y correspondencia oficial, son medios ciertos para llevar al lenguaje simbólico las relaciones jurídicas constituidas, las narraciones y relatos de hechos o de conductas que tienen importancia para el derecho. Pero en este ámbito hay, por lo menos,

749 *Sistema*, T. 11, p. 220.

750 Supra Nº 144.

dos clases de piezas de acreditamiento, que tienen distinto valor jurídico: las escrituraciones públicas y las privadas, y es en las primeras donde se asienta la fe pública, lo fehaciente.

a) Los **monumenta** han sido clasificados por Alcalá Zamora [751] como una especie del género documentos. La otra especie serían los **instrumenta.** El autor se ha guiado por la caracterización de Leo Rosenberg, [752] para quien documento, en sentido amplio es la materialización de un pensamiento mediante signos escritos corrientes o convenidos.

Sin embargo, hay discrepancia entre la idea de Rosenberg y la aplicación que le da Alcalá Zamora, porque el primero expresamente excluye de la confirmación documental y lleva a la inspección ocular, a las demarcaciones, tarjas, [753] limitaciones de bosques, precintos, árboles genealógicos, planos, bosquejos, descripciones, negativos fotográficos y copias. La explicación de ello es, que conforme a la descripción de Rosenberg, en los **monumenta** elegidos, no hay la materialización del pensamiento: mediante signos escritos corrientes y convenidos, sino mediante formas, figuras o corporizaciones no simbólicas.

Si en el pensamiento de Rosenberg, los **monumenta** no integran con los **instrumenta** el género documento, [754] tampoco en la teoría se puede suscitar cuestión sobre este punto, porque ha quedado debidamente aclarado, que si las cosas pueden ser utilizadas para el lenguaje, [755] no todo objeto dotado de significación es simbólico. La palabra o símbolo entra apenas en los instrumentos y en los documentos, por lo que si otros medios de la realidad se emplean para significar o reproducir, como las fotografías, se deberá hablar de monumentos.

Donde se puede asentar la duda es respecto a los medios que no son directamente gráficos, como las fotografías o reproducciones microfílmicas, copias fotostáticas y fotocopias en general. Aquí se diría que, respecto al contenido reproducen documentos o instrumentos en cuanto se

751 *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua*, Cit., p. 75.

752 *Derecho procesal civil*, Cit., T. 11, pp. 224 y ss.

753 Que Alsina, *Tratado*, T. 11. p. 392, nota 4, explica, diciendo que las muescas o tarjas eran comunes en las ventas al fiado y estaban constituidas por un listón dividido longitudinalmente en dos partes iguales, una de las cuales se entregaba al comprador y la otra se reservaba al vendedor. En cada operación se superponían las mitades y se les hacía una muesca que abrazaba ambas, y al liquidar el negocio, se confrontaba una con otra. Pero la tarja tiene hoy un significado distinto, pues representa una fracción fija: diez, cien, que se indica con una raya y se emplea generalmente en la entrega de ganados, bolsas o fardos. A su lado, menciona los quipos, usados entre los incas, que consistían en un cordón de lana, del que pendían otros de distinto largo, grueso y color, cada uno de los cuales expresaba una idea y el conjunto un pensamiento —Id., nota 3. Asimismo, habla de marca, que de acuerdo con el código rural argentino, confirma la propiedad del animal u objeto que la lleva Id., nota 5.

754 En contra, Alcalá Zamora, *Estudios de derecho probatorio*, Cit., p. 120, nota 47.

755 Supra Nº 143

trate de escrituras, pero en lo tocante a cosas y personas, la reproducción o representación sería de objetos reales. En consecuencia, estos medios, aisladamente considerados están fuera de la monumentalidad, y son distintos a los instrumentos como escrituras originales. Por tanto, quedarían en el rubro de los documentos con el carácter de copias o reproducciones. [756]

Pero calificar de copias a las reproducciones en general, y llevarlas al campo de los documentos es relativizar demasiado el concepto de éstos. Lo pertinente es formar un nuevo grupo con estos objetos, porque si muchos de ellos reproducen escrituras, de manera que su contenido es simbólico, otros reproducen meramente significaciones como las copias de planos, diagramas y dibujos, en tanto que el resto reproduce apenas cosas y personas o acontecimientos en general, que pueden carecer lo mismo de simbolismo que de significación.

Probablemente sea preferible hablar de registros, porque es factible que se objetive la realidad mecánica, fotográfica o electromagnéticamente. En la moderna tecnología, personas, cosas y sucesos son susceptibles de objetivación por diversos medios, desde el grabado manual hasta la captación a través de ondas sonoras o luminosas. Se puede pensar en el registro de voces y sonidos, de huellas de personas, animales y cosas, de radiaciones y de cuantos fenómenos son perceptibles por el hombre o por los instrumentos científicos.

De adoptarse este criterio, al lado de los monumentos se hablaría de los registros, como algo diverso de los documentos, [757] y, especialmente de los instrumentos. El monumento es un objeto con significación, ya se trate de cosas naturales **empleadas** con un propósito inteligible como las limitaciones de predios con plantas: magueyes, o árboles, piedras o zanjas, bardas o cercas de alambres, etc.; o como las tarjas citadas por Alsina y Rosenberg, a las que cabe añadir las marcas rurales y de fábrica o industriales más las comerciales llamadas logotipos, los signos [758] y aun las contraseñas, que vendrían a ser monumentos artificiales por la creación humana, no sólo de la significación, sino de la forma material.

En cambio, los registros no tienen ese carácter de materialización del pensamiento, y así, un electrocardiograma, una fotografía de rayos X, una grabación de ruidos, sonidos o voces, [759] una medición de luminosi-

756 Cfr. Devis Echandía, Op. cit., p. 508.

577 Parece que Alcalá Zamora discrepa de esta idea, desde que estima que la *prueba* documental es de tal amplitud, que abarca fotografías, copias fotostáticas, registro dactiloscópicos y fonográficos, escritos y notas taquigráficas, etc. Confs. *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua*, Cit., p. 82.

758 Que Alsina menciona para la confirmación de la medianería, Op. cit., T. III, p. 393, nota 6.

759 Pero no debe confundirse el significado de las voces con su registro.

dad con un fotocolorímetro, una determinación de dosis de radiación gamma, beta y alfa; en fin, la captación de proporciones, mezclas y combinaciones, como la medición de alcoholes, la determinación de humedad, los relojes con aditamento imprime tiempo, ensayos de potencia mecánica, medición de temperaturas o de energías, etc., todos son registros de fenómenos. A este sector es que deben adscribirse las copias dactiloscópicas, los negativos fotográficos y fotografías, etc.

Pues bien, tanto los monumentos, simples materializaciones del pensamiento, como los registros, meras captaciones de fenómenos en general, sirven para acreditar, es decir, para dejar plasmado el objeto de conocimiento: en un caso el pensamiento mismo, y en el otro, el suceso, las personas y las cosas, cuya importancia en las relaciones jurídicas puede trascender hasta el proceso, en la fase confirmatoria, permitiendo la constatación de lo afirmado en la pretensión.

b) Los documentos han sido parangonados al testimonio o a la confesión por Devis Echandía,[760] estimando que son el resultado de una actividad humana; pero, dice, como observa Carnelutti, mientras los últimos son actos, el primero es una cosa creada mediante un acto, y de ahí se infiere que si los anteriores representan el hecho testimoniado o confesado, el acto que crea el documento no es representativo del hecho narrado, sino que se limita a crear el vehículo de representación. Documento, agrega, es toda cosa que sirve de **prueba** histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo representativo cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe; y puede ser únicamente representativo cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre con los planos, cuadros y fotografías.

Devis Echandía no hace separación alguna entre documento e instrumento, y esto lleva a recordar con Alsina[761] que las leyes hablan indistintamente de documentos e instrumentos, como si fueran términos sinónimos, cuando en realidad responden a conceptos diferentes.

Es el propio Alsina quien entiende por documento toda representación objetiva de un pensamiento, y si bien con esto ofrece un concepto más preciso que el de Devis Echandía, en cambio, al agregar que la representación puede ser material o literal, incluye los **registros** en el rubro de los documentos, lo que implica desconocer sus diferencias.

Por otro lado, Alsina reserva la denominación de los instrumentos a las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica, lo que da por resultado que vienen a ser una especie del documento. Y este mismo criterio se observa en Alcalá Zamora y Levene hijo,[762] al indicar que la di-

760 Op. cit., p. 491.
761 Tratado, T. III, pp. 391 y ss.
762 Op. cit., T. III, pp. 145 y ss.

ferencia entre documento e instrumento se puede establecer diciendo que el documento es el género y el instrumento una de sus especies, que por ser la más importante y generalizada se identifica en el uso con aquél y muy bien puede ser tomada como el documento por antonomasia.

c) En la obra de Joaquín Escriche [763] se dice que documento es la escritura o instrumento con que se **prueba** o confirma alguna cosa, agregando que el instrumento es cualquiera de las herramientas, utensilios y máquinas que sirven a los hombres para trabajar, o en general, todo lo que sirve para instruir una causa, todo lo que conduce a la averiguación de la verdad, todo lo que da luz sobre la existencia de un hecho o convenio; de modo que en este sentido, pueden llamarse instrumentos las deposiciones de los testigos y sus promesas.

El mismo autor, después de recordar el origen etimológico del vocablo: el verbo latino **instruere,** instruir, expresa que en sentido propio se entiende el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento con que se justifica o **prueba** alguna cosa, la descripción, memoria o nota de lo que se ha dispuesto o realizado o de lo se ha convenido entre dos o más personas.

Mientras el título es la causa del derecho, la convención, el contrato o la institución, el instrumento es la **prueba** escrita del título y se puede tener un título sin instrumento o instrumento sin título: el que compra de mala fe tiene instrumento pero no título. El instrumento, por tanto, es público o privado, según las personas que lo autorizan o expiden.

Más modernamente, Ignacio de Casso y Romero, y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, [764] siguiendo en términos generales los lineamientos anteriores, dicen que el documento, del latín **documentum,** de **docere,** enseñar, es el escrito con el que se **prueba,** acredita o hace constar alguna cosa y que puede ser: auténtico o acreditado de cierto y positivo, y autorizado o legalizado para hacer fe pública.

En otro sentido, llámase documento a la escritura, instrumento u otro escrito autorizado, según los casos, con que se **prueba** o confirma o corrobora una cosa, o sirve para hacer constar una obligación; o a todo escrito en que se hace constar una disposición o convenio, o cualquier otro hecho, para perpetuar su memoria y poderlo acreditar cuando convenga.

Ya en la doctrina general [765] se ha intentado distinguir entre el derecho de la forma y el derecho de forma, diciendo que el primero atañe a lo instrumental mismo, en tanto que lo segundo corresponde al derecho

763 *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* París 1884, pp. 556 y 885.

764 *Diccionario de derecho privado,* Cit., T. I. pp. 1916 y ss.

765 Carlos Emérito González, *Teoría general del instrumento público,* Bs. As. 1953, pp. 32 y ss.

procesal. Se sostiene que la confusión tradicional proviene de afirmar que el instrumento es la prueba de su derecho, y que como la prueba es materia procesal, a esta rama se suele adscribir el estudio del instrumento.

Es con los jurisconsultos romanos que comienza la indicación de las formas, para dar solemnidad al acto; por ello sus ensayos son, normalmente, recopilaciones de fórmulas e instrucciones prácticas, camino que siguieron los glosadores de Bolonia al publicar sus clásicos formularios. El 16 de marzo de 1803 se expide en Francia la ley que da a los instrumentos sus características actuales.

Exégetas y comentaristas del código napoleónico aportan sus autorizadas opiniones, y poco después, los notarialistas entran en la investigación, aumentando las soluciones doctrinarias.

En los albores de la era independiente de México, son los propios notarialistas quienes aportan los estudios más completos sobre el derecho, como puede confirmarse con el **Febrero Mexicano,** o sea la **librería de jueces, abogados y escribanos,** que refundida, ordenada bajo nueva técnica, adicionada con varios tratados y con el título de **Febrero Novísimo,** dio a luz don Eugenio de Tapia en 1834 y en nueve tomos.

La importancia del instrumento puede vincularse con la institución actuarial, de la que han derivado escribanos y notarios, secretarios judiciales, corredores y contadores, peritos auditores, evaluadores y registradores.

Mientras en lo histórico habría que remontarse más allá de Roma y llegar a Grecia, a Siria y Babilonia, o a Egipto en el Africa y las tribus mexicanas o peruanas en América; en lo teórico basta comenzar por ese monumento de la ciencia jurídica hispánica, las **Siete Partidas** del rey Alfonso el Nono, posiblemente comenzadas el 23 de junio de 1256 y concluidas el 28 de agosto de 1265, y que a imitación del Digesto de Justiniano, fueron divididas en siete libros, el tercero de los cuales se refiere a lo procesal y en su título XVIII alude a las escrituras por las que se **prueban** los pleitos.

La antigüedad de los tiempos, comienza por decir este título, es cosa que hace a los hombres olvidar los hechos pasados, por ende, fue menester que se encontrara la escritura, para que lo acontecido no se olvidase o supiesen los hombres por ella, las cosas que se establecían, como si de nuevo se hicieran.

La escritura, según se mira en este cuerpo legal, que contó y cuenta con gran prestigio en el derecho iberoamericano, pues no obstante no haber sido promulgado, alcanzó fuerza supletoria por la ley primera de las Leyes de Toro, compuestas en las Cortes de Toledo en 1502, quedó primeramente clasificada en cartas e instrumentos.

Si estos últimos pasaron a formar el conjunto de las cosas que debían hacer los escribanos, al tenor del título XIX de la Tercera Partida, no parece sino que el género escrituras debió comprender dos especies bien distintas: las cartas o documentos que eran las selladas por sus autores intelectuales, y las hechas por mano de escribano público de consejo.

Pero la doctrina ha seguido otros caminos, y unas veces pasa por alto toda diferencia, y en otras sostiene que en el derecho español, la diferencia entre documento e instrumento, generalmente reside en que el primero es lo genérico, y el instrumento público lo específico. [766]

La clasificación no carece de importancia, hay instrumentos, dice José María Mustápich, [767] que llevan en sí la **prueba** de su procedencia y hacen innecesaria toda **probanza** acerca del autor de los mismos. Tales son los instrumentos públicos que emanan de funcionarios investidos por la ley a ese efecto y siempre que se realicen conforme a las prescripciones legales pertinentes.

Hay otros instrumentos, agrega, que no generan esa certeza, que no emanan de la labor reglada de oficiales públicos, sino que trasuntan en la mera intervención privada y que se hace necesaria la comprobación de su procedencia. He aquí la división instrumental en instrumentos públicos y privados.

Pero en otro lugar, al estudiar el protocolo, señala que su justificación está en el sistema implantado de extender la escritura en una matriz u original, que integra el protocolo y de la cual se expiden testimonios o copias a los interesados. Destaca el hecho de que el acto original queda en poder del oficial público, y alude al precedente histórico de la utilización de la escritura original que redactaba y escribía el notario y entregaba a las partes. Consecuentemente, la noción de protocolo está íntimamente ligada al de escrituras matrices. [768]

d) Aunque se intente dar igual valor etimológico a estos vocablos, y esto es inaceptable, porque viniendo el documento de **docere**, enseñar, mientras instrumento proviene de **instruire**, instruir; resulta que cabe mostrar o enseñar sin instruir, y también instruir, dar instrucciones u órdenes. sin mostrar. Así, a pesar de esta buscada semejanza en los términos, bastaría acudir a cualquiera hipótesis del derecho moderno, para encontrar la separación.

En el artículo 33 del código de comercio mexicano, se obliga a los comerciantes a llevar cuenta y razón de todas sus operaciones en tres libros a lo menos: el de inventarios y balances, el diario y el mayor o de

766 G. E. González, Op. cit., p. 53.
767 *Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial*, B. As. 1955, T. I. p. 91.
768 Id. p. 147.

cuentas corrientes. Mientras que el artículo 47 les obliga a conservar en buen orden todas las cartas y telegramas que reciban con relación a sus negocios y giros, anotando al dorso la fecha en que se recibieron y contestaron, o si no se les dio contestación. No puede, entonces, sostenerse, sin violar el principio de congruencia, que es igual un libro de contabilidad, llevado por el propio comerciante o por las personas que autorice para ello, [769] que guardar la correspondencia ajena.

El protocolo, como los libros de contabilidad, o como los registros públicos, como los expedientes administrativos, son instrumentos; esto es, escrituras o escritos que no se limitan a mostrar, sino que trascienden hasta la constitución de relaciones jurídicas. El resto de los escritos puede quedar en la simple calificación de documentos.

No está desprovista de fundamento positivo la tesis, pues en el artículo 32 de la Ley del notariado para el Distrito Federal, se dice que escritura es el instrumento original que el notario asienta en el protocolo para hacer constar un acto jurídico, y que tiene la firma y el sello del notario.

A esto debe añadirse que el segundo párrafo del artículo hace una separación, al establecer que se tendrá como parte de la escritura el documento en que se consigne el contrato o acto jurídico de que se trate, siempre que, firmado por el notario y por las partes que en él intervengan, en cada una de sus hojas, se agregue al Apéndice, llene los requisitos que señala este capítulo, y en el protocolo se levante un acta en la que se haga un extracto del documento, indicando sus elementos esenciales. En este caso, la escritura se integrará por dicha acta y por el documento que se agregue al Apéndice, y en el que se consigne el contrato o acto jurídico de que se trate. Del documento a que se refiere este párrafo, se presentarán tantas copias cuantas partes intervengan en el contrato, para que cada una de ellas conserve una firmada también por el notario y por las partes en cada una de las hojas de que se componga.

La ley mexicana parece seguir el criterio establecido en la Tercera Partida: género escritura, especies instrumento y documento. Instrumento es ese original que se asienta, que forma el protocolo, el cual viene caracterizado por el artículo 14 de la ley, por estar constituido por los libros y volúmenes en los cuales el notario debe asentar las escrituras públicas y las actas notariales, que respectivamente contengan los actos o hechos jurídicos, sometidos a su autorización.

Estas consideraciones permiten entender también, por qué el artículo 69, establece que testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial con sus documentos anexos que

769 Artículo 35 del código de comercio.

obran en el Apéndice, con excepción de los que estuvieren redactados en idioma extranjero y los que se hayan inserto en el instrumento. El testimonio será parcial cuando en él sólo se transcriba parte, ya sea de la escritura o del acta, ya de los documentos del Apéndice. El notario no debe expedir testimonio o copia parcial, sino cuando por la omisión de lo que no se transcriba, no pueda seguirse perjuicio a tercero.

e) La teoría del acto escrito no es antigua, según Emérito González [770] es breve, poco estudiada y mezclada con otras materias de derecho, sus hitos, a pesar de todo, son claros.

Primero, la palabra bastó; el instrumento, cosa material como un trozo de madera, ladrillo, etc., que simbolizaban el inmueble o la cosa, representó la voluntad de las partes rudimentariamente expresada, y a medida que la ciencia jurídica avanzaba, fueron viniendo el papel y la imprenta. En el siglo XII ya lo estudiaron seriamente en Bolonia, y en las Partidas despunta con caracteres propios como factor de seguridad en el negocio jurídico.

En Italia, Francisco Carnelutti inicia un tratamiento singular, partiendo de la idea de que un documento es la cosa que lleva en sí la virtud de hacer conocer, la cual se debe a su contenido representativo, objetivamente de un pensamiento. El documento deberá estudiarse desde el punto de vista del sujeto, del medio y del contenido.

Documento, para José Chiovenda, es, en sentido amplio, toda representación material e idónea, para reproducir una cierta manifestación del pensamiento, como la voz grabada. Pero, debe insistirse, el punto de vista más interesante es el de Carnelutti, explicado por primera vez en su **Sistema de Derecho Procesal Civil.** [771] Al observar al documento en relación con el sujeto de que emana, lo vincula con la autoridad de que goza, y de ahí sus diferencias, que separan la eficacia del denominado documento público u oficial, frente al documento privado.

Desde el punto de vista del medio, el carácter representativo del documento influye en su calificación, pues destinado a facilitar al juez una representación permanente de los hechos que en él han de hacerse constar, la experiencia enseña que tal representación puede ser hecha directamente, como en la fotografía o en la impresión fonográfica, o indirectamente, como en la escritura en sentido amplio, que supone una traducción, más o menos fiel de los hechos que el juzgador deberá percibir a través de la persona que autorice ese documento.

Se advierte de inmediato, que esta perspectiva carneluttiana implica serios errores, porque si se trata de la captación de hechos, lo carac-

770 Op. cit., p. 50.
771 T. I, pp. 401 y ss.

terístico es el registro, la fijación técnica del acontecimiento o de los objetos: personas, seres en general y fenómenos de toda índole. El pensamiento no es un hecho, no es algo que pueda capturarse sino en la significación y el simbolismo. Cuando se efectúa de la primera manera se está ante los monumentos, y es en la segunda que aparecen instrumentos o documentos. Así pues, en lugar de que el documento sea el medio indirecto, es precisamente, como tal medio, el directo, pues la palabra es el vehículo que puede tomar la forma escrita o hablada.

Hechas estas observaciones, se puede continuar con el tratamiento de Carnelutti, para quien, al tomar en cuenta su contenido, el documento consistirá en una declaración de verdad o en una declaración de voluntad, punto de observación que tiene trascendencia en orden a la eficacia del documento, puesto que, en el primer caso se limita a representar el estados de las cosas, en tanto que en el segundo, el documento atestigua la existencia de una voluntad encaminada a modificarlas. Esta diferencia de matices lleva al valor, alcance o amplitud de su sentido **probatorio.**

En esta segunda explicación, los equívocos terminológicos tienen consecuencias más graves. Habría que considerar que Carnelutti emplea la palabra voluntad por sinécdoque, y sólo queriendo aludir a la procedencia del pensamiento. Es decir, por declaración de verdad no se entenderá ni una declaración verdadera, ni una declaración de las cosas mismas; entonces es una declaración sobre las cosas y nada más. En cuanto a la declaración de voluntad, no es manifestación sobre ésta en sí, sino la expresión del pensamiento propio, de ahí que lo volitivo se ubique en el declarar y no en lo declarado. Por consecuencia, lo mejor será hablar de narración de fenómenos y expresión de pensamientos; pero en todo caso la diferencia, que no es de matices sino de temas, no produce, como quiere Carnelutti, distinto valor **probatorio.** Ante todo no se trata de una prueba, sino de un acreditamiento que podrá ser suficiente para eliminar o hacer superflua a la verdadera prueba. Y en seguida, no hay mayor o menor acreditamiento si se narra o se expone; el valor jurídico no dependerá de que lo narrado sea ajeno a la voluntad del narrador o de que lo expresado sea el pensamiento propio espontáneamente expuesto. El valor resultará: primero del tema, y segundo de la manera de hacer el documento. Si se narra un acontecimiento externo al narrador, el valor se asentará: en la naturaleza del fenómeno: imposible o posible, improbable o probable, incierto o cierto; y en la credibilidad que merezca el narrador: autoridad, notario, testigo, etc. Si se expresa un pensamiento propio, también se deberá atender al tema: simple deseo, oferta, promesa o mandato, etc.; y a la manera de hacerlo: solemne, formal o consensual, de lo cual dependerá la autenticidad.

Desde luego, debe señalarse que la formación del documento auténtico no es monopolio del notariado; también, en la esfera judicial, el secretario autentica. Pero sobre este problema será conveniente recordar lo explicado por Carnelutti.[772] Parece que para este autor, lo determinante es la factura, y así, habla de auto o heterodocumentación. Autor del documento, dice, no es tanto quien lo forma o escribe con sus manos, cuanto aquél que por su cuenta es formado, quien asume su paternidad por la suscripción. En el proceso, por ejemplo, el autor de la sentencia será el juez, aunque el texto lo redacte el secretario. La heterodocumentación vendrá a ser la formación por obra de una persona diversa de quien realiza el hecho documentado, como sucede con las actas.

En cada grupo documental comprende diversos tipos. La heterodocumentación puede consistir en la descripción de hechos o en la transcripción de documentos; lo primero es precisamente el acto, lo segundo es la copia. La autodocumentación puede consistir en la representación del hecho mismo de su formación: documentos constitutivos o dispositivos; o bien un hecho diverso: documento narrativo. En el primero habla de memorias, y en el segundo de relaciones o certificados.

Condiciones comunes a toda documentación son: la suscripción y la data. La suscripción es el estampamiento autógrafo al final del documento, de signos aptos para representar el nombre de la persona que lo ha formado, o de otras personas que han asistido a su formación o han realizado actos que en el mismo están representados. Hay la suscripción del autor del documento, del documentador, y la suscripción del testigo instrumental, la del declarante o la del agente.

La data es la indicación del lugar y del tiempo en que el documento ha sido formado. Si los actos a documentar duran un cierto tiempo, se distingue la data de apertura de la data de clausura.

Los códigos, sin embargo, suelen confundir el acto con el documento, de manera que enuncian la eficacia del documento; hacer fe, con su contenido: representar. Respecto al acta se habla de declaraciones y operaciones, olvidando la tercera categoría de las inspecciones. Aún más, en ciertos casos se habla de sujetos asistidos en las diligencias, sin aclarar si éstas consisten en la documentación o en la participación en el acto respectivo.

En otras hipótesis las leyes especifican la labor de ciertos sujetos, como el secretario, y hablan de su cometido documentador especial. Al considerar que la formación del documento resulta, tanto de la forma externa como de la interna, de la formulación de los conceptos como de la escritura de las palabras, se dirá que, autor del acta puede ser sólo el secretario, como pueden ser coautores con dichos funcionarios los jueces.

772 *Lecciones sobre el proceso penal*, cit., T. III, pp. 115 y ss.

La diferencia entre el acta y la copia se encuentra en una menor autonomía del documentador, el cual permanece del todo extraño a la formación de los conceptos limitándose a la escritura de las palabras que sirven para formularlas. Se trata de una actividad puramente multiplicativa, se multiplica lo que por otro es dicho y escrito.

La distinción entre acta y copia puede ser muy relativa, por lo menos en aquellos casos en que el secretario se limita a transcribir el testimonio dictado por el testigo o por el juez. La actividad del secretario que forme una copia o una acta, se aproxima más a la función de orden que a la función de concepto.

La copia sirve para conservar declaraciones cuyo valor jurídico es tan alto que llega a exigir sean escritas con las fórmulas precisas que sirvieron para su emisión. Por ello en la sentencia, Carnelutti ve un documento suscrito por el secretario y el juez, la suscripción del juez es la del declarante, mientras la del secretario es la del autor, pues obra suya es la atestación. También el libramiento de las copias de los documentos procesales originales es función del secretario, que transcribe, no sólo el documento original, sino que atesta la conformidad de la transcripción, y en ello consiste la autenticidad de la copia.

Cuando la declaración del documento es una narración, tiene el carácter informativo y la documentación toma el nombre de relación. Esta puede ser verbal como la del perito, o escrita en un documento autógrafo como la notificación, donde el oficial narra lo que ha hecho para llevarla a cabo.

La diferencia entre acta y relación recuerda la distinción entre documento y testimonio, el secretario cuando forma el acta describe lo que ve y no narra; el oficial de la notificación cuenta lo que ha hecho o ha visto. En el primer caso, la **prueba** se forma en presencia, el segundo en ausencia del hecho representado. El secretario escribe mientras acaece lo que describe y el oficial narra después del acontecimiento. La relación es un documento declarativo y el acta no, ésta es una **prueba** inmediata y la relación una **prueba** mediata. Pertenecen a las relaciones las memorias, antítesis de instancias, y con ellas, se quiere indicar la exposición de razones útiles para la decisión.

La categoría de documentos autógrafos diversos de las relaciones se refiere a la escritura de las declaraciones de carácter dispositivo. En particular cabe hablar de las instancias, y de las requisitorias de los agentes públicos. Las instancias o peticiones pueden ser también escritas o verbales, como ocurre en los debates. Cabe incluir entre escrituras dispositivas a la parte relativa de la sentencia.

La multitud de documentos que forman un proceso, exige su conservación y empleo, puesto que se destinan a ser consultados. El peligro de que en tales operaciones, los documentos sufran una dispersión, conduce a su reunión en volúmenes o fascículos. Además, no sería factible encontrar los fascículos singulares si no existieran registros de las respectivas anotaciones. Todo ello se regula en las leyes, a veces, en forma dispersa.

f) De esta tesis se podría elogiar su originalidad, la riqueza de sus invariaciones, la minuciosidad en los detalles y, sobre todo, su pragmatismo. Pero caben algunos reparos, restricciones, objeciones y francas oposiciones.

Desde la visión misma, que se encuentra limitada al derecho italiano, o quizás, la destacada influencia de la experiencia de un régimen particular, hasta la insuficiencia de ciertas nociones y la inconsistencia de los corolarios. Desde luego, de aceptarse las premisas, la documentación quedaría clasificada en auto y heterodocumentación, lo que haría desaparecer casi la diferencia entre documento e instrumento, porque entre hacer fe y representar, todo puede girar, no en torno al autor sino al suscriptor. Pero además, hay una arbitraria e incongruente definición del acta como heterodocumentación que describe hechos, porque la verdad es que puede efectuarse una autodocumentación si los hechos son propios, como al declarar que se ha sufrido un accidente y no una lesión por conducta punible de tercero.

En los casos simples la tesis podría operar eficientemente: si la disposición testamentaria va en un documento ológrafo, resulta que su autor la hace, redacta y escribe, y por ello es una autodocumentación. Pero si se complica la operación, la tesis deviene confusa. Cuando el testamento es dictado al notario en presencia de testigos, la suscripción es general y participan sujetos cuyas conductas son de difícil clasificación; a ello puede añadirse la expedición del testamento auténtico y eficiente, pero condicionada aquélla a la calificación de la persona encargada de copiar.

Hay limitación en esta doctrina, cuando intenta distinguir entre acta y relación. Puede acontecer que, no sólo en el derecho italiano, sino en otros ordenamientos, el secretario que forma el acta, escriba lo que ve y lo narre, en tanto que el notificador narre lo que ve; todo esto contradice lo sostenido por Carnelutti, pero aun suponiendo que él no hubiera destacado la subjetividad sino la tarea, nada impide formar un acta que para Carnelutti es descripción actual, en la cual se describa algo pasado como el convenio celebrado verbalmente con anterioridad, y que la relación que para este autor es narración de lo acontecido antes, tenga por objeto lo que se hace en el momento mismo.

Un acta y una relación, diferenciadas por su contenido, se vuelven a confundir en el documento del secretario que hace y que menciona también lo que otros hacen. Y como en estos casos, en los demás: inspecciones, memorias, instancias, requisitorias y declaraciones, la identificación se vuelve difícil en presencia del documento aislado.

Si la inspección fuera una simple dación de fe, bastaría aludir a su eficiencia; pero en la realidad, las inspecciones se pueden conectar con los dictámenes, y el juez que levante un acta no se restringirá a hacer fe, sino que avanzará hasta la representación, declarará, participará y aun constituirá. Memorias, y demás documentos que Carnelutti cita, tampoco son simples, esto es, usualmente confrontan la doble elaboración de la auto y la heterodocumentación.

En fin, la tesis puede contener virtudes en cuanto a la identificación o calificación de datos, pero no resulta aconsejable. En efecto, esa cosa, objeto de conocimiento que se alude con la palabra documento, se puede distinguir por varios factores, por ejemplo, en la exposición de motivos del código procesal civil federal mexicano, se precisa que el primer párrafo del artículo 202 reconoce el valor de las afirmaciones procedentes de la autoridad que formó un documento público, y el valor formal de las declaraciones o manifestaciones que ante esa autoridad hayan hecho los particulares. Se distingue entre: i) lo declarado por la autoridad dentro del límite de sus facultades, y ii) las declaraciones o manifestaciones cuya existencia puede ponerse en tela de duda.

Lo material liga a las partes, a quienes hicieron o asistieron al acto, a quienes declararon o manifestaron su conformidad, según lo dispuesto en el segundo párrafo del mismo artículo. Es este contenido el que resulta susceptible de simulación, y que puede ser impugnado judicialmente con fines de anulación.

También en los documentos privados, el artículo 202 considera las declaraciones o manifestaciones como prueba contra quienes las hayan hecho y se manifestaren conformes con ellas. Si el documento procede de un tercero, sólo prueba en favor de la parte que quiere beneficiarse y contra su colitigante, en el caso de que éste no lo objete; disposición del artículo 203, que distingue al autor del documento privado, como el sujeto por cuya cuenta se haya formulado, y que queda aclarada en el 204, al disponer que se reputa autor al de la suscripción, salvo lo dispuesto por el 206 en lo relativo a libros de comercio, registros domésticos y demás documentos que se acostumbra no firmar, y de los cuales debe tenerse como autor a quien haya formado su texto o por cuenta de quien se hizo.

La suscripción, para el legislador, es la indicación de que alguien se hace reconocer por el destinatario de un documento, esto es, el artículo 204 define la suscripción en vista del destino del documento, y

el párrafo tercero atribuye el texto del documento al suscriptor, aun cuando no haya sido escrito ni en todo ni en parte por él, porque la suscripción se entiende como aprobación de ese texto.

Cuando aparezcan alteraciones, adiciones o enmendaduras, ya no se imputarán a la voluntad del suscriptor, porque no se puede determinar el momento en que se hicieron. Por ello el párrafo previene que si no las escribió el suscriptor, no se reputan provenientes del autor del documento.

De otra parte, al hablar sobre las objeciones relativas a la suscripción y a la fecha, se distingue el caso en que estuvieren certificadas por notario u otro funcionario revestido de la fe pública. En este caso, el documento tendrá valor público indubitado. Como la finalidad de la objeción es que se demuestre la verdad de la suscripción o de la fecha, o el origen del documento, cuando la parte contraria se encuentre en rebeldía, la objeción se suple con el reconocimiento implícito; es por esto que el artículo 206 exige se llame al contumaz, y cuando el documento provenga de tercero, la verdad de su contenido habrá de demostrarse por un medio especial de confirmación.

Si no se discute el documento, la copia fiel produce los mismos efectos que el original; pero como puede contener errores, mutilaciones o agregados, el artículo 207 previene que las copias se cotejen con los originales en caso de duda.

De cuanto explica el legislador, se infieren algunas consecuencias importantes. Desde luego, un documento público contiene dos elementos de distinto valor: la formalidad de las declaraciones y manifestaciones, y la materialidad de la relación sustantiva vinculante.

El documento público, por hipótesis, proviene de una autoridad. Es su intervención en la elaboración del escrito lo que aparece con primacía estimatoria. Por haber colaborado en alguna manera, el documento hace fe, es decir: autentica. Pero el contenido vinculante, la relación sustantiva puede ser discutida sin menospreciar la autenticidad, el valor formal.

Si se aplicara la idea de Carnelutti, en este documento la ley habría distinguido entre la actividad autodocumentadora de las partes obligadas y la heterodocumentadora de la autoridad. Mientras el documento no sea tachado de falso en la heterodocumentación, hará fe plena, será auténtico. Pero ello no basta, es menester que el documento sea exacto.

Cualquier ejemplo es aleccionador. Ya sea un acta ante el ministerio público, un contrato ante el notario, documento que más que público debe calificarse de profesional; una auditoría, una declaración de ingresos, una liquidación, en fin, cualquier documento destinado a autenticar hace fe plena.

Cuando la autoridad o el agente profesional: notario, corredor, auditor, el médico que certifica la defunción, etc., forma el documento, narra y hace, en contra de lo opinado por Carnelutti. Ahora bien, el documentador tiene un límite: la participación del funcionario dentro de su competencia. La autoridad o el agente profesional, no intentan constituir o declarar relaciones jurídicas de las cuales sean titulares. Si intervienen es con el objeto de realizar un negocio,[773] es decir, la interferencia ordenada por la ley para perfeccionar la constitución o la declaración entre otros sujetos.

La autenticación se refiere a esa intervención, a esa participación del tercero ajeno a la relación sustantiva. Pero a renglón seguido, inmediatamente, el autenticador necesita dejar constancia de haber verificado, de haber confirmado el cumplimiento de las condiciones de su actividad autenticadora. Una declaración de ingresos recibe el sellado de la oficina receptora, ese sello le hace auténtica, pero no de la exactitud de lo declarado por el causante, tendrá que ser de la veracidad del hecho de declarar. La autoridad, al colocar el sello, convierte el documento en público, tan sólo por su intervención, por hacer constar su participación en el acto de declarar.

Asimismo, la auditoría lleva constancia de una actividad del agente y narra, no sólo lo que hizo, sino lo que otros hicieron. Su valor público u oficial, proviene de la intervención del agente; pero la exactitud de los datos, la corrección de las operaciones: asientos de una compraventa simulada como donación o viceversa, no le corresponden, no puede aseverar que acontecieron, sino que se afirman declarados.

Si faltan los sellos, si carecen los documentos de la firma de la autoridad o del agente, si, en casos particulares no van en el papel con las menciones formales, el documento pierde su valor formal y es susceptible de ser objetado como documento supuestamente público. Si la firma ha sido falsificada, si los sellos fueron puestos subrepticiamente, el documento en sí es falso, con entera independencia de su contenido.

En cambio, la relación sustantiva, como mención de algo sucedido, necesita exactitud: correspondencia entre lo asentado y la realidad que menciona. Simulación, fraude, colusión, error, dolo, violencia o mala fe no corresponden ya a la autenticidad, sino a la exactitud. El comprador que alega no haberse obligado a cierto pago sino a uno menor, o que afirma no haber comprado sino permutado, haber sido coaccionado o sufrido una lesión por mala fe, un equívoco en la mención de los objetos o de su valor; en resumen, quienes no estén conformes con el contenido ma-

773 De *Nec otium*, que significaría llenar un vacío, una laguna jurídica.

terial, objetarán, no la autenticidad del documento, porque ello equivaldría a negar la intervención del agente que le dio carácter público, sino la exactitud de lo relatado.

Viene a resultar que entre la teoría de Carnelutti y la disposición del código federal mexicano que se inspiró en el profesor italiano, hay serias discrepancias. Para el legislador, el suscriptor reconoce ser el destinatario del documento; para Carnelutti, el suscriptor puede ser mero heterodocumentador. Para el legislador el documento sólo **prueba** contra quien lo hizo o se mostró conforme, si es privado; para Carnelutti, basta que el escrito sea dispositivo y autógrafo para reconocerle valor.

En realidad, la cuestión de la auto y la heterodocumentación, en nada prejuzga sobre la valoración en el doble sentido, de autenticidad y de exactitud. Por ello, también el documento público, enteramente formado por la autoridad; puede ser objetado, pues la importancia confirmadora del documento no depende exclusivamente de su origen sino que interesa especialmente a su exactitud. El documento, cabe concluir, es confirmación por acreditar la participación de los suscriptores. En cambio, respecto al contenido sustantivo, la autenticidad es insuficiente. En estas circunstancias se apoya la teoría de los títulos de crédito. Cuando el documento se independiza de su causa jurídica, cuando por razones de las necesidades del tráfico social, se estima indispensable reunir autenticidad con exactitud, el documento se eleva a la categoría de autónomo. Ya no se busca, por disposición legal, el sentido confirmatorio; se traslada el problema al plano del nacimiento de las relaciones, y el documento en sí y por sí es bastante y es constitutivo.

Pero entonces, de mero documento pasa a ser título como causa, origen y constancia de un derecho. El beneficiario del título no necesita sino confirmar la autenticidad del documento, porque lo demás le es anexo, el derecho está en él constatado.

En esta confrontación entre la tesis de Carnelutti y la ley mexicana que en ella se apoyara, queda evidenciada la inoperancia de la primera. Tal vez deba replantearse el tema nuevamente, porque la más acabada doctrina habla todavía del documento como medio de **prueba** y **ad substantiam actus** o sea, necesario para la existencia y validez de un acto.

g) Un resumen a manera de conclusión en este campo, permite dejar establecido que el acreditamiento es una función confirmatoria de hechos y relaciones jurídicas.

Acreditar es dejar constancia de lo sucedido, ya se trate de un fenómeno natural o de un pensamiento, puesto que éste, de todas maneras tendrá que ser expresado para su conocimiento externo.

Los medios de acreditamiento van, desde el monumento en el que se plasman ideas significativamente, el registro en el que se captan las apariencias mismas de las cosas, las personas o los hechos; el instrumento en el que plasman simbólicamente las conductas constitutivas de relaciones jurídicas de una manera original, y el documento como simple escrito descriptivo.

La separación entre estos cuatro medios de acreditamiento, permite regular de manera diversa su formalidad y efectos. Por su carácter meramente significativo, el monumento necesita la precisión convenida por el legislador en las marcas industriales, o por la comunidad en las señales topográficas por ejemplo. De cualquiera manera, la naturaleza de las cosas prepondera en la monumentalidad, de ahí que una cerca de alambre no pueda ofrecer ni la consistencia ni la forma de una muralla.

En cambio, en el registro, el material, el procedimiento y el objeto a captar son igualmente importantes. El registro manual en el dibujo, el plano o el diseño, sólo se asemeja al registo fonográfico en el resultado de captación fenoménica; pero ambos se distinguen por el medio empleado, la índole del objeto registrado y el procedimiento para capturarlo. Fotografía y copia fotostática, un electrocardiograma y una impresión de huellas dactilares son todos registros, distinguibles en razón de los factores, pero igualables en lo que tienen de captación. La posible confusión que habría entre documento y fotocopia, se elimina al ubicar la segunda en el rubro de los registros, y de ahí que la ley muestre reservas tocante a su veracidad, pues si el medio de captación es técnico, su posibilidad de falsificación es de la misma índole.

El instrumento debe responder a la idea de protocolización. No se trata tampoco de eliminar la falsedad, pues esto no se logra ni siquiera tratándose de elementos calificados de públicos u oficiales. Lo que interesa o debe interesar en el enfrentamiento de los documentos y los instrumentos, es que en los primeros no va la relación jurídica primaria u original.

Es, probablemente, en este campo donde deben hacerse las más sutiles distinciones, pero la consecuencia justifica el esfuerzo. Se puede observar que en la doctrina no hay una exacta separación, y que se habla indistintamente de instrumentos y documentos; pero ya en Alsina se encuentra una idea prefectible, en cuanto considera que las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica son instrumentos.[774] Ahora bien, si a esta noción se añade el dato de su originalidad, se tendrá una escritura prístina que acredita una relación jurídica. Los demás escritos serían meros documentos, ya se trate de copias públicas o privadas, de parte o de ter-

774 *Tratado*, T. II, p. 290.

cero, porque en ellos no se plasma prístinamente la relación. Así pues, se llegaría a decir que una letra de cambio es un instrumento y sus copias meros documentos, que un contrato original es un instrumento como el expediente judicial, y sus copias o testimonios meros documentos o reproducciones.

Desde otro ángulo, se debe advertir que el problema de la autoría no se puede reducir a la autodocumentación y a la heterodocumentación como quería Carnelutti. En el registro de rayos X, en la huella dactiloscópica, en un electrocardiograma, lo que debe inquirirse es su pertenencia y no quien efectuó la captación técnica. Si la antigua copia manuscrita o mecanografiada era también un documento, la moderna fotocopia es por entero un registro.

Ya con anterioridad se conocía el fenómeno, de manera que no puede excusarse su correcta caracterización. Frente al caso de la imprenta, donde la pluralidad de ejemplares de periódicos, revistas y libros, produce un conjunto en el que la autoría viene a quedar perdida, es inadecuado tratar de contrastar la sola pareja de documentación: auto y hetero. La imprenta era ya entonces un medio de registro en cualquiera de sus máquinas, y hoy, cuando la contabilidad mercantil es llevada electrónicamente en las grandes empresas, no ya con los escasos tres libros del código de comercio, sino con innumerables auxiliares, tarjeteros, y máquinas clasificadoras, la idea de la copia se ha perdido.

En estas circunstancias, lo que interesa es, procesalmente hablando, la procedencia unas veces del pensamiento y otras de la imagen o reproducción. Si en ciertas empresas, por su escasa potencialidad económica aún se llevan libros de facturas, en otras las simples notas de caja han venido a suplir la constatación. Hoy es frecuente que una registradora electrónica expida el acreditamiento, lo mismo si detalla precio e impuestos, que si marca globalmente la operación mercantil. Pero de otra parte, ha aparecido la factura protestable [775] que remitida en duplicado lleva la firma del vendedor y la aceptación del comprador, de manera que en las operaciones internacionales aparece como un título de ejecución suscrito doblemente.

Por consiguiente, la separación entre los medios de acreditamiento lleva, en primer lugar, al abandono de las viejas tesis de la suscripción que sólo hablaban del documento, y en segundo lugar, a la disminución de la importancia que, también en este extremo, tenía la diferencia entre documentos **ad solemnitatem** y **ad probationem.** Lo que interesa verdaderamente es el hecho mismo de la constatación, y si para el caso del instrumento: creación original de una relación jurídica, se exigen en deter-

775 Fabio Konder Comparato, *Les factures protestables Etude compartive de droit français et brésilien*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, París 1968, pp. 23-32.

minadas circunstancias formas y requisitos especiales, estas condiciones no pueden regir en los supuestos de monumentos y registros. La autoría es sólo procedencia y su valor dependerá de la prueba misma.

192 Medios de mostración.

La presentación de cosas, hechos y personas tiene lugar en todos los procesos, pero si en lo civil permite al juez un contacto directo que le auxilia para tener un conocimiento más adecuado del objeto de la afirmación, en lo penal este medio ha permitido alcanzar un elevado grado de dramatización que asciende de la rueda de presos a la reconstrucción de hechos.

Según Devis Echandía, la inspección judicial consiste en el examen que el juez hace directamente del hecho que se quiera **probar,** para **verificar** su existencia, sus características y demás circunstancias, de tal modo que lo percibe con sus propios sentidos, principalmente el de la vista, pero también en ocasiones con su oído, su tacto, su olfato y su gusto.

Si la inspección recae sobre el mismo hecho que se quiere **probar,** es un medio directo de **prueba** y existe solamente un hecho. En cambio, si recae sobre otro que a su vez sirve de **prueba** a aquél, existen dos hechos y la inspección es **prueba** directa del hecho indicador o indicio y **prueba** indirecta del hecho indicado.

En esta actividad predomina la percepción del juez, mediante la cual conoce el hecho sin utilizar las percepciones de otras personas, aunque existe un razonamiento inductivo del juez, que le permite conocer qué es lo que percibe e identificar lo percibido. Tal actividad psíquica es tan rápida que algunos autores han dejado de avertirla y, consecuentemente, han defendido la tesis de que no se trata de un medio de **prueba,** porque sólo existe el hecho mismo objeto de la inspección que es evidente y no otro que le sirva de **prueba.** Pero en realidad, argumenta el autor, no se trata de que el hecho inspeccionado sea **prueba** de sí mismo, sino de que su **prueba** consista en su **verificación** por el juez y, por lo tanto, existe una actividad **probatoria.** La inspección es la **prueba** y no el hecho inspeccionado que es sólo el objeto de la primera.

Desde otro ángulo, la inspección es una **prueba** crítica o lógica, porque con ella no se trata de representar otro hecho, como ocurre con la histórica, sino de percibir directamente el hecho. Inclusive cuando la inspección versa sobre un hecho que sirve de indicio a otro, con ella simplemente se **verifica** la existencia del primero, sin que tenga función representativa, ya que el juez se limita a relatar el hecho inspeccionado. Si, posteriormente, al valorar las diversas **pruebas** el juez induce del hecho

objeto de la inspección la existencia de otro, se tratará de una función crítica subjetiva, de una operación lógica, sin que por ello el primer hecho sea la representación del segundo.

La inspección, agrega, es siempre una **prueba** formal porque tiene simplemente valor **probatorio** y no puede concebírsela como un requisito **ad substantiam actus.** Es, por lo general, una **prueba** plena o completa y simple del hecho observado, pero cuando versa sobre uno para cuya apreciación o identificación se requieran conocimientos técnicos, si el juez no está capacitado, será necesario complementarla con un dictamen de expertos y ya no se tratará de **prueba** simple sino compuesta de inspección y pericia. Esto no significa que no haya posibilidad de error, pero a quien lo alegue le corresponde probarlo.

a) Ha quedado establecido por Alcalá Zamora y Levene hijo,[776] que la denominación inspección es insuficiente, porque la llamada observación inmediata del juez por Manzini, [777] no se limita a mirar o contemplar, sino que se extiende a hechos tales como la reconstrucción del acontecimiento, sobre todo en lo penal.

Estos autores consideran pertinente establecer en esta parte de su estudio, la diferencia entre lo que prefieren denominar **averiguación** judicial y ciencia o conocimiento privado del juez. En realidad se trata de dos extremos bien distantes, pero ellos recuerdan que se ha discutido si el juzgador puede valerse del conocimiento que haya adquirido acerca de los hechos del proceso fuera del mismo, como particular o funcionario. Sobre el punto tendrá que volverse después, pero ahora conviene anotar que para Alcalá Zamora y Levene hijo, el problema ya se discutía en el derecho intermedio y la doctrina dominante entendió que el juez no podía hacer uso de su ciencia privada, en virtud del brocardo **secundum allegata et probata** y no **secundum conscientiam** que también menciona Manzini. Por tanto, aun dentro de la técnica de la libre convicción, los tratadistas mencionados descartan la aplicación del conocimiento privado, porque no se puede ser testigo y juez en el mismo proceso, y la convicción extraprocesal del juzgador se sustrae a la discusión y a la necesaria contraprueba. Sin embargo, la situación, dicen, cambia desde el punto de vista psicológico y puede influir en la ordenación, en la práctica y en la apreciación de los medios de confirmación. Tal contingencia es difícilmente evitable pero al sustituir la sana crítica por la prueba libre o libre convicción, cabe apreciar si el juzgador se ha servido de sus conocimientos privados y ello podrá permitir acudir al remedio adecuado, lo que no elimina la posibilidad de que un funcionario hábil, disimule el móvil de su decisión.

776 *Derecho procesal penal*, T. 111, pp. 57 y ss.

777 *Tratado*, T. 111, pp. 165 y ss.

Este problema ha sido ahondado en la doctrina norteamericana, y ya se ha mostrado la influencia que tienen los modernos medios de información en el proceso.[778] Aquí chocan el derecho de publicar e imprimir los acontecimientos históricos y el individual del debido proceso legal, que incluye una defensa y una imparcialidad indispensables, tanto en lo civil como en lo penal, especialmente en los juicios por jurado. Si el conocimiento privado del juez fue estudiado cuando provenía de hechos anteriores al proceso, ahora habrá que adicionar la circunstancia de que los casos que interesan a la sociedad, son comentados profusamente, y los informadores buscan por su cuenta datos y pistas que ofrecen al público, entre el que se encuentra el juzgador, que de esta manera queda prácticamente imposibilitado para sustraerse a una información y a una inteligencia de los hechos constitutivos del conflicto, que necesariamente influyen en su propio criterio. El fenómeno ha conducido al estudio de reglas administrativas, cánones éticos, normas de policía de las audiencias y un variado conjunto de disposiciones, que tratan de controlar la actividad de los protagonistas del juicio, desde las partes a los abogados y auxiliares. Tal vez esto no sea un remedio suficiente, sobre todo cuando la curiosidad pública se convierte en prejuicio general contra el acusado, pero se trata de un problema delicado en que versan derechos de elevado rango y sentido excluyente.

b) El reconocimiento puede tener lugar durante el proceso por antonomasia, y en procedimientos que le anteceden, como la averiguación policíaca o la llamada instrucción del sumario penal. Por ende, se habla de visitas domiciliarias e indebidamente se amplía el tema a las pesquisas en lugares cerrados.

La peculiaridad de la averiguación penal lleva a la doctrina y a la legislación, a tratar los medios de mostración con respecto a un procedimiento que no puede jamás ser elevado a la categoría de proceso. Y así, para la reconstrucción del llamado **cuerpo** del delito, se previene que el pesquisidor asiente en acta las huellas materiales y medios de perpetración de la infracción punible: el veneno utilizado en el homicidio, el dinero sustraído, la cerradura forzada, narración de las heridas recibidas por la víctima, la posición del cadáver y la dirección de los rastros de sangre y otros que se encontraren, la descripción del lugar con mención de los detalles, el levantamiento de planos y el retrato de las personas, la copia de efectos e instrumentos; se ordena recoger armas y materiales del delito y aun se manda dejar constancia de si ha habido sustracciones o desaparición de medios de confirmación de los hechos, y además se tomarán declaraciones de testigos y, cuando fuere necesario o simplemente convie-

778 Columbia University Press, *Radio, television and the Administration of justice*, N. Y. 1965

ne, se procederá con ayuda de peritos; se puede ordenar que el cadáver se exponga al público si su estado lo permite y por un lapso determinado, se recogerán las vestiduras y objetos en él encontrados; se llevará a cabo la autopsia para determinar el origen del fallecimiento; en caso de lesiones se determinará su importancia, la posibilidad de curación y en qué tiempo, los órganos afectados o mutilados, las consecuencias para la salud o capacidad de la víctima, y demás circunstancias que determinen la gravedad del delito. En fin, en cada tipo de delito se aplicarán reglas especiales para conservar memoria de lo acontecido o de sus resultados; y a ello deben añadirse disposiciones sobre el presunto culpable; su identificación que puede hacerse en rueda de presos, colocando en una fila a la persona indiciada y a las que deben acompañarla, sin disfraces ni aditamentos que les desfiguren, con vestimentas semejantes y procurando que todos pertenezcan a la misma clase social, y el declarante habrá de reconocer al dicho indiciado, después de examinar detenidamente a todas las personas. Estos hechos se hacen constar en acta y a ella se agregarán registros tales como las huellas dactiloscópicas.[779]

Puede advertirse fácilmente que en esta enumeración van involucrados medios de confirmación de distinta calidad, desde registros a verdaderas pruebas periciales, y desde documentos, instrumentos o declaraciones, a simples mostraciones. Estas últimas son, en realidad, bien reducidas, y no pasan de lo que el juzgador pueda observar directamente; pero el extremo particularmente interesante es que, al menos en lo penal, al pertenecer al conocimiento privado del investigador, no son medios de confirmación de afirmaciones contenidas en pretensiones procesales, de manera que su naturaleza material no puede conducir a una asimilación con lo que surge en el proceso contradictoriamente. Mientras no se haga la mostración en presencia de las partes y debatidamente, se podrá hablar de datos encontrados por el pesquisador, que podrían ser mostraciones si hubiera juicio, pero que no son medios de confirmación procesal.

c) Ya Silvestre Moreno Cora[780] recordaba que se había puesto en duda por la doctrina, que la inspección judicial fuera prueba, pero se invocaba que el reconocimiento del juez no era entonces, sino una manera de consignar el hecho que caía bajo sus sentidos.

Colocado este autor en una posición que años después tomaría Carnelutti, estimó que la circunstancia de que los códigos civiles, al tratar de la prueba de las obligaciones, no enumeraran el reconocimiento judicial, ni el dictamen de peritos, significaba un argumento de la mayor importancia para negarles carácter de prueba. Al mismo tiempo, Moreno Cora re-

779 Cfr. Alcalá Zamora y Levene hijo, *Derecho procesal penal*, T. II, pp. 370 a 380 y 387 a 392.

780 *Tratado de pruebas judiciales*, Cit., pp. 400 y ss.

cordó que en el derecho español, el antecedente se remonta a la Ley 13, del Título 14 de la Tercera Partida, en la cual se pone de manifiesto que en ciertos casos debe acudirse a este medio para resolver con acierto, sobre todo cuando los hechos no requieren conocimientos especiales, lo que, para Caravantes, distingue inspección de pericia.

Ambos autores sostuvieron que el reconocimiento debe realizarse con ciertas solemnidades, pues no basta que el juzgador conozca con exactitud los hechos o el estado de las cosas, como podría hacerlo cualquier particular, sino que el conocimiento debe ser el resultado de diligencias y procedimientos seguidos conforme a la ley. La sentencia deberá razonar el valor de la mostración, para ofrecer a la sociedad los caracteres de su justicia.

Y sobre su ciencia privada, el autor comentaba [781] que puede sospecharse del juez como hombre, por la ley que aplica como magistrado. Si quiere ser testigo, que se quite la toga, que preste su protesta, que se someta a las preguntas de los magistrados y de las partes, quienes podrán discutir sus declaraciones; pero que no condene por una persuación secreta que no pueden combatir los litigantes y cuyas razones ignora también el público.

A estos argumentos se añade que el fallo puede estar sujeto, bien a una segunda instancia por vía de apelación, o a un control como el constitucional de amparo, y que es también factible que el juez de la inspección no sea el de la sentencia, bien porque actúe como delegado o en aplicación del principio de cooperación judicial a través de exhortos. Los hechos deben en consecuencia certificarse, hacerse ciertos de acuerdo con la realidad contemplada y descrita por quien reconoce.

Es por esto que la inspección suele efectuarse con citación de las partes, quienes, indicaba el autor, podrán asistir a ella y hacer por sí mismas o por medio de sus abogados, las observaciones que estimen oportunas, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente, que obrará como uno de los medios de confirmación en el juicio.

d) Lessona [782] ha dicho que el reconocimiento judicial es un acto, en virtud del cual se traslada el juzgador al lugar a que se alude en la contienda o se encuentra la cosa que motiva el litigio, para obtener por la inspección elementos de convicción. Para comprender su importancia, basta aludir a las hipótesis en que se demanda el interdicto de obra nueva o ruinosa, o bien aquellas en que se alega la existencia o inexistencia de algunos signos materiales que son indicios de derechos reales.

781 Op. cit., p. 403.
782 Op. cit., T. V, pp. 7 y ss.

Sin embargo, el traslado del juez no es consustancial, porque puede acontecer que el objeto se lleve para su examen al tribunal. En este supuesto no aparece propiamente una inspección sino una exhibición, a pesar de lo cual, Lessona admite que se lleva a cabo un reconocimiento que produce resultados semejantes a la inspección.

Los efectos de esta inspección, cuando se haya practicado con las garantías de publicidad y controversia, son idénticos a los del reconocimiento judicial, siendo idéntico también su valor lógico.

Contra quienes se apoyan en el principio procesal, según el cual debe decidir el juez conforme a lo alegado y probado por las partes, Lessona sostiene que el reconocimiento, como obra personal del juez, no es extraño a sus funciones, pues la máxima no prohibe sino la información secreta.

Coincide, por tanto, su doctrina en la idea objetiva de practicar la inspección con las garantías de publicidad y discusión, sin las cuales la confirmación se convierte en conocimiento privado desprovisto de eficiencia jurídica.

De aquí, expresa el autor, que si un tribunal colegiado, o uno de sus miembros, o el juez único, sin que una resolución judicial ordene el reconocimiento, se trasladase privadamente al lugar controvertido para procurarse conocimiento privado para decidir, la sentencia sería nula cuando los fundamentos de la misma resultasen de los conocimientos de hecho adquiridos de aquel modo ilegítimo.[783]

Pero la inspección sólo procede cuando sea absolutamente indispensable, según legislaciones modernas como la francesa, la italiana o la española, principio que suelen atemperar al disponer que la necesidad existe cuando una o ambas partes son quienes piden la constatación.

En cuanto al objeto del reconocimiento, pueden ser, tanto las personas como las cosas. Lo primero para los casos en que se cuestiona la habilidad o identidad jurídicas. Lo segundo se subclasifica en inspección de muebles e inmuebles. En la cosa mueble se suele someter a reconocimiento la calidad, la cantidad o datos semejantes y aun el cotejo de firmas, caso que el régimen italiano restringe de varias maneras, pero sin lograr que pase a su sector natural que es la pericia.

Estos supuestos muestran sendas hipótesis de posibles inspecciones en la sede misma del tribunal, lo cual no puede ocurrir con el reconocimiento de inmuebles, por lo que suele comisionarse a un actuario judicial, quien levanta el acta respectiva con asistencia de las partes o testigos.

e) En la legislación mexicana, el único código con exposición de motivos, que es el procesal federal, expresa en lo conducente que la fijación

783 Op. cit., T. V, p. 10.

de elementos de hecho indispensable para decidir, puede lograrse, de la manera más efectiva, por el directo examen de cosas o lugares; practicado por los tribunales mismos.

La pertinencia de la mostración es conveniente dejarla tanto a la discreción de las partes como de los jueces, porque, si aquéllas tienen interés en que se conozca la verdadera situación debatida, igual lo tienen los segundos, para poder cumplir con su cometido, con el mínimo peligro de error; y precisamente puede un tribunal observar que se disiparían sus dudas con sólo practicar un simple reconocimiento, en el que tal vez las partes no hubiesen pensado.

En el examen judicial, para ser eficiente, no han de versar cuestiones de orden técnico, sólo está indicado el reconocimiento en presencia de las partes, para que puedan suministrar al tribunal los informes que se les pida, y le faciliten la práctica de la diligencia; pero si, aparte de los datos susceptibles de simple apreciación judicial, se ofrecen complicaciones de orden profesional, que el tribunal comprenda que no podrá apreciar debidamente sin el auxilio pericial, aunque esta última prueba no se haya ofrecido por los interesados, puede, de oficio, ordenarse por el tribunal, en uso de las facultades concedidas por los artículos 79 y 80, sin que las partes puedan pretender nombrar peritos para el caso, porque sólo tienen el poder y el deber de hacerlo cuando se trate de pruebas ofrecidas por ellas, en atención a que sólo entonces, ellas fijan los cuestionarios que han de someterse a los peritos, y en cambio, en el caso, el tribunal es el que fija los puntos respecto de los cuales requiere el auxilio pericial.

Esta ley no precisa el lugar en que ha de practicarse la inspección porque existen objetos que pueden llevarse sin dificultad y sin daños al tribunal, en tanto que otros, por su volumen o las condiciones de su especial naturaleza, no es prudente o es imposible trasladarlos a la presencia judicial; por esto, son los tribunales quienes deben decidir si el objeto les ha de ser llevado para su examen, o si ha de trasladarse el personal al lugar en que se encuentren, para la práctica de la diligencia. Si se juzga necesario dejar constancia gráfica de los datos que fueren materia del examen, y no sólo de la mera relación verbal del reconocimiento, pueden levantarse planos o tomarse fotografías de los lugares u objetos inspeccionados. Los artículos 161 a 164 contienen las disposiciones sobre la materia.

Tal parece que este legislador tomó en cuenta el criterio de Moreno Cora, cuando sostenía que peritos y juez, aunque personalmente diversos, constituyen una sola entidad jurídica, al grado de que en caso de condena fundada en dictamen pericial, sería difícil declarar quién era el autor de la misma. Esa combinación del juez y del perito, se observa en la ley mencionada, en cuya exposición de motivos se llega hasta precisar la facultad del juzgador de hacerse asistir de asesores.

En cambio, el legislador no respetó las conclusiones de Moreno Cora al expresar que habiendo tan estrecha relación entre estos dos géneros de confirmación, y en vista también del carácter anómalo que tienen los peritos, la ley prositiva ha debido prever todas las emergencias que podrían surgir y tomar todas las precauciones posibles para garantizar de la manera más eficaz los derechos de los litigantes.[784] El autor señalaba tres puntos atendibles: aseguramiento previo de los conocimientos de los peritos, de su imparcialidad y determinación de la prevalencia de alguno de los criterios formativos del fallo; el dictamen o la opinión del juzgador para el caso de contradicción. Se puede decir que sólo el último punto ha sido resuelto y en favor del juzgador, olvidándose las restantes garantías y violándose el principio del contradictorio y el de presentación de parte, puesto que las mismas han perdido el derecho de impugnar la pericia oficial, con dictámenes rendidos por técnicos nombrados oficialmente. En esa falta de posibilidad de contradecir, pueden asentarse todas las arbitrariedades judiciales bien conocidas.

193 Medios de convicción.

Ante todo debe distinguirse entre la convicción como fenómeno psicológico, interno en el juzgador, y los medios jurídicamente admitidos para convencer. La convicción puede formarse por impresiones provenientes del exterior: pruebas, mostraciones y acreditamientos; o bien por elaboraciones personales en la reflexión. La convicción abarca hechos y derecho, de manera que se puede estar convencido de que una norma estipula cierta conducta o determinada consecuencia, al igual que cabe estar convencido de que los hechos acontecieron de determinada manera y no de otra. La convicción es natural del ser humano, de manera que cualquier sujeto, simple asistente a un tribunal como espectador, puede llevarse la convicción de la culpabilidad o inocencia del acusado, con entera independencia del pronunciamiento judicial.

Aparte del fenómeno psicológico de la convicción, se encuentran los medios de convencimiento, las presiones sobre el juzgador legalmente reguladas como pueden ser las confesiones o los testimonios. Su influencia puede ser graduada **a priori** o puede remitirse a la discrecionalidad del juez, lo que importa es que estas conductas tienen un peso jurídico, un cierto valor, aunque sea mínimo, y aunque finalmente, el juzgador rechace su contenido.

La convicción opera naturalmente, de manera que sería casi imposible omitirla cuando no hay otro camino para llegar al conocimiento de los hechos. Por eso los medios de convicción se apoyan en la credibilidad, y

784 Cit., p. 406.

cuando ésta es determinante, como en el juicio por jurados, casi todos los medios de confirmación se vuelcan en la oralidad de las declaraciones, como acontece en el derecho angloamericano.

La explicación de la necesidad de los medios de convicción, se encuentra en la circunstancia de que las relaciones privadas son fundamentalmente consensuales, su forma es la inmediata oralidad y en ocasiones la simple realización de conductas consuetudinariamente estimadas como expresiones de una vinculación jurídica. Y en el orden público, la comisión de delitos, ha sido indicado antes, no es acompañada por lo general de otras formas de conocimiento que la presencia de testigos y, obviamente, la directa afectación de la víctima. Tal vez quien cometa un fraude deje huellas que acrediten documental o instrumentalmente su intención dolosa; pero es más seguro que el delincuente, sobre todo el profesional, procurará eliminar todo rastro que le señale como el autor de la infracción punible.

La estricta vinculación en las relaciones privadas, y el sigilo en la delincuencia, son las fuentes de las conductas que requieren la información de las declaraciones subjetivas. En los casos restantes, las participaciones de conocimiento vienen a completar el cuadro de los medios de confirmación, y entonces la confesión o los testimonios entran en conexión con los resultados de la prueba, la mostración y el acreditamiento, y en esa virtud han de aparecer como elementos a combinar con un conjunto, del que saldrá la convicción general del juzgador.

Por tanto, el problema más grave, tratándose de medios de convicción, no radica en la calidad de los sujetos que declaran, sino en la ausencia de otros medios de corroboración de sus dichos. Cuando se invarían declaraciones y otras constancias procesales, el juzgamiento se facilita por el contraste de informes y resultados.

a) Para Devis Echandía[785] el testimonio humano en general, tanto el que proviene de terceros como de las partes en el proceso, pertenece a las clases de **pruebas** personales e históricas o representativas. Se suele denominar testimonio a la declaración de terceros, y calificar de confesión a la declaración de las partes; pero ninguna de las dos expresiones tiene ese sentido limitado, porque la parte que declara rinde un testimonio y no todas las veces hace una confesión.

Se suele confundir, agrega, a la declaración de parte con la confesión, pero es indispensable separar la dos nociones, pues la primera es el género y la segunda una de sus especies; es decir, toda confesión es una declaración de parte, pero ésta puede contener o no una confesión.

785 Op. cit., pp. 215 y ss.

Las declaraciones de parte pueden ocurrir de diferentes maneras y para fines diversos, y por ello las califica en: i) declaraciones procesales y extraprocesales; ii) documentales y orales; iii) espontáneas o por iniciativa propia y por interrogatorio; iv) informales y formales; v) con fines probatorios y con fines aclarativos o informativos; vi) obtenidas con interrogatorio libre o informal y por interrogatorio regulado o formal del juez o del adversario; y vii) como especie separada, el llamado juramento.

Conforme a su exposición, para que exista confesión en general, es decir judicial y extrajudicial, debe ser una declaración de parte, personal a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro, debe tener por objeto hechos favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante, debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento de hechos ajenos, la declaración debe tener siempre una significación **probatoria,** debe ser consciente, expresa y terminante, de sujeto jurídicamente hábil, no ser el resultado de tratamientos violentos o artificiales y debe ser seria.

Por juramento, dice,[786] se entiende la afirmación solemne que una persona hace ante un juez, de decir la verdad en la declaración que rinde, y hay juramento ante autoridades administrativas o de policía. El juramento puede ser decisorio cuando una parte o la ley defiere a la declaración juramentada de la otra, la decisión sobre los hechos discutidos. El estimatorio se presenta cuando la ley acepta como **prueba** el juramento de la parte beneficiada por tal acto. Se habla de juramento legal cuando es deferido directamente por la ley, y el decisorio toma la denominación de supletorio cuando es deferido por el juez y suple una **prueba** que por renuencia de la otra parte no se practica. En la actualidad se considera al juramento como medio de **prueba** de naturaleza testimonial, como una declaración de ciencia similar a la confesión.

En cuanto al testimonio,[787] es un acto procesal por el que una persona informa a un juez lo que sabe sobre ciertos hechos. Está dirigido siempre al juez y forma parte del proceso o de diligencias procesales previas. En el derecho contemporáneo se acepta el testimonio de parte con fines probatorios, el cual puede contener o no una confesión; sólo en sentido estricto se limita el concepto a la declaración de terceros en el proceso civil, pero en el penal se admite el de parte civil o lesionada por el delito.

b) Los medios de convicción se caracterizan por la fe que naturalmente merecen las comunicaciones humanas. Esto lleva a agrupar en el rubro, un cúmulo de manifestaciones que hasta ahora han sido contrastadas considerando aspectos o detalles de géneros preformados acríticamente.

786 Cit., p. 307 y ss.
787 Id., pp. 315 y ss.

Así, se suele enfrentar la declaración del testigo con el documento, observando la oralidad del primero y la escrituración del segundo; pero no ha podido eliminarse el hecho de que oralidad y escritura sirven de la misma manera aunque con diversa forma a la declaración.

Ningún régimen jurídico puede hacer caso omiso del testimonio escrito, por más que en ciertos países se dé mayor importancia a la declaración oral. Es indudable que en determinadas condiciones, se hace prácticamente imposible la comunicación verbal, y entonces tiene que admitirse la eficacia de la escritura, de una manera semejante a como tendrá que aceptarse el lenguaje por señas entre los sordomudos.

En consecuencia, la raíz común que ha de tenerse en cuenta en los medios de convicción, es, tanto el hecho de la comunicación de persona a persona, como la confianza que merece el dicho ajeno. La coexistencia de estos factores permite separar otros medios de confirmación, que desde ángulos diferentes pueden aproximarse. Así, el acreditamiento es un medio que invoca la confianza, pero esto no es lo relevante en los monumentos, instrumentos y documentos, sino el dato de la certeza.

La confianza en el dicho ajeno se mira en la confesión y en el testimonio, pero también en la fama pública, en la dación de fe y en la certificación de escritos. Las diferencias que van de un caso al otro y al siguiente, permiten la clasificación, sin llegar al establecimiento de géneros independientes.

De otra parte, dentro de cada figura aparecen manifestaciones que han llevado a la legislación a una enumeración casuística injustificada, porque si la confesión se expresa por escrito, como respuesta a una pregunta o como la absolución de posiciones, lo que cambian son datos secundarios y sin mayor trascendencia, porque si la tienen es en el sentido de obstaculizantes formulismos. Es verdad que en este extremo, se ha llegado a hablar de una **ficta confessio,** fenómeno tan opuesto a la declaración como lo es el silencio; pero aquí cabe una explicación técnica que puede apoyar en cierta medida la regulación positiva. En cambio la separación de tipos de confesión por su forma de obtención, es contraria a la economía procesal y manifiestamente perjudicial a la eficiencia jurídica, que no ha de depender tan enteramente de la forma que convierta la expresividad en formulismo sacramental.

De lo anterior se infiere que en el estudio de los medios de convicción, se ha de detener la atención en las diferentes expresiones de la comunicación confiable, ya porque las leyes hayan efectuado una clasificación tradicional, bien porque las distintas formas ameritan sendas explicaciones, por lo menos de su posibilidad de aparecer como actividades dentro del proceso. Y, marginalmente, debe advertirse que si secularmente se viene haciendo otra clasificación en actos judiciales y extra-

judiciales, aunque la materialidad de las conductas no cambie, es obvio que varía notablemente la eficiencia jurídica, porque el interés en todo este análisis está en precisar la importancia que para el juzgamiento tienen los medios de convicción empleados en el proceso.

c) En primer lugar aparece la confesión.

Su caracterización es tema obligado en cualquier estudio de la confirmación procesal, de manera que bastará recorrer al azar las obras de este género, para encontrar las explicaciones relativas.

Para Juan Emilio Coquibus,[788] la confesión es la declaración o reconocimiento que hace una persona, atribuyéndose un hecho propio, que prestada ante un juez competente que entiende en la causa, **prueba** acabadamente el delito. Ineludiblemente produce consecuencias contra el procesado y no debe ser confundida con la indagatoria. En sentido general y amplio es el reconocimiento de la verdad, concepto que concuerda con la raíz etimológica de la palabra, que deriva de **fari** y **fateri**, y éstas de **bha**, que significa brillar. Confesión sería la declaración que hace brillar la verdad o la pone de manifiesto. La indagatoria, en cambio, es la relación que hace el procesado cuando es llamado por el juez de la causa, en la oportunidad establecida por el código, y como dice Jofré, no es divisible ni indivible.

Según Miguel Fenech,[789] la declaración del imputado es un acto procesal en virtud del cual, éste emite una declaración de conocimiento sobre los hechos que se le imputan como consecuencia de un interrogatorio judicial, preceptivo para el titular del órgano judicial, y encaminado a formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos en que ha de fundarse su decisión sobre el objeto del proceso.

Afirma Pedro Ellero,[790] que la confesión es una declaración, un testimonio, para algunos clásico, para otros sospechoso, según los puntos de vista diversos desde los cuales se considera. Para este autor, la deposición judicial del reo no es ni más ni menos que la de cualquiera otra persona; por lo tanto, está sujeta a las mismas reglas. Sin embargo, en cuanto admite el delito es confesión, en su propio y peculiar sentido, constituye un acontecimiento en sí grave que merece especial consideración. A la confesión se le llama la revelación de un delito por su autor, y puede ser completa si se refiere íntegramente al delito o incompleta cuando alude a alguna de sus circunstancias.

788 *Teoría y práctica del derecho procesal penal*, Bs. As. 1952, T. II. p. 160.

789 *Derecho procesal penal*, T. 1, p. 795.

790 *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Trad. Adolfo Posada. Madrid 1900, pp. 203 y ss.

Para el siempre citado Lessona,[791] en materias religiosas la palabra confesión ya significa el hecho de profesar un culto determinado, o según el catolicismo, cierto sacramento que las leyes de la Iglesia definen y regulan; en cuyo último significado reside el concepto que los juristas tienen de la confesión. Según Varrón, no existe la confesión cuando no concurren dos elementos: que se convenga con otro en la verdad de algún hecho sobre el que ha sido interrogado, y que se reconozca como un hecho útil a tercero. La confesión puede ser judicial o extrajudicial, espontánea o provocada por interrogatorio de la parte contraria o por el juez directamente; por la que una parte capaz de obligarse y con ánimo de procionar a otra una **prueba** en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos.

Gabriel Medina López[792] recuerda que el canon 1750 llama confesión judicial a la afirmación de un hecho realizada ante el juez por una de las partes en contra de sí y en favor del adversario, sea por escrito o de palabra, sea espontáneamente o a requerimiento del juez. Hay, agrega el autor, varias clases, desde la judicial y la extrajudicial, a la pura y simple cuando se reduce a admitir los hechos que perjudican sin añadir o cambiar algo; la compuesta cuando se agregan hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el que se discute; y calificada cuando se adiciona el hecho escueto con notas que hacen variar su contenido. La confesión calificada, a su vez, puede ser divisible o indivisible, lo primero si añade hechos distintos y separados; lo segundo si son concernientes al mismo hecho. Esta confesión, si es prueba única es indivisible; pero si no lo es, la parte modificadora puede ser destruida por argumentaciones en contrario.

Carlos Escribano,[793] comentando el régimen legal argentino en materia de divorcio, sostiene que el concepto jurídico de la confesión es más restringido que el gramatical. No hay confesión propiamente dicha, por ejemplo, en la que se hace a terceros, carente del **animus confitendi**, ni en la que está desprovista de cualquiera de los demás requisitos exigidos por la ley para configurarla. Tampoco se confiesa **strictu sensu** con el silencio, cuando no hay obligación de responder. Las declaraciones y silencios de las partes, que no llegan a confesiones propiamente dichas, valen como tantos otros indicios incorporados a la causa.

Carnelutti[794] parte del testimonio, ya que, en todo caso, se trata también de una narración de hechos. Pero la confesión es un testimonio vincu-

791 Op. cit., T. I, pp. 384 y ss.

792 *Sistema probatorio canónico y notas concordantes con el derecho positivo colombiano*, Bogotá 1968, pp. 43 y ss.

793 *La confesión extrajudicial*, Trad. Antonio Segura Sánchez, Barcelona 1961, pp. 10 y ss.

794 *La prueba civil*, Op. cit., pp. 134 y ss.

lante, que desde luego, no puede referirse al derecho, porque si el confesante afirmase la existencia de una consecuencia jurídica de una norma que no existe, el juez no quedaría en manera alguna vinculado por ella. La confesión no es más que la mención abreviada y sintética de hechos simples. El resultado más próximo de la indagación hasta ahora realizada, se puede hallar en el muy delicado tema de la distinción entre confesión y reconocimiento. En general, la distinción se asienta sobre el contenido de la declaración, el cual sería el hecho en la confesión y el derecho en el reconocimiento ; la primera se concibe como un reconocimiento de hechos y el segundo como una confesión de derechos.

Sin embargo, añade, subsiste en la doctrina la confusión, y al hablar de la figura extrajudicial, se intenta amalgamar reconocimiento con confesión. En definitiva se puede reconocer un hecho sin reconocer el derecho que de él derive; pero no cabe reconocer un derecho que derive de un hecho, sin reconocer el hecho mismo. Por tanto, concluye, hay que reconocer que un hecho capaz de producir consecuencias jurídicas se puede afirmar, tanto narrándolo en sus detalles, como indicándolo mediante su definición jurídica o bien reconociéndolo mediante la indicación de su consecuencia jurídica. Entre estos tres diversos modos de afirmación del hecho, existe únicamente una simple diferencia de forma, debida a que el hecho es progresivamente representado con fórmulas ascendentes de lo particular a lo general, o sea mediante definiciones cada vez más amplias.

La confesión tampoco queda reducida al reconocimiento de hechos. Hace falta distinguirla entre las dos formas de declaración: representativa y de voluntad. El tema es complicado, pues según Carnelutti,[795] el confesante no quiere únicamente declarar la verdad, sino que quisiera fijar el hecho con independencia de ella; pero esto no impide que lleve a cabo su propósito mediante una declaración representativa; es decir, mediante un testimonio. El autor está de acuerdo en que la declaración resulta, por tanto, un negocio jurídico procesal; pero este aspecto se refiere a la eficiencia de la declaración y no a su estructura, que permanece siempre testimonial.

Por tanto, agrega, si se quiere buscar la antítesis de la declaración testimonial, no hay que buscarla en la declaración de voluntad, que es término de género apto para incluir también a aquélla, sino en una especie de declaración de voluntad diferenciada de la misma por su efecto específico. Precisamente, la declaración testimonial es una declaración no representativa y toda declaración representativa dirigida a conseguir un efectos diverso, es una declaración no testimonial. De no aceptar esta designación negativa, acaso cupiera hablar de declaración constitutiva, frase que no le parece apta para significar la virtud de la declaración que no

795 Op. cit., pp. 140 y ss.

se limita a la fijación de un hecho, sino que se concreta en la constitución **ex novo** de un hecho jurídico consistente en la declaración misma, y de ahí que los efectos sean mediatos para la declaración testimonial, puesto que se consiguen tan sólo a través del hecho fijado, mientras que son inmediatos para la declaración constitutiva, en cuanto derivan de ella directamente.

Según esta tesis, el testimonio del sujeto indiferente al litigio atañe a la simple fijación del hecho, la confesión se extiende a producir consecuencias autónomas, como derivadas de la propia declaración y no de lo declarado. La diferencia entre el reconocimiento común, como el que hace un padre de su hijo, y la confesión, está en la función; la confesión opera para el proceso, el reconocimiento para el derecho sustantivo, aunque el contenido de ambos sea semejante.

Pero en Carnelutti se echa de menos un punto de la confesión, la fijación de los hechos con efectos constitutivos necesita de algo más; requiere la mención de la intervención del sujeto que confiesa en la producción de esos hechos. No basta admitir que un acontecimiento se ha realizado, es indispensable aprovechar la responsabilidad del sujeto que declara o testimonia en su perjuicio, y ello sólo es factible cuando los hechos han sido producidos con su intervención.

Es precisamente la diferencia de calidad del sujeto, que proviene de su intervención, no sólo en los hechos, sino en las consecuencias litigiosas de ellos, que se distingue entre testimonio y confesión por la procedencia de la declaración.

c) Particular importancia para el tema tiene el estudio de Vincenzo Panuccio,[796] quien recuerda la concepción doctrinal más antigua, aislable en dos corrientes principales que se oponían a concebir la declaración confesoria como fenómeno meramente procesal y probatorio, o sustancial y propiamente negocial.

Ya en los tiempos de la codificación unitaria italiana, se afirmaba el carácter convencional, es decir contractual, de la declaración confesoria, y sobre él se fundaba la especial fuerza **probatoria.** Tal configuración fue acogida en tratamientos difusos y bien pronto se manifestaron voces de disensión a las que se adhirieron los estudiosos de la procesalística italiana como Mortara, Chiovenda, Coviello, Diana y Carnelutti.

La tesis de la confesión como convenio que se llamó negocio jurídico, sirvió para acentuar la distinción entre la judicial y la extrajudicial, lo que trajo consecuencias prácticas, sobre todo para la impugnación por simulación que no se admitió contra la forma judicial. Este criterio se ha

796 *La confesión extrajudicial*, Trad. Antonio Segura Sánchez, Barcelona 1961, pp. 10 y ss.

reiterado modernamente, insistiendo que se trata de un negocio y no de un contrato, de una declaración unilateral que no necesita aceptación y que produce sus efectos luego de recibida.

Los defensores de la tesis negocial debieron configurar la confesión como declaración de voluntad; pero sus opositores entendieron que lo que la declaración confesoria tiende a expresar y a comunicar, no es la voluntad del sujeto dirigida hacia un fin práctico, sino la mera verdad de un hecho y de una situación de hecho. A la figura del negocio se vino a contraponer clara y típicamente la de confesión como declaración de verdad, o de ciencia y conocimiento.

En síntesis, dice,[797] las posiciones asumidas por la doctrina implican dos tesis que configuran a la confesión, respectivamente, como fenómeno **probatorio** o como fenómeno negocial. En el ámbito de la teoría negocial se distinguen, después, dos direcciones, según que se hable de negocio bilateral, es decir de contrato, o de negocio unilateral. En el fondo, las tesis negociales sostienen que debe existir la voluntad del contenido del acto, es decir, que el confesante quiere el contenido de la confesión que tiene función dispositiva, y el hecho queda establecido con sus consecuencias jurídicas, incluso si por azar la confesión no es verídica. Aquí, dice Panuccio,[798] recobra actualidad una vieja idea, la del **animus confitendi.** El contenido de la voluntad confesoria, lo deseado, viene investigado en el **animus confitendi,** en un **animus** del todo especial, como enseña la historia del instituto. El **animus confitendi** concretaría una voluntad que no es tan sólo aquélla de declarar, de emitir la declaración confesoria, sino de obtener mediante la declaración un resultado jurídicamente relevante; este resultado se define de varias formas, pero de cualquier modo que se entienda, no va más allá de los límites de una simple enunciación y reconocimiento de hechos. Pero una voluntad que sea enderezada a obligarse, a suministrar una **prueba,** a resignarse a no contestar, a asegurar y fijar la situación jurídica preexistente, no es más que una simulación; ella viene puesta en duda y negada por quienes configuran la confesión como una declaración de ciencia. El concepto reposa sobre una idea no fundada ni en la tradición histórica ni en los textos legales. Una tesis más moderna mantiene el requisito del **animus** pero ve en él solamente la conciencia de la naturaleza desfavorable del hecho. En este sentido, el **animus** no escapa del ámbito de la voluntad de la declaración de un sujeto conciente de su naturaleza desfavorable.

d) Es, pues, el estudio de Panuccio una de las más serias contribuciones al análisis de la figura. Desde luego advierte que tratándose de la confesión extrajudicial, los civilistas han estimado que se trata de un

797 P. 12.
798 Cit., p. 17.

fenómeno sustancial y no procesal. Al tomar este punto de vista, con independencia del resultado a que se llegue, se ofrece un problema previo del mayor interés: si la confesión es un hecho único o no.

El estudio unitario, dice el autor, [799] mantuvo en la penumbra que la confesión extrajudicial no puede ser equiparada a la forma judicial, pues debe prevalecer el elemento sustancial mucho más que en una declaración judicial.

En el plano civilístico y, podría agregarse, en el extrajudicial penal, será natural considerar la confesión como un acto jurídico no negocial si se respeta la demostración de Bülow; [800] pero esto exige que se demuestre por anticipado alguna apreciable diversidad de eficiencia jurídica, que se derive de la adopción de una de las dos tesis.

Con todo, la idea de la confesión como declaración de verdad, es preferida por Panuccio en virtud de que tratándose, por ejemplo, de la revocación, no sería configurable un poder de disposición sobre el hecho, [801] que es una realidad no modificable por una declaración del sujeto; mientras que la revocación de un acto de voluntad en su configuración general comunmente no encuentra límites. Mas precisamente porque no es revocable, lo es el en sentido por el cual la palabra revocación sirve para denotar el fenómeno bien diverso de la rectificación de una declaración falsa, y en suma, aquél por el cual ella es sólo una declaración de ciencia. Cuando del plano de la voluntad se pasa al del conocimiento, se ve con suficiente claridad que la representación que un sujeto tiene de un hecho puede ser viciada, y por tanto un mejor conocimiento de él debe poder consentir modificaciones, rectificaciones, integraciones que tendrán un contenido no ya voluntario sino representativo, de conocimiento; lo que muestra en general los campos en que operan la revocación y la rectificación: la primera en el de la voluntad, la segunda en el del conocimiento. Ni siquiera puede surgir problema en cuanto a la retroactividad del efecto, pues la rectificación como la convalidación, tienen normalmente efecto retroactivo. [802]

En materia de confesión, el error de hecho se resuelve en una causa de inconformidad entre lo declarado y la situación anterior. En el caso de la violencia, esta inconformidad no parece formar parte de la previsión normativa italiana, pero de hecho el confesante podría ser admitido a la revocación bajo la sola alegación de la violencia, sin obligación alguna de aseverar y **probar** que su declaración tenía un contenido

799 Op. cit., p. 19.

800 Como es sabido, dice Panuccio en la p. 42, nota 74 la teoría de Bülow, *Das Gestandnissrecht Fribugo 1899*, pp. 185 y ss., es que la confesión judicial y la extrajudicial constituyen actos jurídicos no negociales, y precisamente declaraciones de verdad.

801 Cit., p. 48.

802 Id., p. 54.

diferente del real.[803] En realidad, no siempre es menester suministrar la **prueba** del hecho confesado, principalmente porque basta con formular dudas acerca de su existencia, o sobre las bases de hecho que lo han determinado, para separar del acto aquel valor asertórico unívoco, sin el cual no puede hablarse en modo alguno de confesión. Puede suceder que el confesante haya declarado un hecho, deduciéndolo de otro hecho. Este último podrá resultar después falso, y no obstante, dejando a un lado la inexactitud de la deducción, nada podrá decirse aún sobre la verdad o sobre la falsedad del hecho confesado. A veces, pues, para revocar una confesión que adolezca de error, basta con demostrar solamente la inexistencia de un hecho conexo con el que se ha confesado.[804]

En la fórmula error de hecho que autoriza la rectificación, debe incluirse el error obstativo. Propiamente, error de hecho quiere decir divergencia entre la realidad declarada y la realidad efectiva, no ya divergencia entre la declaración y la voluntad de declarar. Si se confiesa por un **lapsus** un hecho que no se quería confesar, la divergencia entre la voluntad y la declaración queda irrelevante, como también en el caso opuesto de confesión conscientemente falsa, la convergencia entre la voluntad y la declaración es irrelevante.

Se discute todavía la cuestión de la revocabilidad de la confesión por dolo. La incertidumbre tiene razón de ser para quien no configura este acto como negocio. La intrascendencia del dolo consistirá en que cuando el confesante haya dicho la verdad, no importará que lo haya hecho inducido por un engaño del adversario, porque el resultado es conforme a la justicia, idea que es adherida por Panuccio,[805] pues el interés de la verdad prevalece para él sobre el interés de la libertad.

La doctrina más antigua admitía que la confesión es revocable por simulación o por fraude, y esto se justificaba en la tesis negocial por la naturaleza bilateral a ella reconocida; pero se excluía al entenderla como declaración de ciencia. En realidad, explica Panuccio,[806] los casos que la doctrina consideraba como de confesión simulada eran más bien de confesión contraria del natural, de simulación del hecho, más bien que de la declaración; lo que no puede tener relieve autónomo, por cuanto una confesión conscientemente falsa obliga al confesante que no puede revocar por error si no demuestra su sentido subjetivo. En la doctrina moderna se agrega el concepto del motivo determinante, con una consecuencia análoga, porque la simulación permanecerá sin relieve, a menos que no se trate de causa ilícita o contraria a una norma establecida, en cuyo caso el acto sería nulo.

803 Id., p. 55.
804 Id., p. 56.
805 P. 60.
806 Id., p. 60.

En resumen, las hipótesis de rectificación se reducen al error de hecho, al que puede reconducir en ciertos casos el dolo, y a la violencia moral. Y una vez ejercida la rectificación y demostrados los motivos, la consecuencia es que la confesión queda sin efecto. Y este resultado puede obtenerse independientemente de cualquiera actividad del confesante; pero debe distinguirse el caso en que principios de orden procesal produzcan consecuencias que nada tienen que ver con la rectificación ni con sus efectos. Así, puede que la confesión esté afectada por haber sido obtenida por violencia o que sea errónea; no podrá tenerse en cuenta la confesión en el supuesto de colisión de **pruebas,** sin que por ello pueda decirse que ha sido revocada por el confesante. Cabe sostener dos tesis: que la rectificación sobreviene **ex officio,** o que el juez tiene facultades de valoración que superan la eficiencia de **prueba** legal de la confesión. Lo primero parece absurdo porque daría efectos a la abstención del confesante; la solución está en considerar que es notorio para el tribunal lo contrario de la confesión y lo notorio deberá prevalecer sobre cualquiera **prueba** legal, sin rectificación.

Pueden exponerse, además, casos de ineficacia de la confesión, independientemente de la rectificación y de la valoración que de ella se haga en juicio. Se considera, por ejemplo, una confesión por un inhábil y no autorizado a disponer del derecho al que los hechos confesados se refieren, o bien una declaración relativa a derechos indisponibles, o provocada por violencia absoluta, falta de seriedad o producida por error obstativo. El ordenamiento no ha previsto la rectificación porque ésta supone un acto de revocar, y en tales hipótesis no existe acto por eliminar; pues cualquiera sea la concepción que se acepte sobre la confesión, un contenido volitivo mínimo debe existir en el acto, y aunque sea una declaración de ciencia, es necesaria la voluntad de emitirla; en ausencia del mínimo elemento volitivo no puede hablarse de revocación. Es por ello que se alude al régimen de invalidez o de inexistencia del acto.[807]

Panuccio ha hablado de invalidez y de inexistencia como sinónimas en este caso, porque cualquiera que sea la distinción que pudiera hacerse aplicando otros principios, como el de la buena fe, la promesa de hacer algo, o de la publicidad, en lo tocante a la confesión son inaplicables, dado que ella no produce efectos contra terceros. Los argumentos aducidos para negar a la confesión la eficacia contra terceros, están ligados a la configuración contractual del acto, o a determinadas ideas acerca del **animus confitendi.** Pero quienes configuran la confesión como contrato, sostienen que el tercero no puede valerse de ella porque falta el elemento convencional que liga al confesante con el destinatario. Otros sostienen

807 Id., p. 66.

que en la confrontación del tercero, la confesión carece del **animus confitendi** porque el confesante lo manifiesta sólo respecto de un sujeto determinado.

El problema, dice Panuccio,[808] ha sido tratado desordenadamente. Ante todo, por oponibilidad hay que entender eficacia frente a terceros, hay inoponibilidad cuando el negocio no puede tener valor contra el tercero, en el sentido de que respecto a éste las cosas están como si el negocio no hubiese existido. La oponibilidad trasciende el campo negocial y se extiende a las providencias, a los actos administrativos, etc. Conviene reflexionar, sin embargo, que una vez producidos ciertos efectos de los actos entre las partes, se convierten en verdaderos actos jurídicos que a su vez determinan ulteriores efectos, que deben considerarse válidos para terceros. Sólo por excepción y por un tiempo limitado, la oponibilidad puede ser excluida por la ley, como en la traslación de inmuebles que no tiene respecto a terceros ni siquiera efectos derivados, si antes no entran en función los mecanismos publicitarios. Es por ello que la tesis según la cual el negocio sería eficaz sólo entre las partes no puede ser aceptada indiscriminadamente.

Los efectos principales y directos no se producen sino entre las partes, y por este lado no surge problema de oponibilidad, ni para el contrato ni para la confesión. Pero en cuanto a los efectos derivados, se extienden a los terceros y para ellos surge el problema de la oponibilidad de la confesión.

Como la oponibilidad quiere decir eficacia respecto a los terceros es necesario fijar quién ha de considerarse tercero. En general, quien no habiendo cooperado a poner en existencia el caso negocial, es sujeto de la relación jurídica y destinado a percibir directamente los efectos del acto, no es tercero, sino parte.[809] Se distinguen, entonces, partes de la relación, terceros partícipes del interés, pero extraños al contrato; terceros interesados cuya posición es independiente e incompatible con los efectos del negocio, y terceros normalmente indiferentes.

Al considerar el problema en términos de la confesión, Panuccio lleva a cabo aplicaciones particulares. El sucesor a título universal **mortis causa** asume la posición del difunto y es equiparado por la ley a la parte y no puede plantearse para este sujeto el problema de la oponibilidad, porque el acto desplegará efectos como en las confrontaciones con su causante, excepto en la declaración testamentaria.

El sucesor a título particular **mortis causa** es calificado por Panuccio[810] como tercero, porque las relaciones jurídicas en su conjunto no

808 Cit., p. 72.
809 Id., p. 77.
810 Cit., p. 78.

se transmiten de manera idéntica al sucesor y puede plantearse un problema de la confesión emitida por el causante.

Lo mismo es aplicable al sucesor a título particular **inter vivos**, y el problema de la oponibilidad se plantea para los acreedores del confesante, pues son terceros respecto de los actos realizados por el deudor, y terceros interesados.

Que la confesión del causante o deudor no pueda perjudicar a los causahabientes a título particular o a los acreedores es una afirmación bastante intuitiva, dice Panuccio,[811] no es posible que se deje a los terceros expuestos a efectos tan graves, bajo la sola base de una declaración de verdad que un sujeto puede consumar en cualquier momento a su arbitrio. Con respecto a la confesión, en que son partes el confesante y el destinatario, tercero es aquél que ni ha hecho ni ha recibido la confesión, pero que es partícipe del hecho declarado, por esto la confesión no tiene eficacia de **prueba** plena respecto al tercero, es decir, respecto al sujeto que es extraño al hecho declarado. La confesión tiene eficacia sólo respecto a la parte, o sea al destinatario de la confesión. Si esto vale para una declaración desfavorable al confesante, por consiguiente favorable al tercero, a **fortiori** debe valer para una declaración desfavorable al tercero: ésta no podrá nunca perjudicar su posición.

En resumen, la confesión está limitada a las partes, lo que significa que mientras el negocio es en principio oponible a los terceros, la confesión no lo puede ser. Mientras el negocio da a los sujetos la posibilidad de hacer el acto eficaz respecto a los terceros, semejantes poderes no podrán surgir de una confesión. Puesto que la confesión afirma un hecho respecto de dos sujetos, esta afirmación no puede dejar de valer retroactivamente. Viceversa, en el negocio, el efecto es de regla, salva la voluntad en contrario de los sujetos, no retroactivo.

En las páginas siguientes, Panuccio se ocupa de la relación entre el momento sustancial y el procesal de la confesión extrajudicial; pero de sus explicaciones, que tienden a fundar el régimen italiano en la historia y la tradición, interesan los puntos relativos a la idea de que tanto la confesión extrajudicial como la judicial, no son fenómenos procesales, y que por su importancia y la intensidad de los efectos que comporta la judicial, ha estado siempre asimilada a efectos sustanciales como el contrato, a cuya historia ha estado ligada no sin dudas significativas en los textos que abordan el problema.[812]

d) Un acto jurídico con un conjunto de efectos aproximadamente iguales a los de la actual confesión extrajudicial, era ya conocido por la tradición; si hay diferencias, consisten en que esta confesión incide sobre

811 P. 79.
812 Cit., p. 99.

el hecho más que sobre la relación jurídica, y lleva a sus últimas consecuencias el procedimiento histórico, por el que de la romana **confessio in iure** se ha llegado a una declaración de ciencia en que la determinación del hecho está separada de todo relato ulterior. A la luz de su historia, la confesión extrajudicial vuelve a plantear su problema central, que es el de la relación entre negocio y **prueba,** y principalmente entre derecho sustancial y proceso.

Es ahora que Panuccio afronta el tema de la naturaleza jurídica de la figura y comienza por reiterar que la misma no es negocio, no sólo por su estructura sino por sus efectos, pues en el negocio es típica la anulación que no es aplicable a la confesión. Ni siquiera se le puede considerar negocio procesal, idea adelantada por Wach y en virtud de la cual, obligaría al confesante respecto al juez y al adversario mediante una declaración unilateral. El concepto ha sido discutido ampliamente, pero aun para quien lo acepte, denotaría en la confesión extrajudicial un acto extraprocesal con efectos sobre la relación procesal, o la renuncia parcial o total a derechos o facultades procesales. Pero acontece que las consecuencias se producen sobre el fondo del asunto y ni siquiera son conexas a cada relación procesal que se instaura con un determinado procedimiento, lo cual es también aplicable a la confesión judicial. [813]

Queda por considerar si la confesión extrajudicial es **prueba,** tal como lo determina la ley italiana. Panuccio admite que examinado de cerca, el concepto de **prueba** es jurídicamente muy indeterminado; en su esencia no es un concepto jurídico y no sirve para definir un instituto jurídico, sino que es un común denominador a diversos institutos jurídicos. La consideración meramente procesal de la **prueba** se adapta en particular a los medios para los que es difícil indicar normas que definan unívocamente el nexo entre los fenómenos del proceso y los sustanciales anteriores o posteriores; la utilidad de los medios confirmatorios fuera del proceso es sólo consecuencia de un cálculo anticipado de su empleo en futuro juicio, utilidad de hecho y no jurídica. Con todo, en tiempos recientes, el punto de vista procesalístico puro no tiene continuadores, se sostiene que la **prueba** en sí no es instituto procesal, vive fuera y antes del proceso, por ello el carácter sustancial o procesal de las **pruebas** nó puede discutirse sin dejar resuelta la posibilidad de una consideración sustancial del proceso, y quien considere científicamente indebida toda caracterización sustancial del proceso, no puede ser persuadido por aspectos sustanciales de los fenómenos **probatorios;** y aunque Panuccio toma partido contra la posición procesal estricta, su tesis coincide con la sustentada en estos estudios, porque ni la **prueba** es algo jurídico, menos procesal, ni abarca toda la confirmación y, por lo demás, la última, que comprende los medios

813 Pág. 103.

de convicción como la confesión, es contenido del proceso y no el acto procesal que le conforma, es decir, lo procesal es la instancia peticionante de confirmación, lo no procesal es la eficiencia de ésta, vinculada con el objeto, con el debate ligado al conflicto por la pretensión discutida o discutible.

Así lo entiende, en el fondo, el mismo Panuccio, al decir que un fenómeno jurídico no deja de ser de naturaleza sustancial por la mediación procesal de su efecto, por la necesidad de que tal efecto sea confirmado en el proceso. El delito es un hecho jurídico de naturaleza sustancial, y sin embargo, para producir su propia consecuencia: expiación de la pena, tiene necesidad de la mediación del proceso. [814]

Y tratándose de la confesión, aunque el autor se concentra en la extrajudicial, puede decirse que sus argumentos valen para la procesal. En cuanto **prueba** legal, la preconstituida tiene una eficiencia sustancial que permite al destinatario ejercer fuera del proceso todos los derechos provenientes del hecho confesado. En lo procesal, cabría añadir, la eficiencia es que los destinatarios puedan apoyarse en ella para darle todas las consecuencias de fondo al hecho confesado. Estos medios de confirmación no operan por fuera: valen sólo entre las partes y la inoponibilidad a los terceros procede de este carácter.

Panuccio ahonda en la diferencia entre ambos tipos de confesión, y señala [815] que en la judicial, el interés del destinatario es determinado y actual, en atención al efecto que se pretende obtener de la declaración, mientras es indeterminado y no determinable el momento de la declaración de la extrajudicial. La judicial está ligada al proceso en que se ha rendido, respecto al cual es posible establecer la naturaleza desfavorable del acto y correlativamente el interés del destinatario para utilizar la declaración. La extrajudicial no es conexa a un solo y determinado proceso, y no es posible valorar las consecuencias desfavorables al declarante en el momento en que es emitida, y consecuentemente identificar el interés del destinatario, que sólo puede establecerse en un momento posterior.

Como la idea finalmente sustentada por Panuccio, es en el sentido de que para ser confesión la extrajudicial, no debe necesariamente emitirse en presencia de la parte a quien favorecen los hechos, y basta con que de cualquiera manera sea destinada a ella; la diferencia con la judicial viene atenuada, pues ésta tampoco requiere la presencia de la parte y es suficiente que sea rendida en juicio. La naturaleza recepticia de la confesión procesal emitida en ausencia de la contraparte, viene dada, y así lo acepta el autor, por la existencia del contradictorio, sin que obste la posibilidad del juicio en contumacia, porque el debate viene previsto desde

814 Cit., p. 111.
815 Cit., p. 113.

la pretensión discutible expuesta en la demanda o en la acusación. Es decir, el juez ha de considerar que el confesante ha declarado algo que favorece al contumaz, por tratarse de un hecho cuyas consecuencias puede aprovechar él y no el juez ni otras personas.

Donde parece existir diferencia es en cuanto a los remedios, pues Panuccio estima que es diferente el modo en que la declaración puede ser revocada en cada caso. La extrajudicial es rectificable fuera del proceso y la judicial sólo en éste por haberse constituido en él; sin embargo ello no excluye que la extrajudicial pueda ser revocada en el curso del juicio.

También distingue a los dos tipos el aspecto de los motivos de la rectificación, algunos de los que operan en la extrajudicial deben excluirse en la judicial, y Panuccio piensa que no son configurables en la última la simulación, la diversión, la violencia absoluta y el dolo, pues la presencia del juez excluye causas semejantes. En todo caso, los vicios posibles, como la violencia absoluta o el dolo y la simulación se resolverían en remedios contra el proceso simulado.

La última diferencia atañe al ámbito de eficiencia, mientras la judicial produce efectos sólo en el proceso en que se rinde, la extrajudicial los produce en todos los juicios posibles entre las mismas partes, salvo los límites de lo juzgado. En este punto se ha discutido si la judicial podría tener caracteres de extrajudicial en otro juicio, y el régimen mexicano así lo establece; pero hay tres alternativas: que la confesión valga en otro juicio como procesal, que sea mero elemento de convicción valorable libremente, y que valga como extrajudicial. Panuccio se pone en una situación ecléctica y opina que en unos casos valdrá como extrajudicial y en otros como simple elemento de **prueba**, especialmente si se trata de confesión rendida en juicio en contumacia, lo cual es discutible si se acepta, como antes se dijo, que aun en este supuesto hay contradictorio y la confesión se destina a la contraria aunque no llegue físicamente a ella por su ausencia. Por lo demás, a la tesis de Panuccio habría que añadirle cuanto se ha venido diciendo de la confesión en general, esto es, que se trata de un medio de convicción y, por tanto, dentro de cualquiera de las tres hipótesis que menciona, el resultado es el mismo: el juez deberá ponderar la declaración de ciencia del hecho que perjudica al declarante, porque no es prueba, no es verificación de ese hecho, sino participación de conocimiento que puede adolecer de todos los errores de inteligencia que se conocen. Lo que verdaderamente interesa en la confesión judicial, y le distingue de la extrajudicial es que se trata de una comunicación inmediata y por ello ha de ser el juez que la escucha, quien le dé los efectos consiguientes, por ser él quien puede quedar convencido personalmente.

194 Medios de convicción: continuación.

Asiste la razón a Devis Echandía al sostener que la confesión es una declaración de parte, pero que es necesario distinguir entre ambas, porque no toda declaración de parte es una confesión.[816] El argumento tiene su origen en la explicación de que las declaraciones de parte pueden ocurrir de diversas maneras y para distintos fines: i) procesales y extraprocesales; ii) documentales y orales; iii) espontáneas y por interrogatorio; iv) informales y formales; v) con fines **probatorios** y con fines aclarativos o informativos; vi) obtenidas con interrogatorio libre o informal y por interrogatorio regulado o formal del juez o del adversario; y vii) como especie separada, el juramento.[817]

Ahora bien, todo esto no sólo no resuelve el problema, sino que lo oculta, porque la pregunta que surge primaria y lógicamente, es la de saber qué características tienen las declaraciones para ser medios de convicción. No se trata aquí de las condiciones de validez o de eficacia que corresponden a todos los actos jurídicos, y en particular a los procesales. La cuestión que se analiza es el fondo mismo del fenómeno.

Naturalmente, la confesión es una declaración y, obviamente también, no toda declaración es una confesión; pero hace falta indagar qué tiene de declaración y qué de algo más, y no puede responderse diciendo que hay declaraciones hechas de distintas maneras. La confesión pertenece al tipo de conducta simbólica,[818] es por ello que, tal como se ha visto en Panuccio, ni cabe hablar de confesión frente al silencio, ni puede limitarse la connotación a lo simbólico pues tendría que calificarse de confesión a toda comunicación jurídica.

Hay algo más en la confesión, y Panuccio ha tenido que ceder al admitir que se necesita un mínimo de voluntad. Con ello se establece que, aunque no se quiera el perjuicio, al menos existe la voluntad de declarar algo cuyas consecuencias pueden ser perjudiciales.

Por tanto, se hace forzoso reconstruir la noción, para establecer: i) en primer lugar, la confesión es una declaración que participa un conocimiento; ii) el conocimiento es de hechos jurídicamente significados en una relación; iii) los hechos implican conducta propia del confesante y no sólo de terceros; iv) por último, y esto es lo determinante, la conducta confesada implica una responsabilidad jurídica.

De lo anterior se infiere que la tendencia doctrinaria que mira en la confesión una participación de conocimiento antes que una manifestación volitiva, está asistida de razón, porque no es, ni el querer en sí la

816 Op. cit., p. 219.
817 P. 215.
818 Supra 144.

responsabilidad ni el querer participar el conocimiento del hecho, lo que importa, y la aclaración de Panuccio, es impecable en el sentido de que la divergencia entre la declaración y la voluntad de declarar, la confesión por un **lapsus** es irrelevante. [819] En todo este aspecto, hay una referencia a la voluntad que puede ser, o superflua o errónea, lo primero porque el comunicar en sí es ya un acto, una conducta volitiva; y lo segundo porque si se quiere exigir espontaneidad, esto corresponde a un momento jurídico posterior, que es el de la validez del acto. Por mucho que se rechace la declaración inconsciente, la producida artificialmente por hipnosis o drogas, y sobre todo por violencia absoluta, es indiscutible que hay comunicación, y precisamente porque debe invalidarse es que hay que partir de su existencia: de otra manera, invalidar lo que no se ha producido sería absurdo.

La confesión ha de versar sobre acontecimientos que están calificados normativamente. Aquí se dice doctrinariamente que el derecho no se confiesa, pero conviene puntualizar que si el confesante no debe ser responsable de la terminología jurídica que dé a los hechos, en cambio, éstos no serán ajurídicos, como el confesar conductas íntimas, actos que no interfieren con otras personas, que no les afectan en manera alguna. [820] La confesión atañe a los sucesos en que participa el confesante, pero siempre con una significación normativa, de ahí que resulte indiferente si expresa que celebró un contrato de arrendamiento o relata los hechos que llevan al mismo resultado. No importa que el confesante no distinga entre robo y peculado, falsificación y fraude, lo determinante es que la conducta tiene un lugar en la relación jurídica aplicable. Además, debe agregarse que tampoco tiene trascendencia que el confesante tenga conciencia de la responsabilidad que contrajo por su conducta confesada; por virtud del régimen institucional, la conducta privada trasciende a la normatividad pública, y las consecuencias no queridas y acaso no previstas por el sujeto, le serán aplicables de todas maneras.

Se ha dicho que hay una corriente doctrinaria que opina que los hechos confesados pueden no ser personales del declarante. Devis Echandía, ha recogido algunas tesis, como la de Francois Gorphe, [821] quien no muy claramente, parece inclinarse por determinar como contenido de la confesión a los hechos litigiosos; sin embargo, no sostiene de manera expresa que se puedan confesar hechos ajenos al declarante, y apenas sí, en la nota 11, indica que la jurisprudencia ha admitido una distinción en la materialidad y la fuerza **probatoria,** consistente en que, cuan-

819 Op. cit., p. 57.

820 Toda la gama de hacer y quehacer positivamente individual, el pensar y el querer intracendentes, en fin, la conducta del hombre consigo mismo y sobre las cosas que no repercute en lo social, como la cotidiana actividad higiénica, el ocio y el esparcimiento en la soledad, etc.

821 *De la apreciación de las pruebas*, Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo. Bs. As. 1950.

do un agente instructor relata en su atestado las palabras oídas por él y que encierran una confesión, la materialidad de la misma se establece por la fe concedida al atestado, pero el sentido y la fuerza **probatoria** de la confesión pueden ser impugnados y criticados. De aquí no se infiere sino que la confesión hecha en la averiguación penal se hace constar en acta, cuyo valor es el de un documento fehaciente y no de una propia confesión; y tal vez sirva para reforzar esta conclusión, la comparación de las palabras que figuran en otra edición de la obra. [822]

También se alude a Carnelutti, [823] sin embargo, este autor se refiere a las afirmaciones unilaterales y a las bilaterales o concordes que deben ser consideradas en la sentencia, frente a los hechos no afirmados que no pueden incluirse en ella; a la diferencia entre declarar lo que se sabe frente a la declaración para que se sepa algo; y a la diferencia entre confesión y reconocimiento.

En cuanto a Francisco Ricci, [824] si bien expresa que la confesión concierne a la existencia de un hecho de valor jurídico, lo hace para distinguir afirmaciones sobre aplicación de la ley, y no para sostener que deban ser ajenas al confesante.

Parece que, en realidad, se está aludiendo a algo más amplio que la confesión, es decir, a la declaración de parte, puesto que Eduardo Bonnier, a quien también se menciona, al estudiar lo que califica de segundo medio de **prueba** oral, y ya que el primero sería el testimonio, explica que la declaración del hombre sobre los hechos litigiosos, que emanan ordinariamente de terceros extraños al proceso, puede ser obra de las mismas partes. Sin embargo, literalmente indica que reserva para la tercera parte de su libro los casos bastante raros en que hace fe en juicio la declaración del demandante, y se dedica a tratar la que los antiguos llamaban la **prueba** por excelencia, **probatio probatisima** de la confesión, es decir, del testimonio del demandado, reconociendo contra su propio interés la verdad de los hechos alegados por el adversario. [825]

Lo anterior liga directamente con lo afirmado en cuarto lugar, esto es, que la confesión es algo más que una declaración del conocimiento de hechos, que es la participación de ciencia de aquellos hechos en que intervino la conducta o al menos la posición jurídica del confesante, en virtud de lo cual viene implicada una responsabilidad jurídica.

822 Id., Trad. Delia García Daireaux, Bs. As. 1967 p. 160, nota 11, donde las palabras agente instructor y atestado, han sido substituidas por agente autorizado y proceso verbal, es decir, acta.

823 *"La prueba civil"*, cit., pp. 8, 30 y 130.

824 *"Tratado de las pruebas"*, Trad. Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Madrid, s/f., T. II, pp. 90 y ss.

825 *"Tratado teórico práctico de las pruebas en derecho civil y penal"*, Trad. de los editores de la Biblioteca de Jurisprudencia, México 1874, p. 241, T. I.

Es aquí de la mayor importancia aleccionadora lo que expone Devis Echandía sobre las opiniones doctrinarias en torno al **animus confitendi.** Una primera tesis de Enrique A. Becerra que acoge una frase de Lessona, y de Moacyr Amaral Santos, exige tal voluntariedad, entendida como la intención de renunciar al derecho material que se genera del hecho sobre que versa. Devis rechaza tal criterio porque quien declara no tener un derecho, a nada está renunciando. Además, la intención de renunciar es un factor subjetivo imposible de comprobar si no aparece declarada.

La tesis de Pescatore, Planck, Wach y Becerra, exige el **animus** entendido como la intención de renunciar al derecho procesal de **probar** en contra del hecho confesado. También es rechazada por conservar la idea de una renuncia consciente, apoyándose en una ficción.

La tercera exige el **animus** limitado a la intención de suministrarle o allanarle la **prueba** del hecho al adversario. Sostenida por Lessona, Ricci, Wach, Alsina, Amaral Santos y otros, es rechazada por basarse en una ficción que implica un elemento subjetivo incomprobable si no se declara.

La de Bonnier y Carnelutti exige un **animus** reducido a la intención de reconocer la verdad del hecho o de darlo por cierto en un proceso actual o futuro. Sigue siendo un error, porque en ciertos casos hay confesión judicial y extrajudicial sin que el confesante tenga otra intención distinta de la de hacer una declaración sobre el hecho, sin consideración sobre las consecuencias.

La quinta tesis de Furno, Panuccio, Von Bülow, Montesano, Pugliatti Betti, Satta y Redenti, elimina el requisito del **animus** como voluntad de obtener un fin especial y sólo exige la conciencia o el conocimiento del carácter desfavorable del hecho confesado. Se le observa que ese conocimiento o esa conciencia de lo desfavorable del hecho o lo favorable al adversario es una cuestión puramente psicológica, no susceptible de comprobación, excepto si se reconoce expresamente, y no existe en las confesiones fictas ni en las tácitas.

La sexta y última, adherida por Devis, es seguida por Guasp, Garraud, Gorphe, Scardaccione, Andrioli, Chiovenda, Furno, Natoli, Ferrucci, y Cappelletti, y exige solamente la voluntariedad genérica de todo acto jurídico, sin intención específica alguna, y, por consiguiente, prescinde del **animus.**

Aunque en esta doctrina hay coincidencia con lo señalado en el punto cuarto, no es total y, desde luego se hace hincapié en la voluntad consciente de declarar que se ha estimado como factor de validez y no de existencia. Si, en cambio, por voluntad consciente se entiende ese mínimo de volición indispensable para declarar, aunque no se quiera lo declarado y aunque se cometa un **lapsus,** entonces parece obvio que ha de existir o no habrá declaración, y esto es lo que pasa en los casos de silencio que,

para estos autores, queda incluido en la confesión. Es cierto, también, que no importa que el confesante conozca o no las consecuencias jurídicas de su declaración; pero es indispensable explicar que esto obedece a un dato que la doctrina no precisa y que es el determinante: la declaración de conducta o posición propias trae aparejada una consecuencia normativamente establecida en perjuicio del confesante.

a) Es sabido que la diferencia entre la declaración libre y la confesión, estriba precisamente en que la narración puede ser de hechos, que o no correspondan a la conducta o posición personales del declarante, o no le perjudiquen. Tanto cabe que las partes declaren sin consecuencias perjudiciales, como que los testigos se encuentren en situación contraria. Gorphe [826] indica que cuando el testigo resulta ser cómplice del acusado, el juez debe advertir al jurado inglés del peligro que habría en pronunciar una condena sobre la base de esta disposición si no ha sido corroborada por otros testimonios o de cualquiera otra manera.

El derecho inglés, añade este autor, es especialmente minucioso sobre el interrogatorio: **examination** y el contrainterrogatorio **cross examination** de testigos. El procedimiento se elaboró progresivamente ante las cortes de derecho común, que excluyeron muchas **pruebas** pero buscaron la forma de extraer el mejor partido posible de las que conservaron. Los testigos, confirma Sereni, [827] son examinados por los defensores de las partes y no por el juez; después que un testigo ha sido examinado por el defensor de la parte que lo ha producido: **direct examination,** es examinado por el defensor de la parte contraria: **cross examination.** Por otro lado, indica más adelante, [828] una parte no puede, de ordinario, pedir a los propios testigos **leading cuestions,** esto es, cuestiones formuladas en forma tal que sugieran la respuesta, sino en la hipótesis de que el testigo sea hostil o reticente. Y en algunos sistemas, la **cross examination** de un testigo contrario puede recaer solamente sobre hechos acerca de los cuales él haya sido examinado en la **direct examination;** si el contrario quiere extender el examen del testigo a hechos que no han constituido objeto de **direct examination,** debe hacer propio el testigo: **adopt the witness,** perdiendo como consecuencia, a veces, el derecho de atacar su atendibilidad. Si se exhiben documentos, las declaraciones del suscriptor deben hacerse oralmente produciendo el testigo para ser examinado por la contraria. [829]

Hay, pues, en el derecho angloamericano, una predilección por el testimonio oral: **testimony of a living witness,** porque permite a las cortes apreciar **de visu** cómo se produce el testimonio, y al adversario proceder

826 Op. cit., 1967, p. 41.
827 *"El proceso civil en los Estados Unidos"*, cit., p. 14.
828 P. 15.
829 Id., p .20.

a la **cross examination,** determinando la atendibilidad y la corrección de la declaración,[830] llegando tal posibilidad hasta interrogar al testigo acerca de su reputación, acerca de anteriores condenas penales, y de cualquier acto realizado por el testigo que pueda hacer poner en duda su honorabilidad y moralidad.[831]

Se ha dicho que el interrogatorio libre de la parte en el proceso, es un corolario de la oralidad,[832] pero tal vez fuera mejor hablar de inmediatez, no tanto para evitar que aquélla se confunda con la oratoria, sino para destacar la circunstancia[833] determinante que es la presencia simultánea de las partes y testigos frente al juzgador en la misma audiencia.

Ahora bien, la declaración puede asumirse de varias maneras. Si se trata de las partes se puede pensar en la forma inicial de demanda o acusación, contestación y defensa; en la forma provocada del interrogatorio que Cappelletti distingue con tres denominaciones: interrogatorio **probatorio** que origina el testimonio libre o legal, el interrogatorio aclaratorio y el interrogatorio inquisitorial o inquisición que, a su vez, es dividido en inquisición en sentido material por la que el juez puede de oficio interrogar a la parte con el fin de descubrir nuevo material de hechos no aducido por los accionantes, e inquisición en sentido procesal cuando el juez, vinculado para decidir **secundum allegata a partibus,** puede sin embargo disponer **ex officio** el interrogatorio de las partes con fines **probatorios;** y en la forma de confesión por absolución de posiciones.

De manera semejante, tratándose de testigos se puede hablar de interrogatorio formal que, sin embargo y de manera general, no se hace con base en preguntas escritas, e interrogatorio libre. En el último caso, se conoce la forma evolucionada del derecho austríaco, en que el juez comienza preguntando, para que continúen las partes, lo cual contrasta con los procedimientos que se ha dado en llamar dispositivos, en que son las partes quienes interrogan y, eventualmente, se autoriza al juzgador para intervenir con propósitos aclaratorios.

Para Devis Echandía,[834] el testimonio es un acto procesal, el cual sirve para que una persona informe a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos; está dirigido siempre al juez y forma parte del proceso o de diligencias procesales previas, como cuando se recibe para futura memoria. El autor recuerda que, según el sujeto de la declaración, se diferencia entre confesiones cuando son de las partes, y testimonios cuando son de

830 Id., p. 21.
831 Id., p. 22.
832 Mauro Cappelletti, *"La testimonianza de la parte en el sistema delloralita"*, cit., T. I, p. 365.
833 Supra Nº 111.
834 Op. cit., pp. 315 y ss.

otras personas, aunque en el derecho contemporáneo se acepta la figura del testimonio de parte con fines **probatorios,** de manera que la confesión queda caracterizada por sus consecuencias desfavorables al confesante. Se seguiría de ello que la declaración favorable es simple testimonio sin valor **probatorio,** lo que puede ser discutible pero viene a reforzar lo ántes dicho: hay declaración de parte y de tercero, la primera puede ser confesión por sus consecuencias desfavorables a la parte y con ello basta sin necesidad de hablar del carácter **probatorio** que aquí no tiene sentido.

b) Mientras la confesión es una declaración calificable de natural, porque en principio, nadie más interesado en la solución favorable del conflicto que el propio confesante, de manera que si a través de ella se llega al conocimiento de la existencia de motivos de la pretensión contraria, será manifiesto que se consigne el propósito fundamental de la determinación de los hechos que configuran la relación discutida; en cambio, en el testimonio, el tradicional concepto de la **prueba** tuvo que hacer crisis, al grado de que su definición se vinculó estrechamente con su valoración.

Para Francisco Gorphe [835] la **prueba** testimonial, basada en el crédito de la experiencia ajena, es un medio que no podría bastarse a sí mismo. Para no degenerar en una fe ciega, sencilla e ilusoria, esta creencia, como cualquiera otra, tiene necesidad de someterse a la razón, de justificarse.

Pese a la expresión inicial del autor, en realidad no se trata de una prueba, sino de un medio de convicción. Después de cuanto se ha señalado, y luego de haber confrontado la que en su tiempo se estimó la reina de las **pruebas:** la confesión, poco queda para llegar a la concepción de prueba en sí, esto es, de la verificación de un acontecimiento, aplicando las reglas científicas de su producción. Si en el testimonio no hay sino una experiencia ajena, cuya comunicación merece crédito o no, la fe, la confianza en esa manifestación, no pueden ser **prueba,** porque aludiendo a uno o a varios factores, no los verifican. En material civil, dice Gorphe, [836] como es fácil que por lo general las partes se provean de un escrito, el papel del testimonio queda relegado a segundo plano: lo escrito supera a lo testimonial.

Hay ciertos casos que sólo mediante testigos se pueden comprobar, como las diferencias familiares, algunas transacciones mercantiles según los usos regionales y hasta convenciones o arreglos administrativos. El juez deberá sopesar el dicho ajeno, el mismo documento notarial en que venga el testimonio calificado que sólo acreditará que algo existió en los términos recogidos en el documento, pero subsistirá la discutibilidad sobre

835 "*La crítica del testimonio*", Trad. Mariano Ruiz Funes, Madrid, s/f, p. 19

836 Cit., p. 9.

los factores normativos, como cuando se afirma la inhabilidad de las partes, los errores sobre la cosa o la mala fe respecto a las consecuencias de la relación.

La crítica del testimonio es tan inseparable del medio, que sigue siendo indispensable estatuir sobre la naturaleza de la comunicación de la experiencia ajena. No sólo el testigo falso o prefabricado, el dicho mismo de un sujeto que tiene interés o afecto por alguna de las partes; un testigo falto de memoria, otro con demasiada fantasía y, en fin, el testigo común y corriente que, por serlo, es apenas el sujeto que tuvo del conflicto una visión o un concepto subjetivos, un punto de vista o una perspectiva personales, intransferibles; pero, por todo ello, parcialidad, influencia de la cultura, de las creencias, de la moralidad, de los conocimientos técnicos, los prejuicios y el criterio sobre la vida en general, son otros tantos factores de propensión hacia la percepción de lo que se quiere ver y no de lo que se ve.

El propio sentido de justicia hace que el testigo no sea un medio idóneo de conocimiento, que se convierta en instrumento de difícil manejo, de delicado mecanismo psicológico, peligroso al grado de haber sido el causante, en innumerables ocasiones, de sentencias trascendentalmente equivocadas.

El testimonio no pasa de ser un medio de convicción sujeto a crítica. Ninguno de sus factores: sujetos, objetos y relaciones jurídicas percibidos, se encuentran controlados por el testigo, quien se limita a relatar, a mencionar o sugerir, pero que no es medio de evidencia.

Sin tomar en cuenta lo que se denomina técnicamente la crítica del testimonio, que en realidad es su valoración, o que debe serlo, porque no puede confundirse la tacha del individuo con la tacha de su dicho, lo cierto es que el testimonio no es algo objetivo y por su misma subjetividad, está expuesto casi forzosamente al desacuerdo de testigos.

Si el testimonio, cuando atañe a una experiencia directa es algo relativo, ninguno de los factores que entran en su composición puede verdaderamente verificarse. En todos los tiempos se han buscado fórmulas más o menos adecuadas, más o menos explicables, para descartar a ciertas categorías de testigos. La finalidad ha sido garantizar la credibilidad o, por lo menos, la sinceridad del testigo. En las leyes de Manú, legendario código hindú, vigente en algunos lugares de la India, no se admiten ni a los amigos ni a los criados, ni a los condenados, ni a los locos, a las personas mal reputadas, a las que tienen interés pecuniario o a quienes están excedidos de fatiga o apasionados de amor. [837]

En Roma se rechazaban los parientes en línea recta, los insanos y los locos furiosos; en lo criminal a los impúberes y a los pródigos. En

837 Ley 67, Libro VIII.

el derecho canónico se aplica la técnica de las tachas y recusaciones, estableciendo la discusión según un orden de preferencias: el testigo de cierta edad se prefería al joven, el rico al pobre, el de **visu** al de **auditu**; y en el derecho francés, el cuadro se amplía hasta que las Ordenanzas de 1667 admiten las recusaciones en número ilimitado, a condición de que fuesen circunstanciadas y pertinentes.

En los regímenes actuales, aunque se ha tendido a implantar la tacha del testimonio, han sobrevivido las recusaciones y exclusiones. La técnica de medios de confirmación tasados o legales, en materia testimonial, ha dejado de tener razón suficiente, y aun se ha llegado a abolirla en muchos ordenamientos, sustituyéndola, unas veces por la íntima convicción, como en el código de instrucción criminal francés, y otras con más avanzado criterio, por la sana crítica, como el artículo 659 del código español de enjuiciamiento criminal. Con todo, las objeciones a las personas mismas subsisten.

Se excluyen o consideran indignas del testimonio, a las personas condenadas o civilmente degradadas, sujetas a interdicción en derechos familiares o políticos, según los artículos 34 y 42 del código penal francés. Como tales sujetos pueden, en realidad, ser testigos, se ha encontrado la solución de tomar su dicho, no como el medio de confirmación típico del testimonio, sino como simples manifestaciones, como si testimoniar en justicia fuese el ejercicio de una prerrogativa y no un deber, dice Gorphe.[838]

A los niños menores de quince años se les escucha sin prestar juramento, bajo la forma de declaraciones, al tenor del artículo 79 del código francés de instrucción criminal, lo que no impide tenerlas como verdaderas deposiciones o apreciarlas en mejor forma por el juez. Se recusan, por sospechosos de parcialidad, los comprendidos en alguna de estas causas: cualidad de denunciante recompensado por la ley, el parentesco próximo, el vínculo matrimonial aunque se trate de divorciados, los ascendientes, los descendientes, los hermanos, hermanas o afines en el mismo grado. Lo notable es que la recusación debe ser invocada por el ministerio público o la parte civil, teniendo el tribunal la facultad de recibir el testimonio como mera manifestación: sutil y formalista distinción, incompatible con la libre convicción judicial.

En lo civil, donde impera más el régimen de la tasación, el sistema de prohibiciones es más extendido. No pueden deponer el cónyuge incluso el divorciado, el pariente o afín en línea recta, debiendo negarse el juez a escucharlos; pero son apenas recusables: los afines y parientes no directos, el presunto heredero, el donatario, el que ha comido o bebido con la parte y los servidores o criados, etc., pues la enumeración no es

838 Op. cit., p. 25.

limitativa. Por ello, los tribunales admiten la recusación del testigo con interés personal en el litigio, o de quien tenga animosidad contra la parte, aunque en los divorcios se admiten a los parientes que no sean descendientes o afines, ni otros sujetos que quedan al criterio del juzgador.

En gran número de legislaciones se rechaza el testimonio del cónyuge, de los ascendientes, los descendientes y parientes afines, tal como acontece en Italia o España. En Austria, el código procesal civil detalla las personas cuyo testimonio no debe recibirse: insanos, inhábiles para adquirir conocimiento exacto de los hechos o dar cuenta de ellos, menores de catorce años, condenados por delito inspirado en la avaricia o la intención de engaño, parientes en línea recta, cónyuges, los complicados en un mismo negocio, los interesados en el proceso, etc. según los párrafos 140 y 141 de esta ley.

En Alemania, adoptando la regla del código austríaco de instrucción criminal, se permite la excusa para declarar a la persona prometida del inculpado, a su cónyuge aunque el matrimonio esté disuelto, a los parientes o afines en línea recta hasta el segundo grado. En cambio, en el procedimiento civil se reconoce el derecho de excusa a quien, por su testimonio, podría causarse un daño material o a sus parientes, o comprometer su honor, a menos de ser testigo necesario. Se ha rechazado, por ende, la técnica de la inhabilidad, de la exclusión y de las recusaciones, de modo que no depende del tribunal ni de las partes impedir que el testigo preste su declaración.

En Holanda se faculta simplemente al juez, para tener cuidado con todo lo que pueda contribuir a aumentar o disminuir la fe de los testigos, según el artículo 399. En la Gran Bretaña, en los Estados Unidos o en el Cantón de Ginebra, se remite la ley a la prudencia del magistrado, restringiendo en lo posible el número de exclusiones; de ahí que la jurisprudencia haya implantado decisiones tales como dispensar del juramento a los parientes hasta el tercer grado, y autorizar a las partes para alegar contra el testigo tachas no previstas en la ley.

Los tribunales americanos, en general, tienen muy en cuenta el examen de la habilidad de los testigos, especialmente de los niños y los psicópatas; les hacen sufrir, por medio de un interrogatorio, un examen preliminar para apreciar si hay lugar a admitirlos al juramento, y son frecuentes las instancias en el curso de las cuales la credibilidad de los testigos se invalida por razón de un deficiente o de una perversión de la capacidad de discernimiento o de percepción.

c) Tal parece que la evolución jurídica del testimonio ha seguido una línea que va, de la exclusión legal a la recusación procesal, y de ésta a la dispensa judicial. En el fondo, hay una propensión a buscar la forma de discriminar entre el testigo sospechoso y el testimonio incep-

table. Se ha comprendido que es artificioso no escuchar a cierta persona ligada a una de las partes, cuando a estas mismas se les oye. Se ha concluido que es intrascendente distinguir entre testimonio, manifestación y declaración, y además, un número cada vez mayor de naciones, entre ella México, destierra el juramento, cuya naturaleza religiosa tiene una historia milenaria que fuera motivo del ensayo del procesalista argentino Carlos A. Ayarragaray.[839]

Aunque la fórmula sacramental haya caído en desuso en esos países, como todavía subsiste en otros, bueno será recordar con Ayarragaray que su permanente falsificación parecería vindicación satánica, que sorprende lo pueril del juramento y subleva la apatía de los hombres de cultura que ven que es sólo un sustento del prestigio social. Mas, desgraciadamente, expresa el autor, contra el juramento ha mediado la confabulación de la mentira pública y privada.

El testimonio, queda afirmado, no es prueba en sí, pero sus características son: i) declaraciones de personas extrañas a la controversia como tal, y emitidas en juicio; y ii) la necesidad de que esas declaraciones vengan al juicio, generalmente a instancia de parte, de manera que no pasa de ser un medio de convicción judicial.

Hay dos circunstancias que deben tenerse en cuenta en esta figura: en primer lugar, el testimonio requiere desinterés del sujeto que lo rinde, y en seguida, hay ciertos casos en que el testigo no debe deponer. Los impedimentos para atestiguar son diversos a los físicos para comparecer. Los primeros se conocen con el nombre de dispensas. De manera que no es igual una inhabilidad para declarar como se mira en las incapacidades naturales, que un impedimento que lleva a la dispensa. Se ha dicho que el juez del litigio no puede ser citado como testigo, y que si lo hubiere sido, deberá abstenerse de juzgar, especialmente porque nadie puede ser testigo ante sí mismo. Sin embargo, existen algunos casos llamados de testimonio necesario, que si bien conducen al testimonio del juez o de sus auxiliares, no desvirtúan la regla anterior, porque se trata de las declaraciones sobre hechos en el juicio, cuando se pretende su reforma o su anulación. El caso del juzgador es de una verdadera incompatibilidad de funciones procesales, semejante a la que se atribuye a la parte

Pero existen personas que sin tener interés directo o inmediato en el litigio, lo tienen con las partes, como acontece en los ejemplos que menciona Carlos Lessona.[840] El comisionista no puede ser testigo del comitente, porque se encuentra virtualmente en la causa como posible responsable ante el presunto perjudicado. Tampoco puede serlo el padre que ejerce

839 *Historia y crítica del juramento*, cit.

840 *Teoría general de la prueba en derecho civil*, T. IV, pp. 30 y ss.

la patria potestad en los negocios de las personas que le están sometidas, o los ascendientes que tienen a su cuidado a los menores, la mujer respecto a los bienes matrimoniales, los tutores o curadores en los derechos de sus pupilos y el caso muy discutido de los mandatarios.

En lo tocante al último caso, la discusión ha provenido de un equívoco en el planteamiento del problema. Se acepta en principio, que el mandatario no puede atestiguar en los negocios de su procuración, y por ello, se ha visto que puede confesar. Pero cuando el litigio tiene por objeto un asunto en el que no intervino como mandatario especial, la doctrina se divide por estimar sospechosa su manifestación. Naturalmente, entre el extremo del testigo sospechoso y el impedido hay notoria diferencia; que el mandatario sea pasible de sospecha no conduce sino a la tacha de su dicho, o en último caso, a la prudente y razonada crítica de su testimonio. Para Lessona, respecto de los hechos de su gestión, y en caso de controversia sobre su eficacia y validez, el mandatario se identifica con el mandante, y por consiguiente no es testigo idóneo, si bien limita el impedimento al tiempo de duración del mandato, sin ofrecer argumento suficientemente convincente.

Toda esta problemática desaparece en cuanto se convierte el testimonio a declaración examinada. Cualquiera que sea el procedimiento que se implante, bien que comience el juez preguntando, o que lo hagan las partes, o que deponga el testigo una vez identificado; lo importante será que se posibilite el examen y reexamen a la manera del **cross examination.** Esa discusión en torno a si el mandatario es testigo en lo ajeno a su gestión y confesante respecto a ella, siempre chocará con algún obstáculo: como testigo se le puede considerar interesado, y como parte un sujeto ajeno al perjuicio que se pueda seguir a la verdadera, sin que valga decir que también podría resultar perjudicado al declarar hechos que podrían traerle responsabilidades, porque sin declarar, en el caso de que tal situación se produzca, siempre podrá ser demandado por el mandante en los términos legales y contractuales. En cambio en el plano de la simple declaración que participa conocimientos propios aunque de conductas ajenas, el mandatario, que como cualquier testigo, pudo haber participado en cierta manera en los hechos controvertidos, podrá ser examinado ampliamente por las partes y el juzgador.

Tampoco el abogado ni el procurador pueden ser citados como testigos. Es regla que estas personas no pueden declarar en las causas en que prestan o prestaron sus servicios, lo que no obsta para que depongan en aquellas causas en que no aparezcan como encargados, por más que tengan el carácter de abogados fijos. El abogado no puede declarar en la causa que patrocina o patrocinó y acerca de los hechos que conoció por su ministerio, como tampoco puede declarar en las causas en que esté intere-

sado su cliente, pues rige aquí el principio del secreto profesional, lo que implica que si el abogado conoció el asunto profesionalmente, aunque no lo patrocine, queda impedido para rendir testimonio.

Es importante distinguir las razones de impedimento en los dos casos citados. Mientras el abogado presta sus servicios, por más que no pueda tratársele como un mandatario, cabe identificarlo al interés jurídico de la parte. En las causas en que se prestó el servicio, la identificación desaparece, al grado de que una parte de la doctrina sostiene que puede deponer, y otra atempera el criterio con la reserva de que el testimonio no puede ser contrario al derecho del cliente. Lessona destaca que si ya no existe identificación jurídica, surge el secreto profesional como impedimento.[841]

El secreto se extiende no sólo a las revelaciones del cliente, sino aun a los hechos conocidos por los abogados o por ellos descubiertos porque forman un conjunto encomendado a la obligada delicadeza del profesionista. Además, la ley penal suele castigar la violación del secreto, estableciendo una defensa más.

El secreto profesional se toma como un eximente de la obligación de testimoniar, como una excusa de declaración por causas legítimas. Es pertinente señalar que la última característica engloba casos como la falta de memoria o la ignorancia. La violación del secreto profesional es tema bien conocido en el derecho penal, y de ahí su denominación de eximente, pues la obligación de declarar los hechos conocidos tiene también su consecuencia criminal. Pero el secreto profesional no atañe exclusivamente a los que en puridad pueden llamarse profesionistas, las leyes suelen punir la violación consistente en la revelación que hagan militares, empleados, oficiales de la Administración pública, trabajadores respecto a secretos científicos o industriales, y en general, todos los casos en que la persona que conozca el hecho deba abstenerse de comunicarlo, como el sacerdote y casos semejantes. El fundamento de la obligación de reserva radica dice Olga Islas Magallanes,[842] más que en un interés privado, en un interés de tipo social. La discreción de confidente necesario, además de tener su origen en la naturaleza propia de la profesión, está supeditada a un interés de orden público, tutelado a través del precepto de carácter punitivo que señala la obligatoriedad del secreto.

Con todo, en términos generales, la exención de testimonio no es un principio teóricamente indiscutible. Existen legislaciones, como la norteamericana, en las que el secreto bancario no constituye un obstáculo para la asunción de las **pruebas.** El secreto profesional se admite dentro de límites muy restringidos. La Corte Suprema ha decidido que el juez, en el ejercicio de sus poderes discrecionales puede incluso ordenar la produc-

841 Op. cit., T. IV, p. 40.
842 *Delito de revelación de secretos*, México 1962, p. 37.

ción de declaraciones escritas que el abogado de una de las partes se ha procurado de testigos al objeto de preparar la causa, por ejemplo, declaraciones escritas de testigos que presenciaron un incidente. La regla no se aplica en cuanto a las declaraciones orales recibidas por el abogado, que están protegidas por el secreto profesional.[843] Hay, pues, un criterio pragmático, en virtud del cual el servicio profesional debe ir acompañado del secreto por interés moral y social, dado que el conocimiento se adquiere en razón del ejercicio de la profesión. Sin embargo, la revelación en ocasiones no se castiga como delito, pues el deber de hablar va por encima del de callar: si por no revelar el secreto profesional alguien puede perecer, si por mantener su inviolabilidad puede mancillarse el honor o por callar una confidencia corre peligro la patria, deberes más fuertes y elevados imponen quebrantar el sigilo y faltaría gravemente a la ley quien, ante tales conflictos, permaneciese en silencio y no actuase conforme a los dictados de una conciencia honrada.[844]

Otro problema es el que se presenta en cuanto a los administradores que tienen los entes jurídicos. Ellos pueden ser: representantes ante las autoridades, los otros forman parte de los consejos y no tienen el ejercicio de la representación aunque son legitimados.

La doctrina separa los casos y admite el testimonio de los segundos, aunque las razones distan mucho de ser indiscutibles. Sea que un consejero carezca de la representación ante las autoridades, o que haya dejado de estar legitimado, lo cierto es que respecto a los hechos que conoció, su interés puede coincidir con el del ente. Lessona estima que hay incompatibilidad funcional de los socios, pues aún en los regímenes en que la sociedad civil no es una entidad diversa a todos y cada uno de los socios, la pluralidad de los sujetos no impide la identidad de intereses.[845]

Las personas morales no pueden ir a juicio, dice Lessona, sino como parte actora o como demandada. Aunque por disposición estatutaria, el encargado de la representación sea uno de los socios, éste será un legitimado, pero los demás serán siempre parte del litigio. Conviene, entonces, advertir que el caso de los entes tiene peculiaridades que, ofrecen hipótesis en las que los socios pueden testimoniar. Se trata de aquellos conflictos, no de la sociedad con terceros, sino de los socios entre sí. Algo semejante sucede con los acreedores de una quiebra, donde el interés es manifiesto, pero como la quiebra está representada por el síndico, los acreedores aislados carecen de impedimento para testimoniar, aunque sus declaraciones puedan ser motvo de tacha por sospechosas. El problema en ge-

843 Sereni, op. cit., pp. 21 y 81, nota 73.

844 Dice Islas Magallanes, op. cit., p. 54, citando a Fernández Serrano, *El secreto profesional de los abogados*, Madrid 1953, p. 14.

845 Op. cit., T. IV, p. 44.

neral, vuelve a disolverse al pasar el testimonio formal y ritual a la categoría de declaración de partes y terceros.

d) Naturalmente, el testimonio, como los restantes elementos de confirmación, está rechazado cuando tiene el carácter de inútil; es decir, cuando las declaraciones vendrían a ofrecer conocimiento superfluos.

El testimonio debe vincularse con el conflicto, lo que se denomina pertinencia del medio confirmatorio. El testimonio sólo es admisible en el período procesal adecuado, por más que no se desconocen los testimonios para futura memoria; pero si ha de valer como medio de convicción, es enteramente necesaria la **cross examination,** la libre inquisición de partes y juzgador.

La circunstancia de que en ciertos conflictos, como los civiles, mercantiles, laborales o administrativos, se puedan ofrecer medios de acreditamiento que se usan para constatar declaraciones de partes y de terceros, ha hecho pensar en la prevalencia de alguno de estos medios. Ya en el derecho romano se afirmaba la superioridad de la escritura frente a la oralidad en que estaba incluida el testimonio; pero algunas veces se admitió el testimonio contra lo escrito, particularmente en la Novela LXXII, capítulo III, que declaró preferible la deposición de los testigos contra la prueba escrita. No es pues una peculiaridad exclusiva del derecho anglo-americano, y de ahí que se haya concluido que, en el fondo, la presunta superioridad de alguno de estos medios no aparece confirmada en máximas generales.

La doctrina, sin embargo, se muestra dividida. Unos sostienen que no procede el testimonio para demostrar convenciones modificativas, pero sí extintivas, como el pago, pues al invocar éste, no se contradice el escrito, sino que se le reconoce y apenas se impugna su eficiencia.

No admite tal cosa Lessona,[846] pues tanto las circunstancias extintivas como las modificativas son susceptibles de testimonio, y cuando las leyes prohiben el testimonio contra la prueba escrita, ningún hecho convencional, ni el pago mismo, pueden contradecir lo escrito. Pero sobre esto hay excepciones que parecen naturales: no son actos escritos los documentos no firmados y cabe añadir los no legalizados, ni los escritos que tengan simple principio de **prueba** escrita.

En cambio, la falta de consentimiento y los vicios que puede tener, como el error, la violencia o el dolo, notados con posterioridad al escrito, pueden confirmarse mediante testimonio, porque no se contradice el contenido del acto, sino que se impugna su eficiencia jurídica. Es también conforme al contenido del acto escrito la testimonial cuando se invoca para

846 Cit., T. IV, p. 107.

determinar y precisar el significado de las estipulaciones dudosas u oscuras, en especial, cuando se intenta establecer la costumbre o los usos locales.

Tampoco contradice el contenido del escrito la testimonial que se ofrece para confirmar errores materiales, si bien Lessona puntualiza que el juez debe cuidar, que so pretexto de subsanar errores materiales, no se eludan prohibiciones de la ley y se introduzcan variaciones sustanciales.

En particular, Lessona afirma [847] que el error material de un acto público no puede demostrarse sin la previa querella de falsedad; pero debe recordarse que, en este punto, difieren la legislación mexicana y la italiana, pues la falsedad es cuestión prejudicial en aquélla.

La confirmación de la fecha entre las partes puede hacerse mediante testigos, pero se trata de las partes de un convenio y no de las partes del proceso. Si existe fecha, dice el autor, y salvo el caso de simulación, error o falsedad, puede integrarse con testigos, para confirmar la hora, el lugar, etc., ya que tales elementos existen **de cierto**, mientras que es **incierto** si ocurrieron los hechos, que, como adición al escrito se quiere confirmar.

En toda esta explicación doctrinaria se percibe el peso del formulismo que prepondera aun en los regímenes que, antes de permitir la libre convicción del juzgador, intentan tasarle los medios, los procedimientos y las condiciones del accionar. En realidad, tanto la declaración de parte, incluida la confesión, como la de tercero, deben ser asumidas con plena potestad jurisdiccional. Las accionantes y el juzgador han de poder inquirir exahustivamente, pues esta es la única manera razonable de conocer las circunstancias del conflicto que presenciaron tales sujetos. La participación de conocimiento, aunque adolece de todas las fallas que se han puesto de relieve, especialmente por Gorphe, puede ser determinante en ciertas circunstancias. Si no se autoriza al juzgador para inquirir libre y extensamente sobre los pormenores, sobre las características personales del declarante, y no se permite que éste y las partes expliquen detalladamente todo lo concerniente a sus conocimientos sobre los sucesos que formaron el conflicto, la sentencia adolecerá forzosamente de motivación. Para que las injusticias se eliminen en lo posible, es menester que el inquisidor, juez o partes, tengan el mayor número de facultades en el examen, y aún es conveniente que el declarante deponga libremente cuanto sepa, siempre bajo el control del examen y del reexamen de las partes y el juez.

195 Expresiones menores en los medios de convicción.

Los medios de convicción se reducen a la participación del conocimiento ajeno. Sea cualquiera el medio de que se sirve el declarante para

847 Cit., p. 119.

expresar su experiencia, lo cierto es que a través de la palabra no se podrá reconstruir el suceso, muchos menos verificarlo; pero la narración tiene límites: i) se puede mentir en casi todo pero no absolutamente; ii) se puede narrar algo imaginado pero siempre habrá algo verdaderamente conocido; iii) se puede equivocar en la captación de los fenómenos, pero siempre habrá algo cierto; y iv) se pueden olvidar detalles o extremos importantes y decisivos, pero siempre habrá un recuerdo útil.

Debido a estas circunstancias, la creencia en el dicho ajeno tiene apoyo razonable. La misma fantasía carece de pureza inventiva, pues ni en las narraciones mitológicas falta un dato de realidad. Cuando lo comunicado es una experiencia que atañe a un conflicto entre partes, su contenido es susceptible de crítica a través del contraste en las declaraciones. El sospechoso que ofrece una coartada coincide con su acusador al menos en el punto de la coincidencia temporal: no podría sostenerse que a determinada hora de cierto día, el sospechoso no estaba en el lugar de los hechos, si el acusador no sostuviera también que éstos acontecieron en tal momento; de lo contrario faltaría la coartada. Esto viene a mostrar la absoluta imposibilidad de una inutilidad total de las declaraciones: al menos un dato, entre todo lo expresado, puede corroborarse con otros elementos de confirmación.

Si faltara cualquier otro medio, bastarían la demanda y la contestación, la acusación y la defensa, para efectuar el contraste de declaraciones. Corresponde a la eficiencia procesal la existencia del debate, o como se le denominara en otros tiempos: la litiscontestación. Aún más, ni siquiera la contumacia impide ese debate, porque ya en la demanda o en la acusación, se presentan al juzgador pretensiones conflictivas, esto es, afirmaciones que se suponen negadas por la contraria. De ahí que cuando ciertos códigos imputan la admisión de hechos al contumaz, no están posibilitando la convicción del juzgador, sino sancionando lo que consideran conducta indebida.

En la exposición que antecede, se han mencionado marginalmente algunos extremos que por diversas razones legales se suelen incluir entre las declaraciones de parte o de terceros, como el juramento, el careo, la fama pública, y la **ficta confessio.** No todos los casos son de verdaderas participaciones de conocimiento, y en algunos, como en la **ficta confessio,** ni siquiera hay participación; pero por relacionarse con los sujetos de derecho, se les regula como declaraciones. En cambio se ha visto que las participaciones de conocimiento dadas por escrito, son tomadas como medios de acreditamiento, probablemente con toda razón y en vista de que las deposiciones no son inmediatamente realizadas ante el juzgador. Pero si consideraciones técnicas remiten el testimonio o la confesión escritos al campo documental, análisis teóricos imponen la necesidad de que

otras figuras, consideradas como declaraciones, se reduzcan de rango o se eliminen por completo de este ámbito, como sucede con la fama pública y la confesión ficta antes aludida. Su importancia como medios de convicción es notoriamente inferior a las declaraciones inmediatas de lo conocido personalmente, y por ello conviene calificarlas de expresiones menores.

a) El careo podría ser considerado como una confrontación, si no fuera porque en la doctrina mexicana [848] se ha estimado como tal a la diligencia de rueda de presos. El careo, según la explicación de Moreno Cora se practica siempre que los testigos entre sí o el inculpado y el ofendido o estos últimos solamente, se encuentren en contradicción en cuanto a hechos sustanciales.

Tal diligencia suele efectuarse sólo con los que van a ser careados, sin la concurrencia de otras personas, y cada careo se hace constar por separado. Su desahogo consiste en leer a los que se van a carear, sus respectivas declaraciones, hacerles notar las contradicciones que hay en ellas y procurar que den una explicación satisfactoria o se pongan de acuerdo repecto de la circunstancia referida de distinta manera, que es lo que debe haber dado motivo al careo.

Moreno Cora entendía que la diligencia es de mucha importancia cuando se practica como sería de desear, en presencia del juez que va a pronunciar la sentencia, porque teniendo presentes a los dos que se van a carear, fácil le será descubrir por su firmeza en sostener su dicho, su serenidad al declarar o por el contrario, sus vacilaciones, reticencia y la turbación de su semblante, quién de los dos dice la verdad.

Por desgracia, agregaba este autor, en la forma actual de procedimientos en materia penal, pasa mucho tiempo entre la época en que se practican los careos y aquél en que se pronuncia la setencia; y no pocas veces acontece que el juez que dicta el fallo es otro diverso del que practicó la diligencia. En el primer caso, las impresiones se borran, se pierde la memoria de ciertos incidentes al parecer insignificantes pero de mucha trascendencia, que tienen lugar al practicarse el careo. En el segundo caso, el juez o el tribunal sentenciadores, ni idea tienen de la impresión que causaron en uno de los careantes las reconvenciones hechas por el otro, y en ambos casos el juez, en lugar de la discusión animada, llena de movimiento y de vida, que tanta ayuda pudiera prestarle para descubrir la verdad, no tiene a la vista más que la fría narración de que se leyeron a los careantes sus respectivas declaraciones y que habiéndoles hecho notar las contradicciones que en ellas se advierte, lo cual se pone sólo como una fórmula, cada uno sostuvo su dicho y no adelantándose nada se dio por terminada la diligencia.

848 Moreno Cora, op. cit., p. 602.

Por este motivo, el careo de los testigos o de éstos con el reo y del reo con el ofendido, que pudieran arrojar luz en el proceso, casi siempre resultan inútiles. Pero Moreno Cora opinaba que no sucedía lo mismo en el juicio por jurados, en el cual los testigos pueden ser interrogados nuevamente por el ministerio público y por el defensor, el reo también puede dar las explicaciones que se le pidan, lo mismo que el acusador, y todo esto, en presencia de los jueces del hecho, que observan el semblante de los delincuentes, sus vacilaciones o su firmeza, el temor o la serenidad que muestran y otros signos exteriores que, si no son por sí mismos señales infalibles de culpabilidad o de inocencia, pueden ayudar mucho al descubrimiento de la verdad. Los jurados dan su voto antes de que se borren de sus memorias tales impresiones y esto es lo que viene a explicar el fallo en conciencia que les caracteriza.

La finalidad de los careos es hacer cesar la contrariedad existente entre dos testimonios, de manera que uno de ellos tiene que cambiar para ponerse de acuerdo con el otro, si la diligencia da el resultado que se busca. Se debe, en consecuencia, decía Moreno Cora, excluir el caso de que se trate no de simples cambios en las declaraciones, sino de una contradicción manifiesta y patente reconocida por el mismo testigo. Si tal sucede, en su concepto debería preferirse la declaración que estuviere de acuerdo con otros medios de confirmación en el proceso, y si no hubiere ninguna, no debería darse crédito a las declaraciones de los careados.

No sólo para México, sino para otros países, la fórmula del careo es conocida y practicada aunque su eficiencia no sea una realidad. Gustavo Orjuela H.[849] explica que el código reglamenta con este nombre una diligencia que tiene por fin aclarar las contradicciones en que hubieren incurrido los testigos o procesados entre sí o aquéllos con éstos sobre algún hecho o alguna circunstancia que interesen a la investigación.

En la práctica, agrega, y salvo muy contadas excepciones, la diligencia no tiene resultado apreciable alguno; el fracaso era total bajo el imperio de la legislación anterior, según la cual, para practicar el careo se leían las declaraciones y se pedía a los sujetos que las ratificaran o rectificaran: naturalmente, al recordarse a los careados lo anteriormente manifestado, ratificaban su dicho, pues tratándose de testigos, como ambas declaraciones se les reciben bajo juramento, aun cuando en la inicial se hubiera mentido, no cabía esperar que después rectificaran para dar constancia del delito de falso testimonio.

Y si se trata de los procesados, aun cuando declaren sin juramento, saben que la contradicción entre sus declaraciones inicial y posterior, determinará que el juez se crea objeto de engaño y juzgue que se le oculta la verdad.

849 *Derecho procesal penal*, Bogotá 1967, pp. 255 y ss.

Es por ello que el nuevo código prescinde de leer las anteriores declaraciones y exigen se declare de nuevo en presencia de ambos sujetos y en el orden que el juez estime oportuno. Según Orjuela, esto da mayores posibilidades de resultados positivos, sin embargo, reconoce, en la práctica casi nunca logra aclararse con la diligencia, cuál de los careados ha dicho la verdad.

En el derecho colombiano también se practica el careo entre dos personas, pero quienes tienen derecho a intervenir en la diligencia, pueden dirigir preguntas, excepto cuando el careo se practique con un procesado, pues en este caso la diligencia debe considerarse, respecto a él, como una continuación de su indagatoria, en la misma forma que el careo de un testigo se estima como continuación de su declaración, y, opina el autor, el indagado sólo puede ser interrogado por el funcionario. Los careados han de ser exhortados a decir la verdad en la diligencia, y quienes en ella intervengan como testigos deben ser juramentados; por el contrario, si el procesado interviene en el careo, no será sometido a juramento, salvo en el caso de excepción en que declare contra otro sin culparse a sí mismo.

En resumen, el careo trata de esclarecer las discrepancias en las declaraciones de los sujetos a él llamados; pero en el fondo, no parece sino una diligencia ingenua e intrascendente. Con todo habrá que reconocer que en ciertas causas, viene a ser el único medio de defensa del acusado. En efecto, dada la defectuosa mecánica del procedimiento escrito, lo normal es que en la investigación policíaca se arranque al indiciado una confesión, suficiente para consignar. Esta declaración y otros indicios recogidos en la averiguación, tendientes a la integración del llamado **cuerpo** del delito, bastan para dictar un auto de formal prisión, cuyas constancias serán también las necesarias para condenar, a menos que el acusado logre contrarrestar tan gran peso. Si no existe coartada evidente, queda sólo el careo con la víctima, y es aquí que el acusado, por lo general abandonado si no cuenta con medios económicos, apela a su ingenio para hacer caer en contradicciones al ofendido.

Se desprende de lo anterior que el careo, a menos de ser llevado al proceso civil, no se efectúa entre las partes del proceso, pues en lo penal no tendría importancia alguna que el ministerio público se enfrentara al acusado, quien nada podría desvirtuar respecto de afirmaciones que no provienen del agente que promueve sino sujetos que ya no accionan. Si el proceso se estableciera entre un acusador privado y el acusado, nada en teoría podría impedir el careo entre estos sujetos. Sin embargo, en el derecho español se habla del careo entre dos imputados, entre dos testigos y entre un imputado y un testigo.[850]

850 *Fenech*, op. cit., T. I, p. 849.

Tal vez ello obedezca a un formulismo legal, puesto que Fenech le considera el acto procesal de confrontación de dos o más personas ya examinadas como sujetos de la práctica de **pruebas**, y cuya finalidad es convencer al juez de la existencia de un delito o la culpabilidad de alguno de los imputados, aunque en realidad sea un modo mediato y subsidiario, ya que su fin, reconoce el autor, es la obtención de elementos de convicción para una recta valoración del resultado de la práctica de los medios de confirmación, consistentes en la declaración del imputado o testigo.

Lo único digno de mención es que el proceso español conoce de una distinción en la forma de proponer y admitir el careo, pues en el sumario sólo el juez instructor conoce las declaraciones y puede ordenar la diligencia, en tanto que en el plenario la proposición puede ser hecha por las partes al conocer ya las declaraciones del sumario, quedando reservada la admisión al tribunal; pero debe advertirse que la práctica del careo permite a las partes y a sus representants dirigir preguntas a los careados e intervenir como el propio tribunal.

En resumen, tal como lo asienta Fenech, el careo ha de realizarse necesariamente en forma oral, después que el secretario señale las discrepancias en las declaraciones e invite a los careados a ponerse de acuerdo, y si no lo hicieren, serán preguntados y, en su caso, repreguntados.

Queda otra diferencia en este régimen, y es que el careo en el sumario debe ser secreto, mientras que en el juicio oral ha de ser público, respepetándose la inmediación establecida en la ley que exige la presencia del juzgador. La valoración de este medio de confirmación, dice Fenech, no plantea ningún problema especial con relación a las declaraciones, y sólo sirve para corroborarlas o contradecirlas.

Es, por todo lo dicho, que el careo, practicado correctamente alcanza una utilidad relativa, influyendo en el convencimiento del juzgador como lo haría el debate oral entre las partes o como debería acontecer con los alegatos si éstos fueran cruzados y no sucesivos.

b) Del juramento se ha dicho [851] que es la afirmación solemne que una persona hace ante un juez, de decir la verdad en la declaración que rinde. La solemnidad puede estar rodeada de un cierto sentido religioso, cuando se utiliza una fórmula que ponga a Dios por testigo o algo similar; pero no siempre es así y se trata de un punto de simple política legislativa.

El juramento, explicaba Moreno Cora [852] se prestaba antiguamente y ha sido sustituido en el derecho mexicano con la protesta de decir verdad, solemnidad indispensable para el valor legal del testimonio.

851 Devis Echandía, op. cit., pp. 307 y ss.
852 Op. cit., pp. 587 y ss.

Antiguamente, agrega, hasta los reos juraban producirse con verdad acerca de los hechos que iban a declarar; y como esto podía ser, y de ordinario era en perjuicio suyo, resultaba el conflicto entre el interés y el respeto a la religión, pues hasta el derecho natural obliga a evitarse todo daño. Contra tal abuso se levantó la voz de los publicistas en los principios del siglo pasado, y mediante sus enseñanzas y con apoyo en sus doctrinas, se previno en la Constitución española de 1812, que estuvo vigente en México, aunque por pocos años, que la declaración del procesado fuera sin juramento, y que a nadie deberá tomarse en materias criminales sobre hechos propios.

Sólo quedó subsistente la obligación de prestar el juramento de parte de los testigos, y aunque también combatido por algunos publicistas, subsistió en el régimen nacional, hasta la ley que declaró la independencia entre la Iglesia y el Estado.

La abolición fue debida, no tanto a las razones esgrimidas en su contra, sino porque era una consecuencia que se infería lógicamente de la independencia entre la Iglesia y el Estado, proclamada por la ley de 6 de diciembre de 1860. Es conveniente añadir, explica Moreno Cora, que la fórmula del juramento se hallaba de acuerdo con las creencias y las prácticas de los respectivos cultos. Si los secuaces de alguna secta tenían prohibición de jurar, bastaba que protestasen decir la verdad, en la inteligencia de que la violación de esa promesa, les haría merecedores de las mismas penas señaladas a los perjuros, tal como se indica en la **Curia Filípica Mexicana.** [853]

Las leyes 1, 20 y 21 del título 11, de la Tercera Partida contenían las fórmulas del juramento que debían prestar los católicos, los judíos y los moros. El artículo 9º de la ley de 6 de diciembre de 1860 que abolió el juramento expresó que se declaraban válidos y subsistentes todos los derechos, obligaciones y penas legales, sin necesidad de considerar el juramento a veces conexo con los actos del orden civil. Cesó, por consiguiente la obligación legal de jurar la observancia de la Constitución, el buen desempeño de los cargos públicos y de diversas profesiones, antes de entrar al ejercicio de ellos. Del mismo modo cesó la obligación de jurar ciertas y determinadas manifestaciones ante los agentes del fisco, y las confesiones, testimonios, dictámenes de peritos y cualesquiera otras determinaciones y aseveraciones que se hagan dentro o fuera de los tribunales. En todos estos casos y en cualquier otro en que las leyes mandaban hacer juramento, se reemplazó por la promesa explícita de decir verdad en lo que se declara o de cumplir bien y fielmente las obligaciones que se contraen.

853 Sec. 33, parte 1ª, párrafo 747.

No subsiste, pues en México, más que la sanción legal, que consiste en conminar al testigo con que sufrirá las penas de la ley si falta a la verdad. En cambio, en otros países y de diversas técnicas, como el derecho norteamericano, el juramento no sólo es exigido a los testigos sino a las mismas partes y aún a los funcionarios que intervienen en las diligencias.[854] A veces parece que el juramento ha sido eliminado, pero en la práctica reaparece, y este sería el caso del derecho soviético, donde la doctrina no le menciona, pero sí los documentos jurídicos.[855]

Sea cualquiera el estado en que se encuentre el juramento en las legislaciones extranjeras, lo cierto es que se trata de una figura aparecida en el más remoto pasado. En la antigua Roma, dice Cornél Zoltán Mehész,[856] los conceptos de prometer y cumplir eran idénticos entre sí, la palabra dada era suficiente garantía; pero más adelante la flaqueza humana desvirtuaba tan sólida identidad en cuanto quedaba la promesa y se olvidaba el cumplimiento; quizá por esta causa nació, armado de sanciones, el juramento romano.

El contenido etimológico de la palabra JU-ramento se halla en la primera sílaba JU. Es el calificante abreviado de JU-Piter o JU-Pater, Pater JU-vante, Pater Ad-Juvante, Pater ad-YU-dante, Pater Auxiliador. Cuando en Roma alguien hace una promesa solemne y pone por testigos al Supremo Dios, al Padre Ad-Yu-dante, o en latín JU-Piter, entonces el acto se denomina por el testigo y se dice que se JU-ra. Pero para que alguien ponga en su promesa al JU-Piter o cualquier otro Dios por testigo, tenía que ser de suficiente base moral, alimentada por la fe y la educación. Sobre ella logró calificarse el JU-ramento como una afirmación religiosa, un sagrado freno que garantizaba la promesa religiosa, hecha poniendo a Dios por testigo. El juramento nació de la religión y de la voluntad firme de quienes quisieron que para obligar la fe de los hombres, no hubiese vínculo más estrecho que el JU-ramento; de lo cual son prueba las leyes de las XII Tablas, los pactos hechos con los enemigos, las ignominias y castigos de los censores, que en ningún juicio procedían con más severidad que en casos de juramento.

854 Sereni, op. cit., p. 76 nota 63, donde explica que el *Notary public* tiene autoridad para recibir el juramento del testigo, aunque en los Estados Unidos tiene funciones mucho más limitadas y menos elevadas que en los regímenes europeos e iberoamericanos; el taquígrafo que transcribe la deposición y prepara el *transcript* es, de ordinario, también un *notary public*, y en tal calidad recibe el juramento del deponente.

855 Cfr. A. Vishinski, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Motevideo 1950, p. 244, que al citar un informe que presentara en un proceso incoado contra el centro antisoviético trotskista, literalmente recuerda que algunos acusados juraron, unos rogando clemencia y otros no, que habían dicho toda la verdad.

856 *Juramento romano*, separata de la Enciclopedia Jurídica Omeba, Bs. As. 1963, p. 15. p. 15.

También en el derecho canónico se considera que el juramento tiene por naturaleza la invocación del nombre de Dios, como garantía y testimonio de la verdad de una afirmación.[857] En este régimen representa el remedio más eficaz en la búsqueda de las confirmaciones, pero puede ser judicial o extrajudicial, según lo defiera el juez a una de las partes en juicio, aunque sea a instancia de la otra, o bien resulte de un convenio entre las dos partes, encaminado a realizar la transacción en el pleito. El judicial, a su vez, puede ser voluntario o decisorio, cuando ordinariamente una parte lo defiere a la otra, obligándose a pasar por lo que ésta jure; y necesario si el juez lo defiere de oficio.

El necesario se subdivide en juramento supletorio, que tiene la función de integrar los resultados de otros medios de confirmación, agregados al proceso, y estimatorio, cuyo fin es permitir al juez apreciar con más exactitud la cuantía del daño en las causas de reparación.

Como medio de convicción, el juramento pertenece a los autos de la causa y tiene carácter extraordinario, ya porque no se puede echar mano de él sino en los casos taxativamente establecidos en la ley, ya también porque tiene lugar cuando faltan otras pruebas que completen la instrucción del pleito, así como carácter formal, por cuanto el pleito se decide virtualmente con la delación del juramento.

El elemento característico del juramento frente a la confesión, explica Della Rocca, consiste en que su eficacia se produce aun cuando el jurante declare la existencia de hechos que le favorecen. La importancia social del juramento está dada por la peculiar solemnidad de la aseveración que con él se lleva a cabo, y en esa solemnidad está, además de hallarse en el favor de todo ordenamiento procesal, la razón por la que se ha mantenido desde el derecho de Justiniano, si bien con eficiencia distinta por los diversos principios o criterios que en el decurso de los siglos han inspirado los varios regímenes.

Es juramento supletorio el que el juez defiere a una de las partes a instancia de la otra o de oficio, con el fin de suplir medios de confirmación semiplenos ya practicados. Tiene lugar, principalmente, en las causas que dicen relación al estado civil o religioso de una persona. Pero de ningún modo lo deferirá el juez en las causas que versen sobre hechos o derechos de suma importancia, por ejemplo en casos de herencias, ni cuando queden por utilizar otros medios, o se relacione el juramento con hechos ajenos al jurante. Este medio supletorio no se admite en las causas criminales, con el fin de que el imputado no se vea constreñido a incurrir en perjurio o a ayudarse a sí mismo, y además porque en lo que se refiere al acusador en virtud de ser el fiscal.

857 Los ateos son incapaces de prestar un verdadero juramento, dice Della Rocca, cit., p. 265, nota 188.

La parte a quien se ha deferido el juramento puede referirlo al adversario, pero corresponderá al juez realizar el acto después de haber apreciado los motivos de la relación, en los que se traduce una nueva instancia de delación, y de haber comprobado que existen las condiciones de admisibilidad del juramento. El juramento ya prestado no es óbice para que en los casos previstos por la ley se presenten otros medios de confirmación.

El estimatorio es el que se defiere con el fin de determinar la cuantía del daño sobre cuya resarcimiento versa el juicio. No tiene carácter penal y es una variedad del supletorio. También lo defiere el juez de oficio o a instancia de parte, al actor siempre que no pueda determinarse de otro modo la medida del daño. A diferencia del supletorio, no puede ser referido, ya que está reservado a la parte que ha sufrido el daño y a sus herederos. Cuando se trate de entes y de menores, el juramento lo prestará el legitimado, si tiene conocimiento del hecho relacionado con aquellos, pero nada impide que lo preste el menor que esté dotado de suficiente discreción.

El decisorio es aquel que una parte defiere a la otra con el fin de lograr que, a base de su resultado, decida el juez el pleito.Es casi siempre voluntario, pero no faltan casos en se impone al juez la obligación de deferirlo. La división del juramento en judicial y extrajudicial corresponde sólo al decisorio, porque sólo a él permite el **Codex** tener eficiencia de transacción extrajudicial.

El juramento debe recaer sobre meras noticias de hechos o bien sobre hechos propios de aquel a quien se le defiere. Por lo mismo, cuando versa sobre la noticia de un hecho, no es necesario que ese hecho sea propio del jurante; puede éste tener la noticia en cualquiera forma directa o indirecta, y en tal caso, el juramento asume los caracteres propios del juramento **de credulitate.** Si versa sobre el hecho, el derecho canónico aplica la máxima romana de no obligar a jurar sobre un hecho ajeno por temor al perjurio. La delación del juramento posee la índole de una propuesta de convenio, dirigida por una de las partes o la otra para que con la aceptación de ésta, el convenio se perfeccione y se decida, si bien en forma de juicio, la solución del conflicto.

También se habla del juramento en el derecho procesal civil internacional,[858] y se dice que de la autonomía que conserva el juez en la comprobación del derecho extranjero y de la libertad de que goza en la valoración de los resultados de los procedimientos a tal objeto empleados, puede parecer inadmisible el juramento que tiene el carácter de **prueba** legal por vincular al juez al resultado. Pero es más exacto sostener, en vez de la ilimitada e incondicional exclusión de estos procedimientos, la exclusión de la eficiencia vinculadora del juez, que se le atribuye cuando

858 Morelli, op. cit., p. 58.

sirve a la confirmación del hecho. Por consiguiente, admisibilidad también del juramento, pero libertad del juez para apreciar el elemento de convicción.

Ya Couture,[859] admitía que el juramento asume un carácter especial que no puede ser considerado como un medio de prueba o de evidenciación. No se puede suponer que el juramento del presidente de la República sea un medio de prueba, y sin embargo no es una cosa distinta del juramento como medio de **probar** las obligaciones del código civil o como medio de **prueba** en general del código de procedimiento civil.

Pero Couture intentó resolver la aporía realizando una distinción entre el juramento como medio de **prueba** y como garantía o control **a priori** de la actividad de un individuo, un **recuerdo anticipado** a sus responsabilidades de carácter legal o moral. Con todo, Couture reconoció que del antiguo prestigio del juramento sólo queda el valor que pueda tener la solemnidad como elemento de intimación de un individuo, fenómeno psicológico que tiene el efecto de una propensión a decir verdad. En este sentido se puede hablar de una verdadera crisis del juramento como medio de **prueba,** y Couture se atreve a decir que es un valor absolutamente inútil en el derecho moderno y que en su vida profesional no había visto ni un solo juramento.

De cualquiera manera, el autor procede a contrastar juramento y confesión, indicando que el primero supone un estado de coacción, una especie de presión religiosa o ética sobre el individuo para inducirle a decir verdad.

Por el contrario, la confesión supone un estado de libertad para optar entre las circunstancias que son beneficiosas y las que son perjudiciales, acogiendo el legislador como medio de confirmación los elementos contrarios al propio interés.

Esta diferencia de sustancia conduce a la eficiencia: el juramento es una figura inútil, la confesión es valiosa no sólo en lo penal sino en lo civil. Son, pues, dos medios que aunque semejantes y asimilados por el legislador, tienen un contenido y una trascendencia distintos.

En seguida, Couture recuerda que doctrina y legislación han clasificado el juramento en diversos categorías, de las que sólo insinúa, a título de curiosidad las de los autores españoles del siglo XIX. Pero en el Uruguay no se habla sino del decisorio y el estimatorio. El primero viene regulado en el código procesal civil, el segundo en el código civil y con referencia a las obligaciones, no obstante lo cual, tratándose de la prescripción el código civil obliga a jurar que la deuda está realmente pagada, lo que implica un juramento decisorio.

859 *Procedimiento. Primer curso. Juicio ordinario,* versión taquigráfica, Montevideo, op. cit., T. II, pp. 366 y ss.

La ley, explica Couture, llama juramento decisorio al que presta la parte con el objeto de decidir por él sólo el resultado del juicio; por tanto, agrega, este juramento es un medio al que se acude en el naufragio total de los otros medios de confirmación. Este juramento lo defiere o se pide de un adversario cuando el solicitante está perdido porque no ha podido producir otra confirmación; y como la parte a quien se defiere el juramento ya sabe de antemano que tiene el juicio ganado, nunca jura, porque es entregar el triunfo al contrario. El que defiere el juramento decisorio confiesa implícitamente que la prueba le es adversa; y para prestarlo se exige la máxima **capacidad** procesal.

Por oposición al decisorio, el estimatorio no tiene por objeto decidir el pleito, sino determinar el valor real o de afección de determinadas cosas. Se distingue del decisorio en varios elementos, desde luego porque el estimatorio lo defiere el juez mientras que el decisorio lo defiere o pide la parte. El estimatorio no supone, como el decisorio, la liquidación del juicio, sino una estimación o valoración personal del monto, del valor de cosas que hay que determinar. El decisorio procede en todo tipo de obligaciones, en cambio el estimatorio solamente en las obligaciones civiles precedentes de delito, cuasidelito o dolo, pero no en las obligaciones que surgen de contratos o cuasicontratos.

El decisorio puede ser deferido en cualquier momento, aun después de citación para sentencia, lo que le distingue otra vez de la confesión aunque hay una delimitación lógica, ya que debe admitirse que no se pone el juramento decisorio sino después de vencido el plazo de **prueba** y cuando se han agotado todas las posibilidades de obtener otros medios. El juramento en sí mismo, consiste en interpelar a la parte para que jure que debe lo que se le reclama. La jurisprudencia ha permitido que el juramento se preste por la religión del litigante o sus convicciones, y si no se tiene religión, se presta por el honor.

Ante la inasistencia de la parte, el juramento no puede tenerse por prestado, de manera que aquí radica su inutilidad. Por cuanto al estimatorio, procede cuando ya existe la confirmación del delito, cuasidelito o dolo, cuando ya media sentencia ejecutoriada, de donde se infiere que procede en la vía de ejecución, y aunque tampoco se ha previsto consencuencia a la inasistencia, se supone que no la habrá del interesado.

c) Una tercera expresión de estas manifestaciones menores de los medios de convicción es la fama pública, desdibujada en algunos códigos, excluida en otros y en el resto confundida o vinculada con la testimonial, probablemente porque la fama en sí, se confirma con testigos. A su estudio, Alcalá Zamora y Castillo dedicó un artículo que tuvo como apoyo el derecho positivo mexicano principalmente. [860]

860 *La prueba mediante fama pública*, en *Estudios de derecho probatorio*, cit., pp. 56-78.

Ante todo, el autor le considera una modalidad del testimonio, sin importar que venga regulada por normas especiales. De acuerdo con sus explicaciones, no se trata de una peculiaridad del derecho hispánico, y su origen se encuentra en el derecho romano,[861] aunque todo hace suponer que se utilizara en ordenamientos más primitivos,[862] principalmente por el desconocimiento o la escasa difusión de la escritura y la inexistencia de archivos o registros. Históricamente, pues, la fama pública pudo tener una importancia que hoy le falta y de ahí su regulación independiente.

La figura ha pasado por la Partida Tercera de manera expresa en las leyes VIII y XIV del título XIV, XXVIII y XXIX del título VI, desde el proceso medieval italiano, para llegar a Iberoamérica y singularmente a México, a través de la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, que si bien guardó silencio sobre el punto, al decir de Caravantes, comprendió la fama pública entre la testimonial, puesto que según la ley XXIX, título 16 de la Tercera Partida, se **prueba** la fama por este medio.[863]

Indica Alcalá Zamora que la fama pública refleja una creencia compartida por una pluralidad de personas, al igual que la tradición, la leyenda, el rumor, el hecho notorio y aun el mito, y en esto se diferencia del testimonio que es individual y hasta único, o que siendo múltiple y numerosísimo se traduciría en una suma de percepciones, en tanto que la fama, además de requerir un estado de conciencia colectivo, llega a la categoría de producto.

Respecto de las otras figuras mencionadas a su lado, el autor señala que no es probable que la leyenda, la tradición o el mito entren como medios de confirmación en un proceso; pero si ello aconteciera, habría que diferenciar su calidad efectiva de los hechos constitutivos, pues el primer extremo no requeriría normalmente de confirmación por pertenecer a la categoría de hechos notorios si se aducen en el país a cuya historia corresponden y siempre que tengan la difusión y relieve indispensable. En cuanto a los hechos constitutivos, podrían ser objeto de confirmación, por lo mismo que frecuentemente son imaginarios o alterados respecto a la realidad histórica, y aún tendrían que aducirse otros medios de acreditamiento o de crítica histórica y literaria.

Resultaría que mientras el testimonio no sería aprovechable para hechos relacionados con la historia, sí lo sería el peritaje. De todos modos, los nexos de la fama con la leyenda, la tradición y el mito, son distantes en el terreno confirmatorio, pues aquélla es un medio y las otras tres, o

861 Caravantes, *Tratado*, cit., T. II, p. 240, alude a las leyes 19 del Cód. de *reivindicat*, y 2 Cód. de *Test.*

862 Paoli, *Studi sul processo attico*, cit., p. 131 habla de la opinión pública.

863 Op. cit., T. II, p. 128.

mejor dicho su contenido, serían objeto. La fama es el hecho que confirma, mientras que los hechos discutidos de la leyenda o la tradición compondrían el hecho a confirmar.

Alcalá Zamora advierte mayor relación entre la fama pública y el rumor o el hecho notorio. Los dos primeros le parecen afines al grado de que algunos autores estiman al rumor como germen de la fama, si es que no los identifican como Bentham;[864] pero ya los prácticos españoles, como Febrero distinguían entre fama, rumor y malevolencia.[865]

Sin referirse al rumor sino a la creencia, Villadiego y Hevia Bolaños[866] también le niegan eficiencia; y en fechas más recientes, aparece la inadmisión que, por ejemplo, establece la ley de enjuiciamiento criminal española de 1882, por la nula o escasa credibilidad de testimonios distanciados del hecho y propensos, por tanto, a alterar la verdad, con o sin propósito, en su marcha desde aquél a la recepción judicial.

Acaso cupiese reflejar la diferencia entre los dos conceptos con una distinción prenominal, diciendo que mientras el rumor no pasa de ser el vago e impreciso se cuenta o se murmura, la fama pública equivale a lo creen o lo aseguran en el lugar X, tales y cuales personas.

Más estrecho parentesco encuentra Alcalá Zamora entre la fama pública y el hecho notorio cuyo concepto da por conocido. Tan íntimo es el nexo que Caravantes los identificaba y Febrero enseñaba que al hacer el

864 *Tratado de las pruebas judiciales*, T. III, pp. 10 y ss.

865 Alcalá Zamora cita el pasaje de la *Librería de escribanos*, que va en el tomo III, p. 208, Madrid 1786 que no ha podido consultarse, pero en la p. 59 del tomo 5 de la obra *Febrero Mexicano, o sea la librería de jueces, abogados y escribanos, que refundida, ordenada* bajo nuevo método, adicionada con varios tratados y con el título de Febrero Novísimo, dio a luz D. Eugenio de Tapia, nuevamente adicionada con otros diversos tratados y las disposiciones del Derecho de Indias y del patrio, publica Anastassio de la Pascua, México 1835, se lee que la octava especie de *prueba* y última pregunta general es por fama y notoriedad, y así se articula en los interrogatorios, que los testigos digan de público y notorio, pública voz y fama y común opinión. La fama no es a veces otra cosa que una vana voz del vulgo o rumor del pueblo, que no tiene autores ciertos ni razones probables para que el hecho sea creído, la cual no debe ser atendida ni estimada por tal; otras veces se origina de algunas personas malévolas y sospechosas, que por su propia utilidad y comodidad, o por malevolencia esparcen aquella voz, y ésta tampoco es fama ni merece otra cosa que un absoluto desprecio; y otras veces trae su origen de personas graves y timoratas, se llamará, pues, fama o hecho notorio o manifiesto, al que todos los vecinos, o la mayor parte del pueblo afirman, por haberlo visto u oído a personas ciertas y fidedignas que lo vieron, a diferencia del rumor, pues para éste basta que algunos digan, sin señalar al autor de quien lo saben.

861 De éste se ha consultado la *Curia Filipica*, Madrid 1841, p. 90, donde expresa que *La fama pública* por sí sola induce semiplena probanza si no es junta con un testigo y otros adminículos, que entónces la inducen plena, según Paz. Y el testigo que depone de actos antiguos, de cuyo principio memoria de hombres no es en contrario, deponiéndole de oídas, hace fe, concurriendo con él fama, y otros adminículos; mas deponiendo de otro acto menos antiguo, no hace fe, aunque hace alguna presunción. Y el que depone de ciencia, no hace fe ni *prueba*, sino que deponga de credulidad por concluyente razón, como consta de unas leyes de Partida, y en ellas lo trae Gregorio López y lo tiene Paz.

interrogatorio, los testigos dirían de público y notorio, de pública voz y fama y común opinión. Pero a partir de los estudios de Stein y Calamandrei, [867] la identificación no es posible, aunque el deslinde no sea fácil.

Hay una diferencia, no de naturaleza sino de carácter **probatorio,** mientras el hecho notorio no es objeto de **prueba,** en virtud del principio **notorio non agent probatione,** la fama pública debe **probarse.** Para Alcalá Zamora, la diferencia entre fama pública y los hechos notorios es más de área, volumen o grado que de naturaleza o índole: el fallecimiento será notorio o fama pública, según de quien se trate, el de un personaje histórico pertenecerá a la notoriedad, mientras que el de un vecino de la localidad a la fama. Por hecho notorio entiende el histórico o científico indudable para una persona de cultura media dentro del país en que se invoque; por fama el hecho histórico sólo conocido por los pertenecientes a determinado sector de personas, mientras el hecho notorio ha ascendido a primer plano en la doctrina de los últimos años, la fama o no se toma en consideración o bien ocupa en la literatura un lugar muy secundario.

Por influjo de las Partidas, se asigna a la fama un carácter local, se le vincula con el sentir o convicción general de una determinada población acerca de un hecho a confirmar, aunque hay otra que Alcalá Zamora califica de profesional o corporativa, por tratarse de hechos que suelen ser conocidos por todos los miembros del grupo aunque residan en poblaciones alejadas. Estos podrán ser confirmados llegado el caso, pero no es imposible que con todas sus desventajas en alguna ocasión haya que acudirse al testimonio corporativo. El autor cree que en esta hipótesis, la **communis opinio** profesional posee los rasgos de la fama pública, y dentro del cuerpo o profesión es hecho notorio, pero no en sentido **probatorio,** porque lo notorio está relevado de **prueba** y los que ahora se consideran serían objeto de ella, y porque no podrían incluirse en ninguna de las dos categorías en que los hechos notorios se dividen; no lo serían de notoriedad general por circunscribirse a un círculo, y no pertenecerían a la notoriedad judicial, ya que son ajenos a la carrera y a la función jurisdicentes. De ahí que les incorpore al campo de la fama pública, aunque en el tránsito o zona de interferencia de ella con el hecho notorio. Es así que establece un escalonamiento, que va: del testimonio individual a la fama pública local, de ésta a la profesional, de ahí al hecho de notoriedad judicial, para concluir con el hecho de notoriedad general.

La fama pública **de auditu,** en contraste con la **de visu** refleja una arraigada convicción o creencia y no una percepción sensorial; y aunque sea una testimonial indirecta, ofrece mayores garantías de credibilidad que el testimonio directo, primero por una consideración numérica, y además

867 Del último puede verse *La definición del hecho notorio* en *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1961, pp. 183-212.

porque el testimonio individual directo es con frecuencia instantáneo o fugaz con elevados errores de percepción, mientras la fama representa la creencia general, persistente y continuada, que en el tiempo se va depurando y arraigando. A esto añade la normal falta de interés en cuanto al nacimiento de la fama, que responde al aforismo **vox populi, vox Dei** y lleva anexa una presunción de verdad.

c) Sin penetrar por ahora en el derecho positivo mexicano, tarea que se reserva para el momento adecuado; sin tener, por lo tanto, que seguir a Alcalá Zamora en su posterior desarrollo respecto al período procesal en que puede tener lugar, en lo tocante a las informaciones para perpetua memoria, a las clases de testigos relacionadas con la fama o la reglamentación vigente en la ley distrital; conviene meditar sobre la importancia de este medio confirmatorio.

Para el mismo Alcalá Zamora,[868] la fama pública no tiene razón alguna de subsistir como un medio distinto y aislado del testimonio de terceros, y debe seguirse el ejemplo de varios códigos estatales que no se ocupan de ella. En quiebra, añade, el **sistema** de **prueba** legal, especialmente para apreciar el testimonio, y desaparecidas en gran parte las circunstancias pretéritas que justificaban el predicamente de la fama pública, en la actualidad deben bastar las reglas generales sobre declaración testifical para canalizarla y valorarla, en los casos cada día menos probables en que sea necesario utilizarla.

Ahora bien, suponiendo que la fama sea la creencia general persistente y continuada, que en el transcurso del tiempo se va depurando y arraigando,[869] hay, por lo menos en la legislación mexicana que la acoge, dos factores decisivos: las personas determinadas en que tuvo origen, y las llamadas a declarar sobre su existencia que deben ser fidedignas.[870] En el supuesto de que tal caracterización de la fama, permitiera distinguirla de la leyenda, el mito, la tradición, el rumor, la malevolencia o difamación como quiera Alcalá,[871] la creencia, lo notoriedad y aún el mismo prejuicio[872] que puede manifestarse como preocupación religiosa o exageración política; acontece que se trata de un tipo especial de testimonio: la declaración sobre la creencia en la participación de conocimiento proveniente de persona determinada.

Si la fama es de dos maneras, como explicaba Febrero,[873] una cuando se dice de alguno si es bueno o malo, y otra de hecho particular bueno o malo de otro, esa creencia generalizada es ya algo que escapa al contenido

868 Op. cit., p. 78.
869 Alcalá, cit., p. 70.
870. Op. cit., p. 73.
871 Cit., p. 64.
872 .Cit., p. 76.
873 Alcalá Zamora, op. cit., p. 63, nota 16.

normal del testimonio. Decir que es fama pública que un individuo es honrado o no lo es, vendría a traducirse en la creencia general sobre su honradez, por el dicho de persona determinada, y dentro del proceso sólo se utilizará el dicho de personas mayores de toda excepción que merezcan verdaderamente el nombre de fidedignas, para confirmar esa creencia general.

Desde luego, no se intenta en este momento valorar este medio de convicción. Basta que se encuentre previsto en algunos códigos, para tener que analizar su consistencia. El testigo que declara no es **de viso** sino **de auditu,** pues de otra manera, en lugar de fama pública se trataría de participación de conocimiento directo. Pero lo que el testigo ha oído, lo que sabe es que hay una creencia general, originada en persona determinada. Según la legislación que acoja la figura, ese dicho del deponente tiene cierta eficiencia, es un medio de convicción que podrá lograrla o no, pero que tiene esa finalidad indudablemente. Si puede considerarse ejemplo de fama el que en una localidad el vecindario esté de acuerdo en que una persona se ausentó hace años,[874] si puede haber una fama profesional o corporativa[875] y sería antieconómico citar a la generalidad de la población,[876] entonces cabe concluir que existe una figura jurídica, medio de convicción procesal, que se distingue de las hasta ahora consideradas.

El por qué se pudiera necesitar este medio en los tiempos actuales, de gran adelanto en las comunicaciones, en los registros y en la tecnología, es algo que debe meditarse. Desde luego, el hecho o la persona a los que se refiere el dicho del testigo originador, no han de ser de una naturaleza pública como los registrados en las publicaciones, porque entonces, en lugar de fama, tendrá que hablarse de notoriedad.

Si el acontecimiento o la persona son tan comunes que no ameritan el comentario de los modernos vehículos de publicidad, cabe que su conocimiento se mantenga en un círculo social específico: la vecindad, la localidad o, como indica Alcalá Zamora, el gremio o profesión.

Pues bien, así precisado el fenómeno, hoy es de una importancia notable. Desde luego existen ciertas organizaciones que se dedican al informe de crédito de comerciantes y particulares. Después, hay agrupaciones profesionales que suelen tomar nota de la conducta de sus miembros con fines disciplinarios y honoríficos. En seguida, hay una consideración social de los hombres, que tiene trascendencia en su identificación: estudio del carácter, hábitos, educación y ocupaciones para fines de control de la criminalidad.

874 Alcalá cit., p. 70.
875 P. 68.
876 P. 74.

Supóngase que en determinado caso se afirma que un sujeto es honrado, cumplido en sus obligaciones, respetuoso de las normas y diligente en sus tareas. Agréguese que se intenta confirmar este dato por medio de la fama pública y se acude al testimonio de personas que merezcan el nombre de fidedignas. Probablemente acontecerá que al declarar harán mención del hecho de que es creencia en el medio respectivo: comercial, industrial, laboral, profesional, académico, etc., que dicho sujeto está dotado de las cualidades mencionadas, las que han sido propaladas por determinada agencia de informes de crédito, determinado colegio de profesionistas, cierto sindicato de trabajadores o algún centro de investigación, de cultura o de enseñanza.

Ya se trate de un conflicto civil o penal, mercantil o laboral, la información proporcionada de esta manera será útil, sin que importe por el momento medir el grado de valor que le corresponda. Con esto se tiene una primera conclusión: la fama pública es, y debe ser todavía, un medio de convicción. Aún más, podría agregarse que para ciertas instituciones, como el arbitraje, resulta trascendental, más útil, desde luego, que el reconocimiento judicial de los laudos, porque la fama que adquiera el sujeto que acata o que desacata el laudo, será índice de su comportamiento futuro y advertencia para quienes intenten contratar con él.

En este sentido, la fama pública está bien lejos de ser algo obsoleto, por el contrario, puede ser manejada hábilmente por el juez, para conocer el carácter de las personas. Y en cuanto a los hechos, basta pensar en el problema de la posesión de estado civil: hijo de cierta persona, para convenir en que lo pertinente es regular la figura de una manera más adecuada a la realidad. Mientras se piense que es sustituto de acreditamientos imposibles o difíciles, producto de la incultura o el atraso técnico, la fama quedará como una figura histórica inservible para el mundo económicamente desarrollado de la actualidad. Tal vez esto explique la anticuada fórmula legal y la anacrónica terminología, al tiempo que justifique su modificación y adecuación a lo contemporáneo.

Al tenor de lo apuntado, se podría comenzar por el nombre. Fama pública son palabras que no se acomodan a los fenómenos que se han venido mencionando. Cierto que fama, como afamado o famoso, aluden a las personas y más particularmente a su carácter, sus cualidades, hazañas o realizaciones en cualquier campo de la actividad humana; pero aquí la fama, por ejemplo la de ciertos abogados, es relativamente fácil de constatar documentalmente, y aún se podría decir que ha nacido de sus actuaciones en juicios cuyos expedientes se pueden revisar. En cuanto al vocablo pública, más atañe al conocimiento general que al de un grupo particular, esto es, a la corporativa o profesional.

Parece que lo conducente es distinguir dos ámbitos: el perteneciente a los hechos, y el que corresponde a las personas. Prácticamente, el conocimiento de los primeros tiene un apoyo de objetividad que falta en las segundas, casi siempre consideradas según criterios subjetivos.

Por lo que hace a los hechos la percepción es determinante y a ella debe agregarse la divulgación, a través de la cual los acontecimientos entran en el conocimiento del grupo o comunidad. Por ejemplo, y esto es frecuente en el medio rural mexicano, acontece que la comunidad tiene la creencia de que un individuo es propietario de cierto ganado, porque un vecino imparcial y digno de fe afirma que supo que le correspondió en herencia. En tal supuesto, la crencia es narrativa.

En cuanto a las personas, se ha dicho que se trata de atribución de conductas o cualidades. También en este extremo es frecuente que la comunidad o la agrupación crean lo atribuido a alguien por uno o varios sujetos merecedores de confianza. Quizás fuera conveniente hablar de una creencia en la opinión humana.

Ahora bien, tanto la creencia narrativa, como la creencia opinable, pueden ser captadas conforme a la técnica estadística, es decir, a base de muestreo. Si se intenta averiguar la creencia de la comunidad o del grupo, bastará inquirir a los sujetos idóneos. No será necesario levantar un censo en toda la población ni en toda la agrupación o gremio, será suficiente preguntar a los más representativos, a quienes estén colocados en la situación más adecuada para dar fe de esa creencia: los secretarios de colegios, institutos, academias, sindicatos, etc.

Se infiere de lo expuesto que la creencia, tanto la narrativa como la opinable, tienen importancia, tanto dentro como fuera del proceso. Así como hoy se encuentran organismos especializados en informes de crédito, y de la misma manera que el buen nombre es útil para las relaciones mercantiles o laborales; también en el juicio es importante conocer la opinión que del acusado tiene su comunidad o su agrupación profesional. Nada se diga de las posibilidades que esto podría tener en los muy importantes problemas del juicio de interdicción, pues de llevarse a este sector la creencia opinable, casos como la prodigalidad, la consuetudinariedad de vicios o trastornos mentales, recibirían suficiente ilustración, de manera que el juzgador encontraría fuentes de información que no se limitarían a criterios psíquicos fácilmente controvertibles y en su mayoría relativos o faltos en absoluto de verificación científica. Tanto la libertad personal como la capacidad física y mental, son valores humanos que deben resguardarse al máximo, y si estos medios de convicción pueden emplearse para mejor conocimiento de las personas, no hay razón para excluirlos o limitar su aplicación.

CAPITULO IX

196 La actividad demostrativa. 197 Imputaciones legales.
198 La notoriedad. 199 Los alegatos.

196 La actividad demostrativa.

Hay en todo proceso un momento de actividad final con propósitos de síntesis de eficiencia. Aun en aquellos casos en que el legislador reduce la eficacia al mínimo, como en ciertas impugnaciones de juicios sumarios en que basta la expresión de agravios y un somero informe en estrados, este último viene a invocar todos los elementos de eficiencia: pruebas de primera instancia, mostraciones al **a quo,** acreditamientos que obran en el expediente y medios de convicción que, por su naturaleza deberían ser irrepetibles, más todo un conjunto de reflexiones que doctrinaria y legislativamente suelen aparecer configuradas como otros tantos medios de confirmación, cuando no pasan de ser elucubraciones, argumentaciones, es decir, ese discurrir sobre lo aportado como material de confirmación.

En casi todas las obras de derecho procesal se incluyen en la **prueba** referencias a la notoriedad, conclusiones sobre indicios y presunciones, o sobre imputaciones legales como la llamada **ficta confessio,** y aún alegaciones sobre normas de experiencia. Es cierto que en esta fase se tiende también a inclinar el ánimo del juzgador favorablemente hacia la parte, pero hay una notable diferencia respecto al período confirmatorio. Las dos fases son típicamente de eficiencia procesal, sin embargo la primera ofrece una consistencia material: la prueba, lo mostrado, la objetividad de los monumentos, instrumentos y documentos, y la captación significativa de las comunicaciones. En contraste, la fase demostrativa utiliza la comunicación de la oralidad o la información de los escritos, no para participar un conocimiento de hechos pasados, sino para establecer lógicamente consecuencias jurídicas.

Se podría decir que en la fase confirmatoria, la eficiencia está en proporción al valor material del medio empleado; en cuanto a la fase demostrativa, la eficiencia corresponde a la sindéresis, al valor formal o lógico de los razonamientos. Al explicar Quintiliano lo que debe observar el orador en el estudio de las causas, [877] advertía que ninguno hay de tan corte talento, que hecho deligentemente cargo de todas las particularidades, que en el pleito se contienen, no sea capaz de dar al juez el competente informe; y censurando a quienes de esto se cuidan poco y que ninguna pena

877 Op. cit., T. II, pp. 389 y ss.

se toman en averiguar en qué consiste el punto principal, quedándose fuera de la causa y de las personas, indicaba que pervertidos por la ambición, aparentan estar muy ocupados y mandar ir a su casa al litigante el día antes de la vista, otros se glorian de haber estudiado la causa en los asientos mismos de la audiencia, y algunos más, haciendo alarde de su ingenio, fingiendo que entienden las causas casi antes de oírlas, después que han hablado mucho con aparente elocuencia, y de muy grandes voces, y de cosas que nada tienen que ver con el juez, ni con el litigante se vuelven por el foro bien sudados y con mucho acompañamiento. Estas perversas costumbres, agregaba, no serían tan perjudiciales, si los abogados pusiesen el informe según la verdad del hecho; pero añaden **pruebas** y razones que la desfiguran más, y las defienden como las cuestiones que se ventilan en la escuela.

Entre estos consejos, destaca para el caso, el consistente en que el abogado necesita mirar con reflexiones todos los instrumentos del pleito, y volver a leer con mucha más atención lo que no baste ver una vez sola. La enseñanza, traducida a términos de moderna doctrina, encuentra su ubicación en ese momento del proceso en que el abogado ha de extraer los más depurados datos de eficiencia de lo actuado en el proceso.

Si acaso no se ha considerado que pertenecen al mismo la notoriedad o la imputación de admisión de hechos, los indicios o las presunciones, es porque se ha creído que tienen carácter de **prueba** o simplemente de confirmación; pero observadas detenidamente, estas figuras muestran una naturaleza meramente ideal, estrictamente conceptual y no de objetividad material. En ninguno de tales extremos es necesario hacer algo, realizar operación específica; no hay ni la búsqueda de la huella de los acontecimientos que luego pueda mostrarse, ni se requiere esfuerzo físico para traer al juicio su conocimiento. En algunas hipótesis, como tratándose de la notoriedad, se habla de **probar** los hechos y la circunstancia de que sean notorios;[878] pero ello en nada viene a disminuir el criterio de que el hecho notorio está exento de **prueba** y que el juez debe considerarlo cierto para los fines de su decisión.[879]

Así pues, lejos de suceder como querían los viejos prácticos, que los alegatos de bien probado eran lo único que integraba la fase conclusiva,[880] y lejos de que los alegatos se reduzcan al examen de las **pruebas** rendidas con relación a los hechos afirmados en la demanda y contestación, para demostrar su exactitud o inexactitud;[881] la verdad jurídica es que en el

878 Devis Echandía, cit., p. 82.

879 Id., p. 242.

880 Cfr. Lucas Gómez y Negro, *Elementos de práctica forense con un formulario arreglado a ellos, a los que procede un discurso como preliminar y plan de la obra sobre el arte de litigar, y otro por apéndice*, París 1847, p. 141.

881 Cfr. Alsina, *Tratado*, T. III, p. 707.

proceso surge una fase donde no sólo se confrontan los medios de confirmación, sino que se efectúa una reconstrucción ideal de las situaciones jurídicas, para inferir de ellas las consecuencias respectivas.

Este reconstruir la situación integrada por los hechos del proceso es de gran importancia para justificar el fallo favorable. No se trata de un simple alegar con apoyo en los medios de confirmación, sino que se avanza hacia esos datos que se significan con las palabras notoriedad, imputaciones legales, presunciones o máximas de experiencia. Precisamente porque en el proceso no se ha **probado** el hecho notorio, es menester invocarlo y conectarlo con la situación ideal eficientemente constituida con los medios de confirmación. Otro tanto cabe referir frente a la **ficta confessio,** cuya eficiencia no es de tan elevado grado como parecen imaginar los practicantes, y lo afirmado se extiende a las llamadas presunciones, a los indicios y a las máximas de experiencia.

En fin, la ausencia de materialidad de estos datos de eficiencia, les excluye terminantemente del ámbito confirmatorio y, naturalmente, del sector específico de la prueba. Pero su valor no es poco, sino que a veces resulta ser el único que procesalmente se puede tomar en cuenta. En aquellas causas en que no es posible llevar pruebas, mostraciones, medios de convicción ni de acreditamiento, las constancias de la actividad procesal permiten integrar indicios, invocar presunciones o acudir a máximas, es decir, siempre se podrá razonar el conflicto.

a) A diferencia de probar, demostrar es argumentar, y cabe que las conclusiones a que finalmente llegue una parte sean total o parcialmente detruidas con las reflexiones de la contraria. Abstractamente considerada, la demostración puede ser elaborada por cualquier sujeto: las partes, los juzgadores y aún cierto tipo de peritos a quienes se ha encomendado el denominado juicio pericial; [882] pero jurídicamente, las demostraciones a cargo del juzgador forman parte de sus consideraciones y conducen a puntos resolutivos.

La demostración procesal requiere de una invariación de significaciones, cuyo distinto ámbito de referencia, ha provocado que la doctrina exprese con Chiovenda, [883] que en el proceso se busca la declaración de existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien. Según este criterio, la sentencia vendría a ser un juicio resultante de un silogismo, el cual afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad de ley a favor del individuo. Por tanto, agrega Calamandrei, [884] es necesario admitir que uno de los términos del silogismo debe consistir en la noción de todos los casos en general, contemplados por la voluntad de ley afirmada o negada en la

882 Supra Nº 190.

883 *Principios*, cit., T. I. p. 177.

884 *La génesis lógica de la sentencia civil*, en *Estudios*, cit., p. 371.

conclusión, y el otro en la noción de la verificación o no verificación, en la especie particular, de un caso que se halle comprendido entre los previstos por la ley. En resumen, a partir de una premisa mayor que tiene el carácter de una norma de ley, más la afirmación de que el caso individual está o no comprendido entre los contemplados por la norma, se llega a la conclusión que son los puntos resolutivos.

Pero ya Calamandrei admitía que un silogismo de esta índole, puede producirse fuera de la mente del juez, y ya se ha dicho que toda demanda contiene el germen de una sentencia, pues en tal escrito, el abogado expone los hechos, deduce el derecho y concluye afirmando la tutela del patrocinado. Aún más, el autor puntualizaba que diariamente se asiste al hecho de que dos abogados deduzcan de la misma norma y las mismas circunstancias de hecho, dos consecuencias jurídicas antagónicas, lo que no quita que el procedimiento mental, el mecanismo lógico sea igual aun cuando dé resultados diversos por la intervención de factores extraños y divergentes. Pero el juez no está o no debe estar viciado por tales elementos extraños, y su operación deductiva reviste el carácter de mandato concreto que no tiene la conclusión del accionante. Sin embargo, esta labor, añadía Calamandrei [885] sería demasiado simplista y pobre. El juez no puede pasar de la constatación de hechos a la aplicación del derecho, pues hay una operación intermedia en virtud de la cual establece la relación entre los hechos simples para reconstruir la compleja relación de hechos que se desenvuelve entre las partes y darles una calificación jurídica. [886]

Del complejo de los juicios sobre los hechos singulares, el juez debe entresacar los que tienen importancia jurídica y reunirlos para formar la relación orgánica del derecho que se encuentra latente dentro de las circunstancias materiales. Se trata de construir reuniendo y seleccionando los elementos singulares de hecho, la entidad llamada en italiano **afttispecie** o estado de hecho, a la que el derecho atribuye la facultad de aportar una variación en el mundo jurídico. [887]

Para construir el hecho específico o **fattispecie,** es menester seleccionar entre los varios tipos simples, aquellos que pueden dar una impronta decisiva a su conformación, es decir, aquellos que se pueden llamar los extremos del hecho específico. [88]

Ahora bien, lo importante en este punto de vista de Calamandrei, es su opinión expresa de que esta actividad no es complementaria de las operaciones de valoración de la prueba. Esta actividad es esencialmente de derecho, puesto que se trata de encontrar en el material de hecho, ya to-

885 Cit., p. 373.
886 Id., p. 385.
887 Cit., p. 388.
888 Los *essentialia negotti* o caracteres del estado de hecho, op. cit., p. 388.

talmente constatado, los elementos que dan lugar al efecto jurídico. Tal operación se puede escindir, agrega, en dos partes, la primera de las cuales consiste en una síntesis de los fragmentarios elementos de hecho dirigida a formar una relación compleja y orgánica; la segunda consiste en buscar los caracteres jurídicos de la relación concreta así reconstruida que pertenece al juicio de derecho. Sin embargo, en la realidad, el juez no puede escoger entre los diversos hechos simples que tiene ante sí, los llamados extremos del hecho específico, sino realizando desde un principio un juicio de derecho sobre la importancia jurídica de cada uno, al objeto de construir un hecho específico que tenga un significado jurídico. En el trabajo de selección de los juicios singulares de hecho, se debe tener presente cuál es el efecto jurídico que la parte pretende, para dar importancia sólo a los hechos que puedan tener relación con semejante efecto. [889]

Precisamente, entonces, la demostración procesal a cargo de las partes, tiene el cometido especial de reagrupar afirmaciones jurídicamente calificadas con confirmaciones obtenidas eficientemente, para ofrecer al juez el hecho específico tutelado por la norma aplicable. Quien tiene nada más que una brevísima práctica del ejercicio de la abogacía, explicaba Calamandrei, [890] sabe cuánto esfuerzo debe derrochar a veces el abogado para llegar a ver, entre la informe y desordenada narración de circunstancias que se le hace incoherentemente por quien le pide consejo, el verdadero punto central de la cuestión jurídica, escondido bajo un cúmulo de hechos sin trascendencia, que el profano no sabe distinguir de los que son capaces de producir una consecuencia en el mundo del derecho. El jurista debe deducir la naturaleza del fenómeno jurídico, de ciertos extremos, invisibles a los ojos vulgares; en esta diagnósis es que funciona el sentido jurídico, fruto de larga experiencia, en virtud del cual una ojeada en el complejo de los hechos basta para aislar aquellos que tienen trascendencia y para darse cuenta de la cuestión que interesa decidir. [891]

Hay, pues, en toda explicación, la misma noción que se expresa con las palabras subsunción del hecho específico en la norma, o aplicación del derecho al hecho, actividades que Calamandrei considera recíprocas y concomitantes, que tratan ambas de decidir si en el hecho específico concreto se realizan todos los extremos que la norma presenta en hipótesis, o sea si el hecho específico designado abstractamente en la norma se ha efectuado enteramente en el caso particular; para lo cual hay que comparar el hecho específico concreto y los hechos específicos presupuestos por las diversas normas, y cuando hay coincidencia se habrá encontrado la norma adecuada para decidir el punto controvertido. [892]

889 Cit., p. 389.
890 Cit., p. 390.
891 Op. cit., p. 391.
892 Op. cit., p. 393.

b) Si Calamandrei estudió este fenómeno desde el ángulo de la génesis lógica de la sentencia, nada impide, como a él nada le impidió, considerarlo en el ámbito del accionante o, mejor dicho, de su abogado.

Se diría que ya Calamandrei había precisado que esta perspectiva es la que viene a dar la correlación entre demanda y sentencia, pero no debe olvidarse que al principio del proceso la posición de la parte es una, y al cabo del proceso es otra. La razón es bien clara, al iniciarse la serie la parte desconoce el contenido de la defensa de su contraria, en cambio al final han sido debatidas todas las cuestiones y se han precisado los hechos del conflicto hasta llegar al mantenimiento de hechos específicos por cada contendiente. Aún más, si la determinación de los hechos específicos no se ha logrado en el transcurso de la serie, es cabalmente el momento de la síntesis, donde se debe conformar el hecho específico aducido por cada parte.

La tarea de subsunción o aplicación del derecho no ha terminado, porque debido a la circunstancia apuntada, en lugar de un hecho específico, cada parte sostendrá puntos contradictorios. El juzgador se enfrentará a dos o más hechos específicos sostenidos por cada bando, y su operación lógica consistirá, como lo explica Calamandrei, en un examen sucesivo de todos los hechos específicos aducidos por las partes y su confrontación con los contemplados en las normas aplicables. Al juez, finalmente, le corresponderá determinar la norma y el efecto, para resolver si es el pretendido por el accionante. Es posible, dice el autor,[893] que si el juez no tiene presente el hecho específico alegado por la parte y su pretensión singular, por la coincidencia del mismo hecho específico con otra norma que no sea la invocada por el accionante, llegue a un resultado diverso si no es que contrario: por ejemplo, dice, si uno de los cofiadores que ha pagado, exige la repetición contra el deudor, en aplicación de norma distinta a la invocacada por el actor, el juez podría decidir absolviendo, en vista de que otra norma establece que el fiador que paga tiene derecho de repetición contra los otros fiadores en sus respectivas porciones. Tal error puede evitarse si el juez no olvida cuál es el efecto jurídico que la parte pretende.

Y el efecto jurídico que la parte pretende viene precisado en la fase demostrativa, cuando los elementos de afirmación y confirmación han sido establecidos. La parte, en el ejemplo de Calamandrei[894] ha narrado los hechos correspondientes a la constitución de la fianza y al pago de su responsabilidad, y en la fase respectiva ha confirmado con los medios consiguientes tales extremos; por más que en la demanda debe de haber

893 Op. cit., p. 394.

894 Cit., p. 394.

pretendido la repetición contra el deudor, es en la fase demostrativa que individualiza los efectos que pretende, y cuya conclusión silogística se apoya en las constancias judiciales.

Y todavía cabe agregar que no es el juez el único, como parece indicarlo Calamandrei, que muchas veces tiene que encontrar primero la norma no codificada, derivándola de criterios analógicos o de principios generales del derecho; es preciso reconocer que en este sentido, la labor del abogado patrono es altamente importante, porque a golpes de razonamiento es que se han abierto las brechas jurisprudenciales. La verdad es que son los abogados quienes exprimen las ideas y quienes pugnan e insisten hasta que los juzgadores las acogen e imponen positivamente.

Sería inexacto decir que en esta operación intelectual hay un trabajo probatorio. Es aquí que los accionantes se refieren a la notoriedad de los hechos, a las normas de experiencia, a los efectos imputados al silencio de la contraria y a las consecuencias de las presunciones; pero no hay una labor de confirmación de lo afirmado en el proceso.

La fase demostrativa terminará lógicamente con unas conclusiones que son llamadas alegatos, y que por estrechez de visión de la antigua doctrina, se calificaron de alegatos de bien probado. En estas condiciones, la demostración se encuentra reducida al mero planteamiento de resultados, que en la práctica se construye como apuntamientos escritos, en los que bien puede expresarse que, en concepto de la parte, su derecho ha quedado evidenciado y la sentencia debe favorecerle.

Pero esta forma de terminar la actuación procesal es intrascendente, quizás porque hasta hoy no se ha dado a la fase demostrativa la importancia lógico jurídica que tiene. Desde luego, conviene recordar con Calamandrei, que los problemas jurídicos no son simples, sino que muchas veces, se acude a normas en las que el legislador no ha dicho cuál debe ser el efecto de un cierto hecho específico, sino que ha dejado al intérprete el determinar caso por caso, teniendo presentes ciertos concretos elementos variables, extraños al texto de la norma, y, precisamente el autor menciona hipótesis que son manifestaciones típicas del derecho privado, puesto que se trata de normas que atañen a declaraciones de voluntad en campos que la ley deja abiertos a la disposición privada. [895]

Si en la demostración se invaría el hecho específico obtenido del debate, con el hecho específico contenido en la norma aplicable, para alegar la procedencia del efecto pretendido, no por ello se está invadiendo la esfera de competencia del juzgador. Este cuenta con una potestad interpretadora que aplica el principio **iura novit curia,** entendido como lo expresa Calamandri: el deber del juez de conocer la ley aun cuando las

895 Op. cit., p. 409.

partes la ignoren o no la entiendan.[896] Pero este principio, agrega el autor, significa también que cualquier particular, aun fuera del proceso, tiene los medios de investigación para procurarse el conocimiento del derecho vigente.

Se podría decir que así como el juez tiene una potestad inquisitoria respecto de los hechos del conflicto y los medios de confirmación de las afirmaciones de las partes, dentro de ciertos límites que le impiden presentar el conflicto mismo; así las partes tienen una facultad investigadora del derecho, aun cuando consista en principios generales, dentro de otros límites que les impiden interpretarlo imperativamente.

Ambas categorías de sujetos: partes y juzgadores, cooperan en cuanto a los hechos y al derecho, y de ahí la inteligencia que se ha de dar a los antiguos brocados: **nemo iudex sine actore, iudex secundum allegata decidere debet, secundum allegata et probata judex judicare debet.** Si en la confirmación el juez puede inquirir pero no pesquisar, en la demostración las partes pueden efectuar la subsunción normativa pero no mandar. Sin embargo, es determinante que el **iudex secundum allegata decidere debet,** porque la idea contenida en el principio **iura novit curia** no significa la búsqueda indeterminada y libre de la norma, sino la interpretación de las conclusiones alegadas y la elección y tutela de los efectos pretendidos contradictoriamente.

197 Imputaciones legales.

Dentro del grupo de normas consecuenciales,[897] hay un sector que se caracteriza por regular los efectos de la conducta procesal. Desde luego, no se trata del conjunto que atañe a la eficacia del instar o de la actividad jurisdiccional, sino a la eficiencia del comportamiento dentro de la serie.

Al estudiar las potestades judiciales en materia confirmatoria, Sentís Melendo[898] aludió a los artículos 133 y 134 del proyecto Couture de código de procedimiento civil para el Uruguay, en los que se establecía que los jueces apreciarían, de acuerdo con los preceptos del proyecto las omisiones o las deficiencias en la producción de la **prueba.**

La conducta procesal puede entenderse en sentido que abarque la etiqueta social. En las páginas dedicadas a este tema, Calamandrei sostenía que el aforismo **jura novit curia** no es solamente una regla de derecho procesal, la cual significa que el juez debe hallar de oficio la norma que corresponde al hecho, sin esperar que las partes se la indiquen, sino que es también una regla de corección forense, que indica al abogado, si sien-

896 *El juez y el historidor,* en *Estudios,* cit., p. 113.
897 Supra Nº 3.
898 *Libertad del juez en materia probatoria,* en *Estudios,* cit., T. I, p. 463.

te interés por la causa que defiende, que le conviene no darse tono de enseñar a los jueces el derecho; al contrario, la buena educación impone que se les considere como maestros. [899]

También se conocen resultados desfavorables de la conducta procesal en materia de costas. Chiovenda [900] expresaba que tener un derecho, con facultad de hacerlo valer y de obtener su declaración, no autoriza a llevar impunemente a juicio al deudor o persona obligada a respetarlo, si la actitud del obligado no lo ha hecho necesario. En tales casos, el vencedor, no obstante serlo, debe sufrir las consecuencias tanto del pleito como de las actuaciones que por su culpa, o sea, sin utilidad, se llevaron a cabo, debiendo soportar las propias costas y reintegrar las del adversario.

Sin embargo, para el tema que aquí importa, la conducta procesal que se considera, es aquélla que consistiendo en omisiones de la parte, sirve de apoyo para demostrar la eficiencia de la pretensión, por así determinarlo la norma positiva.

Frente a este fenómeno aparece el de imputación de consecuencias a los hechos que configuran el conflicto. Hay en los dos casos la semejanza de la atribución legal, porque el ordenamiento vigente ha vinculado a un supuesto los efectos alegados, que el juez debe actuar favorablemente a la parte que los invoca, sin necesidad de aportar medios específicos de confirmación.

Pero entre ambos casos se levanta una diferencia notable; en cuanto a la conducta procesal, específicamente respecto a la **ficta confessio,** se trata de un comportamiento dentro del proceso. En cambio, en lo que atañe a los hechos extraprocesales, se habla de presunciones, y se trata de reglas de carácter sustantivo destacadamente.

I a) La confesión es tácita, dice Alsina, [901] en los casos en que la ley autoriza al juez a tener por confesado un hecho, no obstante no existir un reconocimiento expreso, lo que puede ocurrir: i) cuando citada una persona a absolver posiciones, bajo apercibimiento de tenerla por confesa en su rebeldía, no comparece sin alegar justa causa; ii) cuando concurriendo a la audiencia se negase a contestar categóricamente o lo hiciese en forma evasiva; en los dos casos el juez podrá tenerlo por confeso en la sentencia.

El auto que disponga la citación debe contener expresamente el apercibimiento de que, en caso de incomparecencia, se tendrán por absueltas en rebeldía, pues de lo contrario no procede hacer efectiva esta sanción, agrega más adelante. [902]

899 *De la urbanidad (o bien de la discreción) de los jueces,* en *Elogio de los jueces escrito por un abogado.* Trad. S Sentís Melendo e Isaac J. Medina, Madrid 1936, p. 21.
900 *La condena en costas.* Trad. Juan A. de la Puente y Quijano, Madrid 1928, p. 224.
901 *Tratado.* T. III, p. 324.
902 Cit., p. 552.

Así pues, para este autor, la rebeldía del citado puede derivar de su incomparecencia a la audiencia sin causa justificada, o en caso de haber comparecido, de su negativa a contestar una posición o de su contestación evasiva. El efecto es tener al absolvente por confeso respecto de todas las posiciones contenidas en el peligro o de la posición que se ha negado a contestar o lo ha hecho evasivamente. En opinión de Alsina, [903] las posiciones dadas por absueltas en rebeldía por incomparecencia injustificada, producen plena **prueba,** aun cuando se refieran a hechos negados expresamente en la contestación de la demanda, o cuando la demanda no ha sido contestada o cuando la contestación no contiene denegación formal de los hechos afirmados en ella, aunque no exista **prueba** corroborante, pero siempre que sus conclusiones no resulten desvirtuadas por otros elementos de juicio que surjan de los **autos.**

Si se trata de interrogación por las partes o de oficio por el juez, la incomparecencia o la negativa a contestar o dar explicaciones, no autoriza a darle por reconocidos los hechos a que ellas se refieren, pero constituirá una presunción que el juez valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por último, y siguiendo a Guasp, [904] y a Prieto Castro, el autor considera que el valor de la ficción no puede ser mayor que el de la realidad y que nada obsta para que el perjudicado por ella la destruya mediante **prueba** en contrario, y así se ha resuelto en recientes códigos argentinos. [905]

a) Ante todo conviene separar en estas explicaciones del procesalista argentino, lo que corresponde al régimen legal como es todo lo relativo al procedimiento y las condiciones, de lo que es concepción abstracta como resulta su apreciación sobre las consecuencias, su distinción con la interrogación y su valor. En el primer sentido deberá aclararse que en otros regímenes, como el mexicano, la **ficta confessio** abarca también la falta de contestación a la demanda, y aún las omisiones sobre puntos particulares, lo que ha de tomarse en cuenta para una indagación general.

Pero naturalmente, es lo segundo lo importante. El efecto, dice Alsina en primer lugar, es tener al rebelde por confeso. Marginalmente ha de establecerse que lo pertinente no es hablar de rebelde sino de contumaz; y fuera de esta anotación, tendrá que precisarse que ni en el derecho argentino se debe sostener el significado de confesión, porque el mismo autor reconoce que el valor no puede ser mayor que el de la realidad.

En esta aseveración se demuestra que no hay una participación de conocimiento, ni siquiera una comunicación más o menos equivocada. Si tradicionalmente se ha venido hablando de ficción, es por carencia del

903 Cit., p. 377.
904 *Comentarios*, T. II, p. 519.
905 Cit., p. 380.

Así pues, para este autor, la rebeldía del citado puede derivar de su incomparecencia a la audiencia sin causa justificada, o en caso de haber comparecido, de su negativa a contestar una posición o de su contestación evasiva. El efecto es tener al absolvente por confeso respecto de todas las posiciones contenidas en el peligro o de la posición que se ha negado a contestar o lo ha hecho evasivamente. En opinión de Alsina, [903] las posiciones dadas por absueltas en rebeldía por incomparecencia injustificada, producen plena **prueba,** aun cuando se refieran a hechos negados expresamente en la contestación de la demanda, o cuando la demanda no ha sido contestada o cuando la contestación no contiene denegación formal de los hechos afirmados en ella, aunque no exista **prueba** corroborante, pero siempre que sus conclusiones no resulten desvirtuadas por otros elementos de juicio que surjan de los **autos.**

Si se trata de interrogación por las partes o de oficio por el juez, la incomparecencia o la negativa a contestar o dar explicaciones, no autoriza a darle por reconocidos los hechos a que ellas se refieren, pero constituirá una presunción que el juez valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por último, y siguiendo a Guasp, [904] y a Prieto Castro, el autor considera que el valor de la ficción no puede ser mayor que el de la realidad y que nada obsta para que el perjudicado por ella la destruya mediante **prueba** en contrario, y así se ha resuelto en recientes códigos argentinos. [905]

a) Ante todo conviene separar en estas explicaciones del procesalista argentino, lo que corresponde al régimen legal como es todo lo relativo al procedimiento y las condiciones, de lo que es concepción abstracta como resulta su apreciación sobre las consecuencias, su distinción con la interrogación y su valor. En el primer sentido deberá aclararse que en otros regímenes, como el mexicano, la **ficta confessio** abarca también la falta de contestación a la demanda, y aún las omisiones sobre puntos particulares, lo que ha de tomarse en cuenta para una indagación general.

Pero naturalmente, es lo segundo lo importante. El efecto, dice Alsina en primer lugar, es tener al rebelde por confeso. Marginalmente ha de establecerse que lo pertinente no es hablar de rebelde sino de contumaz; y fuera de esta anotación, tendrá que precisarse que ni en el derecho argentino se debe sostener el significado de confesión, porque el mismo autor reconoce que el valor no puede ser mayor que el de la realidad.

En esta aseveración se demuestra que no hay una participación de conocimiento, ni siquiera una comunicación más o menos equivocada. Si tradicionalmente se ha venido hablando de ficción, es por carencia del

903 Cit., p. 377.
904 *Comentarios*, T. II, p. 519.
905 Cit., p. 380.

concepto adecuado, pero es manifiesto que no se intenta decir que el contumaz finge, y si la ficción se vincula con la figura legal, lo cierto es que hay una imputación de consecuencias a una conducta omisiva, lo que está bien lejos de ser falso o ficticio. Quizás se pudiera pensar en que se finge que ha confesado quien en realidad no lo ha hecho, pero esto tampoco es pertinente, porque lejos de fingirse se precisa sin lugar a dudas la contumacia y la imputación.

b) Devis Echandía incluye también entre las distintas clases de confesión a la que sigue denominando ficta, y la encuentra en el caso en que se declara confeso a quien, citado a posiciones, no concurre, añadiendo que la no oposición a la demanda en ciertos procesos, es un reconocimiento tácito de la pretensión; [906] pero debe recordarse que para este autor, reconocimiento es una entidad propia y diferente de la admisión y de la confesión, y se limita a la aceptación total o parcial de las pretensiones del actor por el demandado o de las **excepciones** de éste por aquél, es decir, al allanamiento o la adhesión a aquéllas o éstas. A diferencia de la confesión, el reconocimiento, dice, es la manifestación clara de que se aceptan las consecuencias contenidas en las pretensiones o **excepciones** reconocidas; implica necesariamente la renuncia a discutir las pretensiones o **excepciones** del adversario, o al menos algunas de éstas cuando es apenas parcial, por cuanto hay una adhesión expresa a ellas; implica también la afirmación previa de los hechos por la contraparte, y se refiere al conjunto de hechos que fundamentan la pretensión o **excepción.** [907]

Es necesario puntualizar ya que la **ficta confessio** no es siquiera una confesión tácita, pues sería impensable una participación de conocimientos o una declaración de voluntad, según se entienda la confesión, [908] sin que el **confesante** hablara o escribiera, ni de otra manera expusiera su idea. Pero además, y específicamente respecto a la tesis de Devis Echandía, es pertinente señalar que su concepto de reconocimiento es diferente al sostenido en estas páginas; para él se trata de una sinonimia con el allanamiento, cuando teórica y prácticamente es distinto admitir el derecho de la contraria como cuando se concuerda en su aserto de que hubo un mutuo, a admitir la pretensión como resulta del sometimiento llano e incondicional, pues en el reconocimiento cabe discutir las consecuencias aduciendo hechos impeditivos o modificativos mientras que en el allanamiento esto

906 Op. cit., p. 258.

907 Id., pp. 247-248.

908 Y para Devis la *confesión* es un medio de *prueba* judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos, perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorable a su contraparte en ese proceso, op. cit., p. 257.

no es posible. Por lo demás, la confesión, como participación de conocimiento se refiere a los hechos y no al derecho o relación jurídica aducida en juicio.

De cualquiera manera, Devis acepta que la **ficta confessio** incluye incomparecencia o contumacia respecto de la absolución de posiciones y a diferencia de Alsina, la extiende al interrogatorio judicial y al silencio del demandado en cuanto a los hechos alegados en la demanda, o al silencio del actor sobre los contenidos en la contestación.[909] Es exacto que Devis habla de retractación en este ámbito, pero su explicación no concuerda con la denominación, por cuanto afirma que la **ficta confessio** admite libre **prueba** en contrario y, expresamente indica que no se trata de retractar o revocar la confesión, sino de desvirtuar una **presunción.**

c) A primera vista, no debería hablarse de **ficta confessio** en el proceso penal, dada la prohibición de ejercer violencia contra el acusado. Sin embargo, Alcalá Zamora y Levene hijo,[910] hablan de un esbozo de **ficta confessio** en la legislación argentina, cuando se regula la negativa del inculpado a realizar ciertos actos en el procedimiento sobre falsificación documental. En nota aparte,[911] agregan que deben tenerse en cuenta como razones que abonarían la invocación analógica con la **ficta confessio** en lo civil, el régimen de prueba legal que el código de la capital argentina establece para la confesión, y la remisión a las reglas sobre comprobación documental en materia civil. En contra, explican, podría aducirse que la Constitución prohibe esta solución, por ser un rodeo para obtener una declaración en contra de sí mismo, aun cuando en rigor lo que ella veda es que se coaccione, física o psíquicamente al declarante, pero no que su actitud sea interpretada en determinado sentido.

En relación con el tema, más adelante los autores consideran el caso particular de los delitos de calumnia o injuria, para recordar que no se admite la absolución de posiciones del querellante en estos juicios, pues ello podría implicar la confesión de un delito.[912] Y en nota[913] señalan que se da aquí el caso singular de que en un procedimiento por delitos privados, la confesión actúe más restrictivamente que frente a delitos públicos, cuando debiera suceder lo contrario, ya que si el querellante reconoce la verdad de la imputación, no habría calumnia y sí una denuncia no interpuesta en debida forma. Por otra parte, si el querellante admite durante el proceso la certeza de la imputación, aunque no hayan mediado posicio-

909 Op. cit., p. 283.
910 *Derechos procesal penal*, T. III, p. 76.
911 La Nº 62.
912 Cit., p. 359.
913 La Nº 93.

nes, no parece que el juez deba desentenderse de esta actitud. Por tanto, sería más correcto que cuando llegue a producirse tal reconocimiento, además de absolverse al querellado, se dé cuenta a la autoridad competente para conocer del delito confesado, si no hubiese sido juzgado ya.

d) Quizás no fuera desacertado afirmar que en Alcalá Zamora y Levene hijo, se encuentra un tratamiento más adecuado de la figura, por lo menos en cuanto estos autores no limitan la **ficta confessio** a la inactividad en la absolución de posiciones y, en seguida, al considerar la constitucionalidad de la misma, acuden al argumento de que no está vedado interpretar la conducta procesal en determinado sentido, lo que equivale a admitir que la ley puede imputar un reconocimiento de hechos ante el silencio de la parte.

Las dificultades con que se tropezaría en el campo penal, provienen de lo que Calamandrei llamara la indisponibilidad del proceso, [914] extendida al acusador público, no solamente porque carece de trascendencia a los fines de la sentencia penal la declaración del imputado de someterse espontáneamente a la pena, sino también la renuncia de la pretensión hecha por el ministerio público, y todas las formas de **pruebas** legales o de declaraciones de certeza basadas en la inactividad de una de las partes y en la consiguiente **preclusión** de toda investigación ulterior del tipo de la **ficta confesio** del proceso civil, que están eliminadas del penal, no sólo cuando podrían servir para hacer condenar al imputado, sino cuando podrían determinar su absolución.

Pero lo mismo ocurre en el que este autor llama proceso civil inquisitorio, en cuanto a las **pruebas** legales y a las **preclusiones:** la confesión como declaración que hace **prueba** plena, el juramento decisorio, la **ficta confessio,** que no están, como en el proceso penal, absolutamente desterradas; pero son utilizables solamente en cuanto concurren a hacer pronunciar la desestimación de la demanda y a impedir la modificación jurídica que la demanda trataba de provocar.

En resumen, la **ficta confessio** encuentra más limitado su campo de aplicación que su contraria, la confesión por antonomasia. Sin embargo, la explicación no podría ser en el sentido que quiere Calamandrei, es decir, porque se trata de relaciones jurídicas indisponibles. Lo pertinente es advertir que se da al silencio un efecto que si en primer lugar parece ser desfavorable a la parte, en realidad es perjudicial para los fines sociales de ciertas instituciones como el matrimonio, y situaciones particulares como las concernientes al estado civil de las personas.

Pero estas reservas contra la **ficta confessio** obedecen a otra circunstancia más profunda. En realidad, aquí no hay confesión, no hay partici-

914 *Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio* en *Estudios*, pp. 257-258.

pación de conocimiento y, sin embargo, del silencio o abstención se sigue un perjuicio a la parte. Que esto sea razonable, depende de la concepción que se tenga del proceso.

Ante todo, es menester recordar que no siempre se invarían silencio y perjuicio. Un mismo régimen jurídico puede implantar tres técnicas: quien calla admite, quien calla niega, y quien calla nada dice. Ante el silencio, el legislador puede favorecer a la contraria, puede aumentar sus deberes de confirmación, o puede etender que no se ha formado la relación. Y esto es aplicable por igual al proceso que a los procedimientos paraprocesales, y aun a las relaciones sustantivas.

En tal virtud, la **ficta confessio** se ubica en la hipótesis de admisión. Si se tratara de una especie de confesión, contra ella cabría la rectificación, pero sencillamente acontece que el legislador ha ordenado que se impute al contumaz una admisión de hechos, es por ello que ha de hablarse de admisión implícita, pues el silencio tiene aquí una implicación por disposición legal. Cuando el legislador ordena tener por confesados los puntos no contradichos, hace corresponder la eficiencia de la pretención con la deficiencia de la contrapretensión. Sólo así es posible entender lo prescrito por los artículos 308 y 316 de la legislación distrital mexicana, porque si la confesión es un acto personal, la **ficción** jurídica es inoperante; pero si por confesión ficta se entiende la imputación legal que da por admitida una afirmación de la contraria, la consecuencia es en todo congruente con la hipótesis que hace corresponder la eficiencia de la pretensión actora con la deficiencia de la pretensión de la contraria.

Es más fácil entender y aun trabajar sobre la base de que la confesión ficta es una mera imputación de admisión de afirmaciones, sobre todo a la vista de los artículos 402 y 403 del mismo código, que consideran a la confesión judicial como un acto hecho con pleno conocimiento, sin coacción ni violencia y que permiten la rendición de medios de confirmación en contrario, cuando se ha declarado confeso al accionante.

Sería incongruente que una confesión pudiera ser destruida por el accionante, como también lo sería estimar confesados los hechos en ausencia de la respectiva manifestación de conducta positiva. De ahí que esta solución permita salvar la paradojas y descubrir que la admisión por la que resulta eficiente la pretensión del contrincante, es tan sólo una imputación por obra de la ley, que está sujeta a confirmación en contrario dentro de ciertas condiciones.

Ya en el artículo 271 de esta ley, aparece la contumacia como omisión completa a una actuación determinada, y si bien se refiere a la contestación de la demanda y es directamente aplicable a la inactividad del demandado, también lo es a la del actor para los casos de compensación

y reconvención. Una vez más, los efectos consisten en tener por aceptados los hechos no controvertidos, de manera que ya no es preciso insistir en que no se trata de una confesión ficta ni de una sanción en el sentido común y corriente del término, sino de remedios, impuestos por el legislador, para evitar la detención del proceso, y para satisfacer el sentido de eficiencia que tienen las pretensiones referidas en las acciones, lo cual significa también una certeza en las adquisiciones procesales, sujeta a la congruencia de los restantes datos de la situación en pendencia, que son el origen del caso juzgado.

II e) Dentro de la técnica de imputación legal de consecuencias, se pueden separar las situaciones que se constituyen con conductas procesales de las que se integran con hechos, o acontecimientos. Si tratándose de conductas se han de mencionar todas las expresiones de la resistencia pasiva o inactividad de los sujetos; en lo referente a los hechos se tendrá que aludir a los indicios y presunciones.

Desde luego, hay una confusión o, por lo menos, una manifiesta discrepancia en la doctrina, acerca de si se trata de dos figuras jurídicas distintas o de conceptos sinónimos. Para algunos autores, las presunciones humanas son indicios o conjeturas, [915] y además, sirven para adquirir convicciones sobre la verdad o la mentira, aun tratandose de manifestaciones minúsculas, como un gesto casi imperceptible, una inflexión de voz, una vacilación de segundos. [916]

Otros autores separan los fenómenos, como lo hace Nicolás Framarino, [917] quien luego de expresar que la presunción no es más que una especie de **prueba** indirecta, recuerda que este concepto no siempre ha sido admitido, oponiéndosele dos diversas nociones. La primera sostiene que la presunción no se distingue del indicio, son una misma cosa. La segunda añade que la presunción no sólo no es el indicio, sino que no es **prueba** sino un medio de certeza, por lo que procede a examinar ambas opiniones.

Quienes confunden presunción con indicio, indica, se dejan vencer por el lenguaje vulgar que, a su vez, se ha dejado perturbar por la etimología. **Praesumere,** formar casi una opinión anticipadamente es etimo-

915 Alcalá Zamora, *Cuestiones probatorias en un arbitraje,* en *Estudios* de derecho *probatorio,* p. 172.

916 Id., *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba,* en *Estudios,* p. 49; Devis Echandía cita en la misma línea Jaime Guasp, *Derecho procesal civil,* que en la p. 449 de la Ed. de 1956, textualmente afirma que la palabra presunción alude al convencimiento del juez de un dato procesal determinado, así como la de conjetura, empleada a veces, aunque, menos frecuentemente, con valor sinónimo; a Gianturco, a Antonio Rocha, a de Pina, a Lessona y a Bonnier, quien recuerda que Bentham les llamaba *pruebas* circunstanciales y que Quintiliano les daba el nombre de indicios, op. cit., pp. 235-236. Cfr. Devis, op. cit., p. 567 y nota 6.

917 *Lógica de las pruebas en materia criminal,* Madrid s/f, T. I, pp. 241 y ss.

logía genérica e indeterminada del vocablo que hace sospechosa la cosa significada; pero la lógica criminal tiene la obligación de determinar la noción científica de la presunción, pues frecuentemente se le emplea con un sentido específico. Así pues, la presunción es cosa distinta del indicio, aun cuando no están determinados de un modo científico sus respectivas nociones y sus diferencias, y por ello el raciocinio que lleva a conceptuar inocente al acusado, es verdadera presunción y no indicio.

De otra parte, calificar a la presunción como una fuente especial de certeza criminal, extraña a la **prueba** es peligroso, porque puede provocar en el ánimo el desprecio de la **prueba,** mostrando que sin ella puede producirse la certeza, y porque no considerada la presunción como medio **probatorio,** no se pone en claro su naturaleza. Fuera la presunción del campo de las **pruebas,** créase el peligrosísimo dualismo de una conciencia producida por las **pruebas** y otra por las presunciones, que de este modo se encuentran como argumentos bastardos de dudosa genealogía, indefinidos e indefinibles en el campo de la lógica judicial.

En los argumentos de Framarino hay más pasión o sentimiento que rigor lógico. El autor admite que los conceptos no están precisados científicamente y aunque observa que esta es la tarea de la doctrina, no procede en consecuencia; lo único que hace es poner un ejemplo: el principio de inocencia del procesado mientras no se **pruebe** su culpabilidad. En cuanto al problema que surge si se distingue entre prueba y certeza, lo importante no está en que exista como problema sino en que exista como una realidad, o de otra manera expresado, si en los hombres se forma certeza sin prueba, se podrá tener dificultad en explicar cómo es ello posible y qué consecuencias se derivan de ahí; pero no es aceptable que por presentarse esta complicación se deba optar por negar la diferencia.

También en Carnelutti, [918] empeñado en distinguir entre fuente y medio de **prueba,** se refiere a la promiscuidad del lenguaje que con un solo vocablo: **prueba,** menciona, tanto el resultado como cada uno de los medios empleados. Así, indica, cuando se habla de la inspección judicial, del testimonio o del documento como de otras tantas **pruebas,** se sobreentiende la frase medio o fuente de **prueba;** y lo mismo acontece respecto de la fijación de los hechos mediante fuentes no representativas, es decir, respecto de la presunción, aun cuando entonces existe el vocablo indicio para designar genéricamente el hecho que sirve para la deducción y para distinguirlo de la deducción misma: presunción no significa sino fuente de presunción.

Por tanto, no hay en Carnelutti diferencia entre presunción e indicios, sino entre fuente y medio. Lo único que establece es que la presunción es la fuente y el indicio vendría a ser el medio. Pero la tesis está

918 *La prueba civil,* cit., p. 199 y ss.

viciada en la base misma, porque Carnelutti ha efectuado una transposición de significados y ha aplicado una idea antropomórfica, lo primero al estimar que los hechos externos, los constitutivos del conflicto son la fuente de la **prueba,** porque si ha de hablarse de fuente tendrá que acudirse a la regla científica respectiva: fuente será la ley física para los fenómenos físicos, la química para los suyos y así sucesivamente. En la investigación de la paternidad por aplicación de las leyes biológicas de la herencia, la fuente no es el hecho de que exista un individuo que se dice hijo de otros, sino la ley biológica.

Y hay una idea antropomórfica, porque la relación entre la fuente, el medio y el hecho a probar, se establece causalmente en su tesis; pero la causalidad ha sido relegada a planos secundarios por la lógica moderna y en su lugar se habla de funciones de interdependencia, que persiguen una explicación objetiva, un análisis independiente del sentimiento subjetivo del hombre. [919]

Con entera independencia de lo anterior, en Carnelutti no hay la idea de entender a los indicios y a las presunciones como dos medios de certeza que nada tienen de común entre sí, ni la de estimar que la presunción constituya la premisa mayor del silogismo del que a su vez, el indicio formaría la premisa menor; más aún entre presunción legal y presunción simple no advierte más que una diferencia en cuanto la regla de experiencia en virtud de la cual el juez deduce del indicio el hecho a **probar** está fijada en una regla de derecho. [920]

Si se desecha, como debe ser, la supuesta relación de fuente a medio en lo tocante a la verdadera prueba, sólo quedaría la posible vinculación entre datos e inferencias; pero esto no es siquiera confirmación de lo afirmado, sino demostración, una operación mental ajena a la probanza y cercana a la reconstrucción histórica racionalmente, lo cual podría aplicarse a los indicios o a las presunciones humanas, pero no a las presunciones legales.

Para no continuar con una larga e inútil revisión doctrinaria de quienes sostienen de alguna manera la separación entre indicios y presunciones, basta anotar lo explicado por Devis Echandía, [921] para quien el indicio es un hecho conocido del cual se induce un hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales. El indicio es un hecho conocido y la presunción judicial o de hombre consiste en un argumento lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos

919 S. Stebbing, *Introducción moderna a la lógica,* cit., p. 305.
920 Op. cit., p. 200, nota 342 refiriéndose a las tesis de Ramponi y Manzini.
921 Op. cit., pp. 566 y 567.

especializados, que le permite al juez darle valor **probatorio** al hecho indiciario al inducir de este otro hecho desconocido de cuya **verificación** se trata.

Por lo pronto, hay un punto de coincidencia con lo aquí sustentado, puesto que se habla de inducción, de operación lógica, si bien el resto está en desacuerdo con el tratamiento que se ha venido dando a la prueba y a la confirmación en general; pero ello es prácticamente secundario ante los resultados efectivos a que llega el autor.

También para Devis se intenta llegar por el indicio a un hecho desconocido y, en realidad esta explicación es inaceptable, porque partiendo del indicio se podrá elucubrar y obtener un juicio y no un hecho. Es aquí que reside la nota principal: el indicio es un dato conocido. Podrá no estar probado, ni siquiera confirmado; o podrá tratarse de datos que entrañen una prueba o una confirmación. Lo determinante es su calidad de dato y no de hecho, por ejemplo, si varios testigos declaran, participan un conocimiento y no reproducen un hecho; pero a partir de lo declarado se puede inferir una conclusión favorable o no a la parte.

Lo que acontece en el plano de los indicios, es que el total del conflicto no pudo ser percibido por el juzgador, quien ha de atenerse a las pruebas sobre ciertos extremos, a los medios de mostración en otros, a los de convicción y a los de acreditamiento en el resto. A partir del conjunto, el juez precisa el hecho específico y concluye aceptando o rechazando la pretensión.

Pero puede suceder que la policía judicial investigue la comisión de un delito, y proceda a recoger huellas, instrumentos y restos de cosas o personas. Todos estos materiales son captados como datos que tienen un valor determinado por la experiencia. De ahí su calidad de indicios que **señalan,** que apuntan a cierto sujeto como culpable o causante del delito.

Si se presenta ante el funcionario de la averiguación un documento que se dice falsificado, luego de efectuado su análisis pericial puede suceder que se pruebe la falsificación por copia servil de otro documento que existe en poder de cierta persona. Esto será apenas un indicio de que tal persona le ha falsificado.

Cuando la policía impute al poseedor del documento auténtico la falsificación denunciada, entonces se podrá hablar de que ha presumido humanamente la comisión del delito. Es, entonces, cierto que el indicio es un dato conocido del que puede partirse para llegar a un juicio determinado; pero siendo uno y el mismo el indicio, dos personas pueden tener presunciones diferentes, y el juzgador, en el ejemplo puesto antes, puede concluir que no basta la posesión del documento auténtico para imputar al poseedor la falsificación, porque es probable que un tercero lo haya tomado para efectuar la calca.

En tal virtud, tampoco puede estimarse que la presunción humana, distinta de la legal, sea un argumento lógico. La presunción humana no es la valoración de los indicios, pues la valoración es el resultado y la presunción es la conexión. Presumir que no hubo robo con horadación porque las paredes y el techo o el piso están intactos, es una forma de expresión promiscua como dice Carnelutti, porque lo correcto es decir que el sujeto afirma que no hubo horadación y este resultado lo alcanza por presunción, es decir, conectando un dato conocido: la integridad de las superficies mencionadas, con una máxima experiencia: la horadación supone quebrantamiento de ellas.

f) Para Alcalá Zamora,[92] las presunciones son legales y entonces se relacionan con la **carga** de la **prueba,** o pertenecen a las llamadas humanas y se conectan con la fuerza de la **prueba;** pero sin que en ninguna de esas direcciones impliquen **medios de prueba** con **personalidad** propia.

Desde el punto de vista **probatorio,** añade, la palabra presunción tiene dos significados: uno, que es el correcto, se relaciona con la **carga** de la **prueba,** y el otro que motiva su asociación con los indicios, se conecta con la fuerza **probatoria.** Las verdaderas presunciones son las primeras, denominadas legales, que abarcan dos clases: las absolutas o **iuris et de iure,** y las relativas o **iuris tantum,** según que originen la exclusión o simplemente la inversión en cuanto a la **carga** de la **prueba.**

De no mediar a su favor la presunción, el sujeto, en la segunda hipótesis, tendría que asumir la **carga** de la **prueba,** queda relevado de ésta y amparado por aquélla, siempre que la parte contraria no destruya, en el caso concreto, el fundamento de la presunción.

La regla en materia de presunciones, indica, la constituyen las relativas; las absolutas son excepcionalísimas, y algunas presentan los rasgos de ficciones jurídicas.

En cuanto al sector de presunciones humanas, llamadas también conjeturas o indicios, no suponen medios probatorios distintos de los que sirven para la obtención de la **prueba** directa, y su diferencia respecto de los mismos no es cualitativa sino cuantitativa. En aquéllos, el hecho que **prueba** recae sobre un hecho a **probar** principal, mientras que en el indicio, sobre uno secundario. Un solo indicio no produce **prueba** plena, pero puede llegarse a ella sumando una serie de ellos que marchen en la misma dirección, que no resulten incompatibles entre sí. De ahí que los indicios desemboquen en la reconstrucción, delicada en ocasiones, que en materia penal tiene más importancia que en asuntos civiles y descansa en dos columnas: la lógica y la criminalística.

922 *Examen crítico del Código de procedimientos Civiles de Chihuhua,* cit., pp. 22 y 83.

La legislación distrital mexicana, tanto en el código de 1932, como en el anterior de 1884, ha intentado una definición de las presunciones al decir que son la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido; a la primera le llaman legal y a la segunda humana. [923]

En la exposición de motivos del código de 1880, se dijo que basta, para que haya presunción humana, que de un hecho conocido o debidamente comprobado se deduzca otro como una consecuencia ordinaria de aquél, aunque esa deducción no tenga el carácter de necesaria e infalible; pero las presunciones humanas no servirían para **probar** aquellos actos que conforme a la ley deberían constar por escrito, y esta regla fue ampliada haciéndola extensiva a todos aquellos actos que conforme a la ley deban constar en una forma especial.

En el orden federal, la exposición de motivos del código procesal civil, explica que en rigor, la presunción es un acto espiritual, el resultado lógico de una apreciación de datos que induce a presumir ciertos otros datos no conocidos. Fuera de la convicción lograda por la constatación directa de hechos, por parte de los jueces, toda otra **prueba** proporciona sólo un indicio de verdad, y de la sistemática apreciación de indicios, según que provoquen unos una mayor sensación de seguridad que sus contrarios, los jueces darán la razón a una o a otra parte, en los límites de la convicción lograda. Sólo cuando no existan oposiciones indiciales, como cuando las **pruebas** se corroboran entre sí, o cuando se trata de única **prueba,** no hay necesidad de pesar contradictoriamente los datos de la investigación; pero aun entonces, no se excluye la facultad de apreciación judicial, a no ser en los casos en que la excluya la ley, porque ella misma fije el valor que necesariamente deba darse a una **prueba.** La **prueba** presuncional es, pues, la verdadera **prueba** de fondo, la que se constituye por los elementos de significación contenidos en los diversos medios **probatorios** que se hayan utilizado en el proceso; no es **prueba** especial autónoma, sino una derivación de otras **pruebas,** incluidas en ellas, las del derecho, pues éste debe tenerse siempre por **probado** por la sola existencia de la ley, salvas las excepciones en que es preciso **demostrarlo** por otros medios de convicción.

Lo inapropiado de la terminología de los códigos mexicanos justifica la censura hecho por Alcalá Zamora, [924] sobre todo porque la técnica empleada viene a demostrar que las presunciones no son tomadas como pruebas, ni siquiera como medios de confirmación, sino como operaciones mentales en el caso de las humanas y como relevo de la incumbencia de confirmación las legales absolutas y como inversión de ella las relativas.

923 Arts. 379 y 536.
924 Op. cit., p. 83.

Y esto lo constata la lectura de la misma exposición de la ley federal, al indicar que las presunciones son el resultado del trabajo mental de los jueces en el análisis, la síntesis y la valoración de los medios de confirmación, y que por ello es evidente que no son susceptibles de ofrecerse ni de rendirse como **pruebas,** pues lo único que de ello es susceptible es la aportación de los datos que han de servir de indicios, para sobre su base establecer las presunciones que permitirán resolver la disputa.

Sean legales o humanas, agrega la Exposición, su tratamiento no sufre variación, pues en ambos casos, sólo toca confirmar los elementos de hecho que colocan al interesado en los supuestos en que la presunción se basa, para obtener el beneficio de la misma. Sin embargo, debe argumentarse en contra de la Exposición, que no resulta igual quedar relevado de confirmar, que encontrar invertida la obligación y en lugar de que sea quien afirma el que deba confirmar, toque a quien niega o desconoce la presunción legal el confirmar en contra de ella.

Sin embargo, hay un punto inobjetable en la Exposición, cuando establece que no debe exigirse siquiera que sea explícitamente alegada una presunción, por quien tenga interés en ello, pues los tribunales no están creados para hacerla de dómines, y formalmente juzgar la conducta de las partes en los proceso, [925] para dar la razón a quien ha observado formalidades sacramentales, y negarla a quien no ha procedido con ese cuidado, [926] sino que su misión es más alta: la de procurar hacer verdadera justicia; por esto se concluye que basta con la **prueba** de la existencia de los supuestos de la presunción, para que las partes tengan derecho de que sea tomada en consideración, y decidan de ella los tribunales, sin formal requerimiento de que la tomen en cuenta, como no se requiere hacerlo respecto de clase alguna de **prueba,** porque precisamente su sola existencia en el juicio impone la obligación de apreciarla.

Y, conviene repetirlo, si la terminología del legislador es inadecuada, la confusión que produce se aclara en las invariaciones técnicas que se ve precisado a realizar. Es así como la dicha Exposición, señala que el problema de la incumbencia de la confirmación en lo relativo al efecto de presunción de verdad, es que se tengan por demostrados [927] los hechos desconocidos. La parte beneficiada no tiene ya necesidad de **probar** esos hechos, sino sólo que está colocada en la situación prevista para que la presunción surta en su favor. Sólo hay obligación de confirmar los supuestos de la presunción y tal efecto debe ser destruido por la contraparte, para evitar conclusiones derivadas de la presunción.

925 Aunque este aserto es inaceptable, por las explicaciones dadas antes.

926 Aquí se aclara el pensamiento del autor de la ley, pues no se trata del problema de la conducta procesal, sino de los formulismos injustificados.

927 Y aquí el término es correcto, pues no se tienen por probados ni siquiera por confirmados los hechos, sino por demostradas las inferencias.

Se puede observar cómo estas explicaciones del legislador reafirman la teoría de las presunciones como medios de demostración y no de confirmación, menos aún de prueba. Si con la intención de eliminar los formalismos se releva a la parte de la obligación de alegar la presunción, no por ello se ha eliminado la confirmación de los datos. Es a través de la técnica legislativa que se constata la teoría de las presunciones, y ello permite, a la vez, formular algunas observaciones a la tesis de Alcalá Zamora.

Según este autor, los indicios se asocian **sólo** a las presunciones humanas, mientras que las verdaderas presunciones, o sean las legales, se enlazan a la **carga** de la **prueba,** sea para excluirla en las **iuris et de iure,** o para invertirla en las **iuris tantum.** Parecería además que exclusivamente el juzgador es quien ha de operar con los indicios y que en el momento de la valoración los tribunales apreciarán el de las presunciones humanas.[928] Pero la realidad es que ni las afirmaciones de la demanda o acusación, ni las de la contestación o defensa, son los indicios, ni las partes quedan exoneradas de llevarlos al proceso.

Entre los casos excepcionalísimos que establecen presunciones legales **iuris et de iure,** se puede mencionar la disposición de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal que manda suponer un interés del seis por ciento en todo mutuo en que falte tal estipulación, sin admitir **prueba** en contrario.[929] Pues bien, si en una demanda de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación se afirma que no se ha contratado un préstamo sino un comodato que se acredita con el documento respectivo, la Tesorería no podrá hacer valer la presunción absoluta si no ofrece un medio de confirmación del mutuo. Si, acudiendo al ejemplo que menciona Devis Echandía,[930] para un fin especial se quisiera invocar la presunción absoluta de que la concepción del hijo ocurre entre los ciento ochenta y los trescientos días anteriores al parto, tendría que confirmarse la fecha del parto y dejar para el cálculo mental el cómputo del plazo, que una vez establecido, permitiría aplicar la presunción.

Al precisar que los indicios no son hechos sino datos del conocimiento, queda posibilitada su aplicación en las presunciones legales absolutas y relativas. Es decir, no sólo se asocian con los indicios las presunciones humanas, sino las legales. La diferencia en este terreno es que en las presunciones humanas se parte de los indicios para elucubrar según normas de experiencia, mientras que en las legales, lo único que se hace es confrontar los datos con el hecho específico normativo.

928 Op. cit., p. 84, citando el artículo 391 del código de Chihuahua, equivalente al 421 del distrital.

929 Art. 316, Frac. X.

930 Op. cit., p. 608.

f') A manera de resumen se puede establecer que hay diferencias notables entre i) indicios, ii) presunciones relativas y iii) presunciones absolutas. En los tres casos hay i) datos, ii) normas y iii) resultados; pero la invariación es tan distinta en cada uno, que sería un error, no sólo teórico, sino práctico omitir tal circunstancia. Por último, ninguno de estos extremos se refiere a los medios confirmatorios, menos aún a la prueba por antonomasia: la pericia; pero es indudable que los productos de la fase confirmatoria pueden ser tomados como datos a invariar.

i) Por lo que hace a los indicios, no se trata de hechos, ni mentalmente se opera a través de silogismos.

Un indicio puede tener como materia una conducta, una cosa o un acontecimiento; pero estas materias sólo son susceptibles de percepción. Lo que caracteriza al indicio es la calificación de las mismas como significativas de una función interdependiente con otras. Si el piso está mojado tal hecho se puede tomar como indicio de que ha llovido, pero también de que el suelo fue regado o de que se derramó un recipiente con un líquido.

El indicio aislado no es suficiente para llegar a una conclusión sobre el estado de cosas inmediatamente anterior, y a veces tampoco ello es factible ante la presencia de varios. Por ejemplo: de la autopsia se infieren las siguientes observaciones: las lesiones encontradas en el lado derecho de la cara indican que un traumatismo ha sido causado durante la vida, en esta región; no ha sido violento, ya que la esquimosis producida es superficial; no se ha comprobado la existencia de una herida de la piel o de una infiltración sanguínea subyacente. Por tanto, es posible que las señales procedan de una bofetada; pero también pudo suceder que el sujeto sufriera un golpe leve con un mueble. Si se parte del dato hipotético de la bofetada, se puede pensar que el muerto fue víctima de un ataque, lo que se reforzaría si aparece un desorden de muebles y objetos, huellas de pasos ajenos a la víctima, manchas de procedencia orgánica en el suelo, paredes o vestidos, etc. [931]

Así pues, jurídicamente se imputa a estos datos el valor de indicios, de conocimientos de los que hay que partir para alcanzar cierto resultado discutido en el proceso. Lo importante en la especie, es que la invariación lógica se realiza en un sentido que va en secuencia de juicios particulares, con todos los peligros que entrañan los sofismas de la inducción: falsa generalización, falsa causa y falsa analogía. [932] En efecto, la operación lógica con los indicios es del tipo del procedimiento discursivo que avanza al mundo de los hechos, penetrando en el territorio propio de la llamada

931 Simonin, *Medicina legal judicial*, cit., p. 780.

932 Larroyo y Cevallos, *La lógica de la ciencia*, Cit., p. 205.

causalidad.[933] Lo único peculiar en cuanto a los indicios es que el descubrimiento de relaciones causales no es un tránsito hacia adelante, sino un retroceso: no se reúnen los indicios para establecer una regla general, sino para reconstruir mentalmente un acontecimiento histórico.

Pero conocido un indicio, es decir, estimados un hecho, una conducta o una cosa como índices de algo anterior, para determinar la consistencia de esta anterioridad se acude a las que la doctrina llama máximas de experiencia o cánones de la inducción: concordancias, diferencias, variaciones concomitantes y técnica de los residuos.

Estas posibilidades técnicas son las que propician resultados diferentes, y es por ello que el acusador estima haber demostrado la culpabilidad y el acusado alega haber demostrado la inocencia: uno se apoyará en las circunstancias comunes de los datos para sostener que conducen necesariamente a la conclusión de la comisión del delito por el acusado; el otro se basará en las circunstancias diferentes de los datos, para afirmar que no necesariamente demuestran la culpabilidad.

Por tanto, el paso lógico se hace del dato o de los datos empíricos a una conclusión y, en seguida se efectúa la subsunción normativa: si varios datos concuerdan en un cierto origen causal, se concluirá con el supuesto que permite calificar de culpable al acusado. Si varios datos discrepan en su origen causal, se podrá concluir en la no demostración de la culpabilidad del acusado.

ii) Las presunciones no son de tres clases: **humanas, iuris tantum e iuris et de iure,** sino únicamente de las últimas dos. Lo que se ha venido denominando presunción humana es la demostración indiciaria, y en este sentido asiste la razón a quienes piensan que indicios y presunciones son figuras diversas, pero les falta a quienes consideran que los indicios tienen fuerza **probatoria.**

La presunción **iuris tantum** o relativa tiene también una estructura lógica de inducción, pero a diferencia de lo que sucede con los indicios, en primer lugar se parte de un hecho específico para confrontarlo con una norma y terminar con una conclusión: toda lesión que se produce en un accidente sobrevenido por o con ocasión del trabajo, incluso normal y habitual, es reputado como resultante de este accidente jurisprudencialmente.[934] Acaecida la lesión con ocasión del trabajo, se confronta con la norma que establece la responsabilidad y se concluye imputando el deber de indemnizar.

Sin embargo, la ley puede establecer **prueba** en contrario y, en tal virtud, la parte demandada invocará las confirmaciones que obran en el

933 Op. cit., p. 200.
934 Simonin, Op. cit., p. 769.

juicio para destruir la inferencia; es a esto a lo que se le ha llamado inversión de la **carga,** que no es sino determinación de la incumbencia de confirmar respecto de quien niega o desconoce la presunción.

Lo más notable en la presunción relativa es la circunstancia de que la inferencia no se hace a través de una máxima de experiencia o canon de la inducción, sino utilizando una norma. Siempre se partirá de un hecho específico que aquí tiene la connotación de un dato con sentido jurídico: capacidad, matrimonio, compraventa, posesión, etc.; pero inmediatamente se efectuará la subsunción normativa, lo que se realiza confrontando el hecho específico con el tipo significado en la norma. De ahí se seguirá la consecuencia necesaria para la eficiencia procesal: presentado el escrito de demanda, se presume que el actor es jurídicamente hábil y, en consecuencia, puede pretender sentencia. El hecho específico es la existencia del sujeto, la determinación normativa es la disposición que ordena considerarlo **capaz,** la consecuencia será el deber de admitir su pretensión si se llenan las demás condiciones del instar. Pero si el demandado objeta la habilidad de su contraria, tendrá que confirmar su aseveración. Es por ello que la Exposición de motivos del código procesal civil federal mexicano, afirma que tales presunciones no necesitan ser alegadas por la parte, ya que operan automáticamente y el juez debe llegar a la conclusión conociendo el hecho específico y la norma.

iii) Todo el tema de las presunciones se encuentra ubicado en la esfera de las demostraciones. Entre la presunción absoluta y la relativa no hay diferencia alguna en la base: ambas son, abstractamente consideradas, normas de imputación de consecuencias.

Pero si en el plano normativo la relación consecuencial está construida abstractamente, al llegar a la experiencia es menester distinguir la presunción absoluta, por la circunstancia de no admitir confirmación en contrario. Aquí se ubica la explicación de la exclusión de la confirmación, lo que haría pensar que en el caso no hay siquiera la necesidad de la afirmación. Es claro que la doctrina no pretende llegar a tales extremos, primero, porque en la demanda o en la acusación se hacen declaraciones y participaciones de conocimiento que implican sendos asertos, y segundo porque el hecho específico puede estar controvertido y se necesita confirmarlo.

Queda, entonces, esclarecido que la presunción opera respecto de la consecuencia. Si en el proceso es menester probar, mostrar, acreditar o convencer de la existencia del hecho específico, la confirmación tendrá lugar respecto a tal punto, no así en cuanto a la consecuencia.

Ahora bien, mientras que la presunción relativa lo es porque cabe discutir que en el caso se presenten los hechos que se significan en la relación correspondiente, en la absoluta no puede tener lugar una contienda sobre esta circunstancia.

Al negar la habilidad jurídica del promovente o la buena fe del poseedor, no se discute que el sujeto hábil pueda instar ni que el poseedor de buena fe esté exento del deber de devolver los frutos. Lo que está en disputa es que los hechos empíricos no se corresponden con los hechos significados. En condiciones normales, esto llevaría a las partes a las reglas comunes de la confirmación; en cambio la interferencia de una disposición presuncional, imputa al atacante de la correlación el deber de confirmar su inexistencia.

En los dos tipos de presunciones se da la posibilidad de la necesaria confirmación del hecho específico; pero la absoluta difiere de la relativa, en que la primera no admite discusión sobre la correspondencia entre la relación normada y la relación por normar, mientras que en la relativa cabe afirmar que no hay esa correspondencia.

En el caso fiscal citado de la presunción absoluta del mutuo con interés, cabe disputar si se ha celebrado mutuo; pero una vez confirmado, no se permite controvertir sobre el interés, porque es una consecuencia forzosa determinada por el legislador.

Si se trata de la buena fe de las partes contratantes, confirmado que hubo contrato, se puede discutir la existencia de la buena fe, pero la confirmación de la inexistencia incumbe a quien la invoca.

Allá basta confirmar el mutuo para que opere la consecuencia del interés, acá bastará confirmar la contratación para suponer operante la consecuencia de la buena fe, pero cabe contradecir y confirmar la mala fe. Por eso se ha dicho que en la presunción absoluta hay relevo de **prueba,** en tanto que en la relativa, hay inversión de su **carga.** Aclarado el fenómeno se puede sostener que en la absoluta basta confirmar el supuesto de hecho, en tanto que en la relativa hay que confirmar además la inexistencia del hecho consecuencialmente supuesto por la norma.

198 La notoriedad.

El hecho específico debe ser establecido siempre, sin importar que le circunden datos que puedan hacerse valer como consecuencias inductivas o normativas. Las mismas condiciones se presentan respecto a la notoriedad, pues aquí, por lo menos debe mencionarse el hecho calificable de notorio.

Se pregunta Lessona,[935] si los hechos notorios deben considerarse como no discutidos, de manera que no requieran confirmación. Habrá que distinguir, opinaba, la notoriedad que haría superflua la **prueba,** de la notoriedad establecida por la ley como base de un derecho. En lo primero se

935 Op. cit., T. I, p.211.

investiga si dada la del hecho, es necesaria su confirmación; en la segunda, por qué la ley se conforma con la **prueba** de la notoriedad del hecho, sin exigir la **prueba** de su verdad.

Ya en el siglo XIX se distinguía lo notorio de lo manifiesto. Una cosa puede ser lo segundo sin ser conocida por todos o por los más; en cambio, lo notorio es por sí mismo evidente, aunque de ahí no pueda inferirse lo contrario, porque no todo lo evidente es notorio. Sólo será notorio lo que siendo evidente, todos o los más tengan noticia de ello.

También se distinguía entre lo notorio y lo público, pues lo último es aquello que consta por fama. De ahí que se afirmara que lo notorio no es materia de confirmación sino de alegación. Pero este principio no fue aceptado en forma absoluta, y se sostuvieron criterios de oposición y de clasificación, ya que se separaba el hecho notorio permanente del notorio eventual.

Prevaleció al final la idea de que debe confirmarse lo dudoso e incierto, porque la **prueba** se hace al juez y para el juez, no a la parte. Lo que se alega ser notorio, o es verdaderamente tal, en cuanto cierto e indubitado, y en tal caso no tiene necesidad de confirmación, o está puesto en duda y negado por el adversario, y entonces se consideran tres casos:

i) Si el contrario admite la verdad del hecho y niega que sea notorio, como el derecho nace de la verdad del hecho y no de su notoriedad, no es necesaria la confirmación.

ii) Si el contrario niega al mismo tiempo la verdad y la notoriedad del hecho, es necesario confirmar la verdad y no la notoriedad.

iii) Si las negaciones son absolutamene frívolas y contrarias al sentido común y al común saber de todos, entonces no es necesaria la **prueba;** pero sólo porque es inútil negar lo que es ya cierto, aquello de lo cual nadie duda.

Contra la máxima de que los hechos notorios no necesitan confirmación, Bentham, [936] comenzaba por interrogar qué se entiende por notoriedad, cuestión difícil de resolver; dónde está la línea de demarcación entre un hecho suficientemente notorio y otro que no lo es, y aun cuando de algún hecho estuviese suficientemente establecida la persuación general, podría suceder que no estuviese igualmente respecto de alguna circunstancia importante del hecho. Sucede que lo que parece notorio a uno no lo es para otro, que un hecho notorio para el actor sea dudoso para el demandado y para el mismo juez. La notoriedad judicial es sospechosa con justa razón. Es un pretexto de que muchas veces se abusa por falta de **prueba** o cuando ésta es muy difícil.

936 *Tratado de las pruebas judiciales,* Cit. T. I, p. 80.

Pero hay casos, en opinión de Bentham, en que los hechos son de tal manera notorios, que la parte contraria no se atreve a negarlos sin exponerse a una imputación de mala fe, y para obviar gastos, dilaciones y vejaciones, puede convenir a la parte que su contraria declare si tiene por ciertos algunos hechos.

Además, la improbabilidad de un hecho puede por sí sola servir de base para decidir que se le desestime a pesar del testimonio de ese mismo hecho. Por ejemplo, se puede denunciar que una persona entró en un cuarto totalmente cerrado y lo hizo por un lugar inexistente o imposible de atravesar como la cerradura. El testimonio debe desecharse, porque el razonamiento del juez está apoyado en multitud de hechos notorios, en una especie de contratestimonio universal.

Otros autores, como Carrara,[937] han expresado que cuando la ley exige que un hecho sea confirmado, mira a su objetividad real, no a su notoriedad. Lo verdadero no necesita ser notorio. Confirmar la notoriedad no equivale a demostrar la verdad, a menos de decir que es notorio lo que no sólo es verdadero, sino también lo conocido por todos como tal. La notoriedad es un requisito superfluo porque la ley se contenta con la verdad.

En la legislación italiana, la notoriedad se empleó para significar dos cosas: que el juez puede prescindir de toda forma ritual al recoger las pruebas, puesto que al apreciarlas goza de libertad de convicción, y además, que no está legalmente obligado a los rigores de ninguna prueba legal.

Importante aplicación tiene el concepto de notoriedad en materia mercantil, de modo que se ha dispuesto que si resulta notorio que un comerciante ha cesado de hacer sus pagos, debe declarársele en quiebra. La jurisprudencia enseñó que la notoriedad estaba constituida por la difusión de la noticia de que había ocurrido la cesación de los pagos, noticia que debía descansar sobre hechos precisos y determinados, constitutivos de confirmación no dudosa de la cesación misma.

Para distinguir la notoriedad de la evidencia, la misma jurisprudencia estimó que eran evidentes las razones axiomáticas, las verdades de las ciencias, pues era absurdo que el juez supusiera que había efecto sin causa, que el calor no dilataba los cuerpos y demás. En este sentido, eran evidentes los hechos presentados al juez como reconocidos en las fuentes comunes del saber humano.

Lo evidente era el grado de certeza que se tiene en los conocimientos en que está impreso el sello de la verdad y que está dispensado de confirmación. Para ciertos casos, la ley exigió que los hechos determinados para producir ciertas consecuencias, se tomaran como evidentes, tal y como se decía cuando se autorizaba al padre a realizar actos excedentes de la sim-

937 *Programa de derecho criminal*, parte general, Núm. 82.

ple administración de los bienes de su hijo menor de edad por causas de necesidad o de utilidad evidentes. Se habló también de valores evidentemente superiores a los obtenidos en remates, etc.

El principio según el cual lo notorio no necesita confirmación, pasó del derecho romano al canónico y de éste al común; pero está bien lejos de ser un dogma aceptado por los tribunales de los países de derecho continental europeo.

En el proyecto de código procesal civil para Italia, Carnelutti había expresado que se reputan públicamente notorios aquellos hechos cuya existencia es conocida por la generalidad de los ciudadanos en el tiempo y en el lugar en que se produce la decisión.

Calamandrei, integrando la Comisión, propuso adicionar el dispositivo, indicando: se reputan públicamente notorios aquellos hechos cuya existencia es conocida de la generalidad de los ciudadanos de cultura media en el tiempo y en el lugar en que se produce la decisión.

Pero el mismo corrector estuvo después en desacuerdo con la fórmula. Recordó con Bentham que suele entenderse por notorio lo que no se puede **probar** y que en la práctica penal, la más expuesta a los peligros del aforismo, el crimen dudoso se podía probar por fama y voz pública, de donde resultó la notoriedad un pretexto para condenar inocentes.

En realidad, Calamandrei buscaba, según dice en sus análisis,[938] una cualidad de ciertos hechos, tan generalmente conocidos e indiscutidos, que el exigir para ellos la práctica de las confirmaciones, no aumentaría en lo mínimo el grado de convicción que el juez y las partes deben de tener de su verdad.

El grado de certeza que nace de la notoriedad de un hecho, debe ser, en la conciencia del juez, racionalmente superior al que nace de la confirmación. Pero en las leyes, la notoriedad se emplea muchas veces con sentido distinto, y así, se dice que el juez debe devolver la posesión con base en una información sumarial y superficial, dado el carácter de urgencia de las pretensiones posesorias. Se autoriza al juez a tomar medidas provisorias sobre la base de argumentos de mera probabilidad que, en la práctica posterior de verdaderas confirmaciones, puede resultar falsa. La misma declaración de quiebra, por ser notorio el cese de los pagos, puede revocarse cuando el quebrado o tercero confirmen en la oposición, que la causa no existe.

La notoriedad, en la práctica forense, se llegó a confundir con los atestados extrajudiciales jurados, con los que se establecía la credibilidad de un hecho. Esta experiencia se vive intensamente en el campo administrativo, y más aún en el fiscal, bastando la redacción del acta respectiva de infracción.

938 *La definición del hecho notorio*, en *Estudios*, Cit., pp. 186 y ss.

Pero en este problema, la cuestión terminológica tiene la primacía. En realidad, nadie niega que una fecha histórica sea algo notorio; que, por ejemplo, la batalla de Puebla aconteciera el 5 de mayo de 1862. Lo que Lessona, por ejemplo, intentó para superar la crisis del vocablo, fue su sustitución, y en lugar de notoriedad quiso imponer las palabras evidente y público, pero sin desentrañar lo que por evidente se pudiera entender.

Por este camino de las sustituciones, los autores se han ingeniado en buscar sinonimias o sucedáneos en las voces: hechos sabidos, públicos, manifiestos, evidentes, y otros más, sin que, en realidad, se haya avanzado un paso en el camino de las aclaraciones.

Al estudiar el principio de la ciencia privada del juez, Stein expuso que muchas veces las definiciones de hecho notorio eran meras tautologías, de manera que se dice que el hecho notorio no tiene necesidad de confirmación, y de ello se infiere que se llaman notorios los hechos que no requieren probanza; pero cuando se inquiere cuáles sean esos hechos sólo se vuelve a la calificación de notoriedad. Lo que hace falta es que se dé al juez el modo de reconocer el carácter extrínseco del hecho.

La máxima del hecho notorio representa, en el fondo, la prohibición impuesta al juez, de servirse en el proceso de sus conocimientos privados, de las informaciones extrajudiciales que eventualmente adquiera fuera del proceso. No es, pues, la consagración de un deber del juez, de conocer de oficio los hechos notorios y tenerlos en cuenta, aunque las partes no los sugieran; sino la expresión de una facultad reconocida al juez, cuando la categoría de los hechos se sustrae a la prohibición de juzgar según su ciencia particular.

No aplicará el juez su conocimiento individual, cuando los hechos revistan los caracteres de notoriedad; la máxima debe coordinar con el principio de que el juez sólo puede tener por verdaderos los hechos resultantes del proceso, comprendiendo en ellos, tanto los no controvertidos por las partes, como aquellos cuya certeza se establece mediante las confirmaciones.

Si se permitiera al juez utilizar las informaciones extrajudiciales, llevaría a cabo una función de testigo, con todos los peligros de una inexacta e incompleta percepción y sin posibilidad de correctivo alguno; porque no vendría a atenuar sus errores la valoración objetiva de la persona diversa al testigo. [939]

La regla de la notoriedad no necesitada de prueba, se justifica sólo en cuanto el juez emplea su ciencia extrajudicial en torno al hecho que es notorio; pero para llegar a este resultado debe eliminarse el peligro de que

939 Y en estas palabras de la doctrina europea, resuenan los conceptos emitidos por Moreno Cora respeto al testimonio del juez.

se contradiga el principio de que el juz decidirá según lo alegado y confirmado por las partes.

Al efecto, Calamandrei pone el siguiente ejemplo. Si dos personas contratan un préstamo y el deudor se compromete a pagar cuando termine la guerra, como se trata de un plazo, corre a cargo del acreedor confirmar que se ha cumplido este último. Aún en caso de contumacia del demandado, el juez no puede abstenerse de condenar, puesto que es notorio que la conflagración ha concluido.

De otra parte, puede acontecer que en una ceremonia pública, el orador injurie en presencia de las mismas autoridades judiciales a otra persona. Si ésta se querella ante esos jueces y el reo niega el hecho, cualquier jurista entenderá que en este segundo caso, la discusión sin confirmamación presenta el riesgo de parcialidad que el otro no ofrece.

La diferencia no está, sostiene Calamandrei, en el número de personas enteradas de los hechos, pues la notoriedad es siempre relativa a ciertos círculos sociales. Tampoco puede hallarse en la diversa vinculación del hecho con el problema debatido en el proceso, diciendo que la cesación de la guerra no es consustancial, en tanto que sí lo es el hehco del segundo ejemplo. Ni siquiera pueden pensarse discrepancias por la naturaleza de los procesos, civil el primero, penal el segundo; porque la notoriedad juega en ambos con igual importancia y naturaleza. La distinción, agrega este autor, sólo puede buscarse en la circunstancia de que, mientras en el primer caso se está frente a un verdadero hecho notorio, en el segundo se mira algo no que no es objetivamente ajeno al juez.

Stein fue el primero en distiguir las que llamó máximas de experiencia, de los hechos notorios, considerando la diversa posición que tienen en el silogismo de la sentencia; pues mientras las primeras, como proposiciones de contenido general, aplicables también en lo futuro, tienen cabida en la premisa mayor, sucede que las segundas, como juicios sobre hechos concretos, van en la premisa menor, como toda afirmación de singularidades.

Pero aún existiendo profunda diversidad lógica entre las máximas de experiencia y los hechos notorios, su adquisición en el proceso constituye una excepción al principio que prohibe al juez utilizar sus conocimientos privados, lo que hace suponer que fuera del proceso, coinciden en un carácter común.

Desde cierta perspectiva, una máxima de experiencia, que no es sino un principio general, tiene afinidad con un hecho notorio que es un suceso individual, ese punto de vista es el conocimiento anterior del juez, que le permite servirse de su ciencia privada, sin incurrir en la incompatibilidad

del testimonio. Ambos, como quiere Calamandrei, tienen cabida en el patrimonio de nociones comúnmente acogidas en un determinado círculo social que puede denominarse cultura.

Las máximas se transforman y completan con el progreso de la ciencia y de la técnica, los hechos se esfuman en el recuerdo, hasta desvanecerse. De cualquiera manera que se formen y modifiquen las zonas culturales, respecto de cada una tiene lugar en un cierto ámbito social la integración del patrimonio cultural. Los errores individuales, las desconfianzas de la percepción aislada, las sospechas de parcialidad o prejuicio, que van en la afirmación del observador singular, se eliminan a través de la crítica del grupo, conquista social de la cultura que adquiere el rango de autoridad y puede ser utilizada en el proceso sin necesidad de la previa valoración que corresponde al testimonio particular.

Tales nociones pueden ser acogidas por el juez en virtud de que la crítica y el control se han llevado a cabo fuera del proceso, por una colectividad que no ha podido prever la eventual consecuencia jurídica del hecho sobre el proceso, que es simplemente desinteresada objetividad. Pero de esto se infieren diversas consecuencias que hay que destacar.

La notoriedad no pasa de ser un concepto relativo, porque no hay hecho notorio que sea para todos sin limitación de tiempo y espacio; pero no varía cualitativamente en proporción al número; lo que cuenta es la pacífica y desinteresada certeza del conocimiento.

La notoriedad dentro de cierto círculo social no significa conocimiento efectivo de todos sus componentes, ni de la mayoría. Basta el regsitro como dato indiscutible, y tal sería el caso de un campesino que no recordara la fecha de un feria o el lugar de una exposición; pero que podría confirmarlas en los avisos o publicaciones respectivos. La ubicación de una calle, aunque desconocida por un habitante, es notoria porque puede adquirirse el conocimiento con sólo acercarse al lugar o consultar el plano de la ciudad.

El conocimiento o su posibilidad en cada individuo del círculo deriva de su pertenencia a esa colecitvidad. La observación individual nada añade a la notoriedad del hecho. Puede no habese participado en la guerra y ser notoria su existencia. El conocimiento viene a ser simplemente fungible, porque se presume adquirido con independencia de la observación directa.

Estos análisis condujeron a Calamandrei, finalmente, a la proposición siguiente: Se consideran notorios aquellos hechos, el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión.

El principio de hecho notorio significaría que el juez puede establecer como verdaderos, en su decisión, los hechos que estime acompañados de los caracteres descritos, sin que sea preciso que el mismo juzgador efec-

tivamente estuviere en contacto con ellos, bastando la crítica colectiva que les seleccionara antes del proceso, hasta crear una pacífica opinión común.

El juez puede, en todo caso, acudir a los mismos registros de la ciencia común, y si el hecho no figura entre los conocimientos normales de la clase social del juez y corresponde a una cultura especial como en el caso de las costumbres rurales, nada le impide informarse de la notoriedad del hecho en el círculo respectivo y establecerlo como verdadero sin necesidad de prueba. De ahí que la definición de Carnelutti le pareciera incompleta, en cuanto no se trata de que el hecho sea conocido por la colectividad donde se pronuncia el fallo.

Algo similar sucede con las máximas de experiencia, pues el juzgador puede, o buscar los principios en su ciencia particular o procurarse los medios para llegar al conocimiento sin recurrir a la obra del perito, a cuya opinión no está vinculado si posee noticias técnicas privadamente.

Cuando el juez, por no conocer el hecho en su ciencia, no quiere asumir las informaciones personalmente, puede acudir a cualquiera de los miembros del grupo que le servirán de testimonios parciales, por ser fungibles sus conocimientos, como los demás miembros de ese círculo.

Esto mismo explica que el juez no obre como testigo, en cuanto a su máxima de experiencia, sino como perito, como conocedor de los principios técnicos y científicos que son patrimonio común del grupo.

De ello se concluye, que mientras no puede ser notorio el hecho de un domicilio, lo es el alza del costo de los artículos alimenticios o la ubicación de un edificio público, y en general, los hechos históricos concordantemente narrados, y así sucesivamente.

Se confirma en todo esto, que los medios vienen a ser utilizados cuando la serie procesal ha terminado, y que su invocación en caso de discusión, puede conducir a medidas para mejor proveer por el juez.

b) Devis Echandía[940] afirma que sobre este tema no existe la anarquía de conceptos de que algunos hablan, pues sólo hay dos tesis: i) la de la minoría que exige el conocimiento del hecho de todos en el círculo social respectivo, y de la que forman parte Lessona, Rocco, Giorgi, Aragoneses y Rocha; y ii) la de la gran mayoría, que acepta como suficiente una divulgación o generalización relativa, en ese círculo, siempre que el juez tenga conocimiento de ella desde antes del proceso o pueda conocerla por investigaciones personales o gracias a **pruebas** aportadas con ese propósito, durante el proceso, y no le quede duda alguna sobre la verdad del hecho, aun cuando se la discuta alguna de las partes; y el autor menciona a Rosenberg, Schönke, Kisch, Florián, Carnelutti, Micheli, Guasp, De la

940 Op. cit., pp. 75 y ss.

Plaza, Silva Melero, Fenech, Alsina, Couture, Calamandrei, Goldschmidt, Scardaccione, Castro Mendes, Lopes da Costa, Pontes de Miranda y Amaral Santos.

Pero el mismo Devis Echandía agrega que desde otro punto de vista se encuentran también otras dos tesis: i) la de quienes exigen que el hecho sea de carácter permanente, como las verdades geográficas y algunas científicas, la que es defendida por Della Rocca, Reiffenstuel y Rocha; y ii) la de quienes rechazan expresa o implícitamente esta distinción y aceptan la notoriedad, tanto para los hechos permanentes como para los ocasionales o transitorios, que es sostenida por la mayoría de autores, y adoptada por el propio Devis.

Ahora bien, la notoriedad, dice después,[941] no es el hecho mismo, ni forma parte de éste, ni es cualidad esencial para su existencia, como lo observa Fenech, sino algo distinto y separado, que se produce en el entendimiento de las personas que lo presencian o que posteriormente lo conocen, por lo cual de dos hechos semejantes, uno puede adquirirla y el otro no.

Pero Devis hace constar que la notoriedad de un hecho que interesa al proceso, debe tener preferencia sobre el acuerdo que en contrario exista que, entonces, resultaría opuesto a la evidencia; igualmente, cuando una parte considera que se trata de una aparente notoriedad y que el hecho lo perjudica, puede aducir **pruebas** en contrario, y si el juez lo considera dudoso o no encuentra clara su notoriedad, debe rechazarla y exigir la **prueba** del hecho, a quien corresponda. Con esta tesis, se podría decir que hay notoriedad evidente, notoriedad aparente y notoriedad dudosa, lo cual torna al concepto en algo oscuro.

Sin embargo, es interesante observar que en la explicación de Devis Echandía se considera que la notoriedad exime de **prueba,** aunque ya no es tan congrunte el agregado de que el juez ha de conocer la divulgación de la certeza del hecho en forma que no le deje dudas, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga, o por las **pruebas** aducidas con ese propósito; de lo último se vendría a la conclusión de que la notoriedad es algo susceptible de **prueba,** es decir, una mera calidad no esencial, como antes dijo el autor siguiendo a Fenech pero sí accesoria.

El problema se dificulta, porque se habla de notoriedad del hecho, y de certeza acerca de esa notoriedad y, subsidiariamente, de confirmación por los medios que permita la ley. Sobre todo, al lado de una notoriedad general, habría una notoriedad judicial, de hechos conocidos por el tribunal en razón de su actividad oficial o de procesos anteriores de cualquiera

941 Cit., p. 77.

naturaleza, según explica Rosenberg ejemplificando con las interdicciones de los inhábiles, las declaraciones de mayoría de edad o de fallecimiento, los nombramientos de tutores, la fusión de sociedades, la manía de los pleitos o las persistentes imposturas de una de las partes. [942] Por lo menos, Devis Echandía encuentra que esta última noción no ha sido aceptada por la mayoría de los autores y que se le ha excluido de las legislaciones, y agrega que no juzga conveniente aplicarla como algo diferente a la notoriedad general, pero la acepta sólo como una modalidad, es decir, cuando reúne los requisitos de divulgación y certidumbre para ser conocidos, no sólo por el juez de la causa sino por la mayoría de los abogados, jueces y personas vinculadas al foro en cada lugar, de manera que no pueda haber duda razonable sobre su existencia. [943]

c) El resultado al que se llega, después de considerar el tratamiento doctrinario de la notoriedad, es de una absoluta insatisfacción. Poco importa que las leyes sigan hablando del hecho notorio, o que digan, como muchas leyes mexicanas, que el juez puede hacerlo valer de oficio aunque las partes no lo invoquen, porque si se llegara a descubrir que el hecho notorio no existe, la prescripción sería vana.

Y en efecto, las caracterizaciones que se han dado de la notoriedad, dejan en blanco su concepto. No hay, ni siquiera en Calamandrei, que es quien más a fondo ha estudiado el tema, una precisión de nociones: esos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social, cuando se produce la decisión, lo mismo entrañan conocimientos científicos, que acontecimientos acreditados, convicciones propias de la fama pública, o experiencias cotidianas que corresponden al ámbito de lo mostrable.

Por tanto, en la especie se echa de menos: la definición, la diferencia con otras figuras y sus peculiares consecuencias. La idea no tiene la suficiente autonomía, aquella que permite individualizar, enfrentar lo notorio a lo documentado, lo notorio a lo evidente, lo notorio a lo narrado en el círculo social respectivo, o lo notorio frente a lo probado.

Pero, además, es propio de la notoriedad el hacerla valer casi sin afirmación y menos aun de confirmación, por lo que se confunde fácilmente con la ciencia privada del juzgador, con el saber proveniente de su cultura o de preparación intelectual particular. Y como el peligro está en dejar que el juzgador sea testigo y juez al mismo tiempo, al no existir un patrón, un principio de división tajante e inconfundible, entre lo que se sabe en lo personal y lo que es notorio, el resultado será un relativismo casuístico que, sólo a base de ejemplos se pueda determinar.

942 *Tratado de derecho procesal civil*, Cit., T. II, pp. 218 y ss.
943 Cit., p. 79.

Desde otro ángulo, también acontece que la notoriedad tiene una cierta consistencia de lo inútil o superfluo. Si se supone que una de las partes afirma el hecho notorio, y la otra lo niega o discute, se tendrá forzosamente que acudir a su confirmación. Y si las partes están contestes en la notoriedad, se tratará de una afirmación hecha por una de ellas que no está controvertida y que, por ende, no forma el tema del debate.

En resumen, si se comienza el análisis por las consecuencias que trae el introducir una regla sobre la notoriedad en un código procesal, se advierte que, si bien es propio de la misma la posibilidad de contradecirla, por un supuesto valor de indiscutibilidad que le caracterizaría, se llega a facultar al juzgador para invocarla oficiosamente, dejando sin defensa a las partes. Pero no es ello todo, se podría decir que siempre será factible que en la instancia superior se impugne la valoración del **a quo;** pero conviene tener presente que se trata de una idea de algo relativo o claramente subjetivo, de manera que la revisión del criterio del juzgador nunca podrá ser tan a fondo que permita una crítica objtiva. El **a quo** estará naturalmente en posición de sostener de manera irrebatible, que para él es notorio un hecho, sin que exista posibilidad de negarle, menos de confirmar en contra, que no tiene esa ciencia privada.

Tales consecuencias podrían ser materia de fiscalización, crítica o control, si por notorio se entendiera algo objetivado. Así, se diría que lo notorio de la terminación de una guerra está tan ajeno al criterio personal del juez, que basta acudir a las fuentes informativas adecuadas para corroborarlo. Pero entonces ya se está tomando por notorio el conocimiento de algo objetivo, es decir acreditado, probado, mostrable o afamado. Aducir como notorio que los cuerpos sueltos en el espacio tienden a caer a tierra, es invocar un hecho verificable; sostener que es notorio que Colón descubrió América es referirse a una narración histórica; y decir que es notorio que un puerto se encuentra en el Océano Pacífico, es manifestar algo mostrable.

Todavía más, cuando es la parte la que aduce la notoriedad, tanto la contraria como el juez pueden contradecir, y esto sigue evidenciando los inconvenientes teóricos y prácticos, porque si la incumbencia de la confirmación se traslada de quien afirma a la contraria, entonces se da valor de presunción al dicho; y si se deja en el juez la potestad para valorar a su arbitrio lo afirmado, se cae en el supuesto anterior.

Respecto a la diferenciación de lo notorio, se presenta una dificultad inzanjable, que muchas veces puede caer en lo injusto. Así, afirmar que se trata de un ladrón notorio, es apelar al rumor público o de círculos especiales, aún cuando sean meramente policíacos. Pero si se quiere confirmar ese rumor, se tendrá que acudir a los archivos, a los registros penitenciarios y, entonces, habrá confirmación documental.

En la vida social cotidiana, la palabra notorio se emplea con gran ligereza y abundancia, de manera que se habla de notoria solvencia, de notoria honradez, de hermosura notoria, de incumplimiento notorio, de hábitos notorios, de estilo notoriamente pornográfico y demás. Esto viene a restar significación precisa al vocablo, le convierte en un término sin sentido, en una palabra que se emplea como sinónima de otras muchas.

Pero todo lo expresado no elimina la existencia de una voz que utilizan los legisladores generosamente. Cuando ella es llevada al ámbito procesal, se le jerarquiza peligrosamente, y de ahí la necesidad de encontrar su función en la línea de la eficiencia procesal.

La doctrina ha visto ya que se trata de una mera cualidad. No es, por lo mismo, algo que se pueda separar de la entidad que califica. Por ende, debe reconocerse que se trata de una ponderación de las afirmaciones. Cuando una de las partes o el juzgador alude a la notoriedad del hecho, no hacen otra cosa que darle una relevancia de conocimiento, supuestamente incontrovertida, pero que puede ser contrariada por todos los medios de confirmación que se han estudiado.

La notoria insolvencia que permite al juez declarar la quiebra del comerciante, no es sino esa situación de falta de pago de las obligaciones contraídas, calificada de relevante o de suficiente para el fallo. La relevancia ha llevado a hablar de evidencia, como al implantarse el recurso de segunda suplicación, llamado de injusticia notoria o de evidente alteración del orden judicial, aplicable a la sentencia dada contra ley o su recta aplicación, o interpretación a los casos en que esta falta resulta evidentemente del proceso.[944] Con esto se concluye que la mayor aplicación del término notorio se ha hecho en el campo de la evidencia, es decir, en el ámbito de lo mostrable, medio de confirmación ya considerado. Lo notorio no pasa de ser el calificativo que intenta aproximar la calidad de lo evidente a la calidad atribuida al hecho invocado. No es ni medio de confirmación ni medio conclusivo, sino imputación de calidad legal o judicial a ciertos acontecimientos o conductas.

199 Los alegatos.

Concluir en los pleitos, decía Anastasio de la Pascua,[945] es manifestar que nada más quieren ni tienen que justificar las partes, por lo que siendo dos solas las que litigan, y concluyendo la una, se tiene el pleito por con-

944 Lucas Gómez y Negro, *Elementos de práctica forense*, Op. cit., p. 161.

945 *Febrero mexicano*, Op. cit., T. V, pp. 90 y ss.

cluso legítimamente, sin que se deba dar traslado de la conclusión a la otra, como se practica en el fuero eclesiástico, sino tan sólo hacérsele saber para que le conste que ya está concluso, no para otro efecto, y siendo más de dos, como en un concurso, es menester que concluya la mayor parte en número. En tal caso se dan por conclusos conforme van concluyendo, y se va mandando hacer saber la conclusión, y correr el traslado o traslados, hasta que se concluya por los más, y se les hace saber; bien que si por la presentación de nuevos documentos de la una, alegó la otra, y al mismo tiempo concluye ésta, se debe dar traslado de su alegación a la que los produjo, aunque no sean más que dos litigantes, para que en vista de lo que responda a ella, vuelva a concluir; pero siendo muchos, si no toman los autos se les acusan las rebeldías expresadas antes. La conclusión, por ser cosa sustancial del juicio, debe ir firmada de letrado, y no ha de hacerla por sí solo el procurador, porque podrá perjudicar a su parte.

Podrá el juez, agregaba en seguida de la Pascua, a instancia de ambas partes o de una de ellas, aún cuando lo resistan, haber y declarar la causa por conclusa, si pasados los plazos que le prefinen, no alegan de bien probado; también puede hacerlo cuando no hay **probanza,** y una pide que se haya el pleito por concluso, y porque la otra nada responde al traslado que se le comunica, le acusa la rebeldía a la primera audiencia; pero si los litigantes son muchos, se ha de observar lo que queda sentado.

Con este tratamiento casi incomprensible en la actualidad, la palabra conclusión adquirió un significado relativo, cuya finalidad venía a ser una terminación provisional o condicionada, en virtud de la cual, cabía presentar testigos sobre falsedad de instrumentos y aún éstos si no se había sentenciado, dándose traslado al contrario para su objeción o cotejo si se sacaren con citación; sin embargo, la parte debería jurar que hasta entonces tenía noticias de ellos, que no los presentaba por malicia ni por diferir el pleito, sino por conducir a su justicia. En estas circunstancias, el juez tendría que conceder nuevos plazos para redargüir si mediaba juramento de no existir malicia o juramento de su falsedad. También cabía confesión o posiciones, porque, decía esta doctrina, la confesión no es propiamente **prueba,** sino relevación de ella al tenor de lo dispuesto en la ley 2, título 12, de la Partida Tercera y Gregorio López en su glosa; así como juramento supletorio a instancia de parte en los casos en que hubiera lugar.

En cuanto al juez, cabía que de oficio recibiera cualquiera confirmación después de la conclusión, a fin de investigar la verdad y sentenciar con más justificación y conocimiento, porque para él jamás concluye el

pleito. Podía examinar segunda vez al testigo que no fue presentado, sobre todas las preguntas del interrogatorio, y en caso de haber depuesto confusamente, hacer que aclare su dicho, mandando para mejor proveer se haga esto o lo otro, o lo que sea, cuyo auto no era apelable.

a) Esa antigua concepción de la palabra conclusión, viene a explicar el uso irregular que todavía conserva en el derecho vigente, primero en lo penal, y después en lo civil.

La idea era común en el derecho hispánico, y así, el Conde de la Cañada [946] explicaba que después que las partes llegaron a decir y alegar en defensa de su derecho cuanto estimaron conducente, sólo restaba que las que lo son en el pleito, declaren al juez que nada les queda por añadir, alegar ni **probar;** y que de consiguiente exciten su **jurisdicción** para que interponga su juicio dando la sentencia que acabe el pleito.

La conclusión contenía dos partes: la una se reducía a la manifestación de las partes al juez de haber cerrado todas sus razones; y la otra a dejar el proceso al arbitrio del juez para que dé su sentencia.

Por estos dos respectos, agregaba el autor, quedan las partes contenidas en los límites de un profundo silencio, que les cierra del todo la libertad de alegar o decir cosa alguna en el pletio; y el intervalo entre la enunciada conclusión y la sentencia es privativo del juez, y toda al desempeño de su obligación, quien para llenarla cumplidamente debe examinar con detenida reflexión los hechos del proceso, sin cuyo previo discernimiento expondría su sentencia a la nota de precipitada y nula.

Pero en la ley 4, título 16 del libro 2 de la Recopilación, se hace mérito de la conclusión, procediendo a señalar lo que después de ella pueden hacer las partes, reducido a informar e instruir al juez de su derecho, alegando leyes y fueros, excluyendo en ésto toda alegación o **prueba** en el proceso.

No obstante tales prescripciones, la práctica de los tribunales vino a desvirtuarlas, de lo cual se hizo eco el Conde de la Cañada, citando a Covarrubias, Pareja y Paz y trayendo para su crítica los viejos ordenamientos. Sin embargo, el mismo autor terminó por expresar que ninguna de las leyes antiguas ni modernas dispone ni manda que se admitan las escrituras que se presentaren después de la conclusión hasta la sentencia definitiva, ni se prohibe tampoco su presentación o admisión; pero de unas y de otras se infiere por una consecuencia casi necesaria que no se deben

946 *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales,* México 1850, T. I, pp. 180 y ss.

admitir los instrumentos que presentaren desde la conclusión hasta la sentencia definitiva, pero habiéndose puesto aquélla por punto y término final hasta donde era lícito usar de escrituras, ya lo hicieron libremente según lo disponen las leyes antiguas, y el estilo de los tribunales que se han indicado, o ya con las restituciones de juramento y fórmulas que señalan las posteriores, queda en aquel punto extinguida la facultad de producir nuevas escrituras, no sólo por efecto del argumento contrario que se deduce, sino principalmente por lo esencial de la positiva disposición que se contiene en las citadas leyes. Esta regla, concedía el Conde de la Cañada, tiene una limitación principal, recibida en los tribunales y fundada en la autoridad de graves autores antiguos y modernos, señaladamente de Covarrubias y de Paz. Redúcese la limitación a los instrumentos que después de la conclusión hubieren llegado a noticia de las partes, **probando** esta verdad con su juramento, con tal que la escritura que se presente conduzca principalmente a descubrir la verdad y la justicia de la parte. [947]

b) Ante las transformaciones que ha sufrido la palabra conclusión, es más adecuado emplear términos como alegatos y autos de clausura, para aludir, respectivamente, a las exposiciones finales de las partes y a la última actividad jurisdiccional del juez en el proceso.

Hoy en día, conclusiones puede significar la discusión de los medios de confirmación a que se refiere el artículo 343 del código federal de procedimientos civiles mexicanos, cuya Exposición de Motivos explica diciendo que durante la instrucción se han aportados **pruebas** singulares, con independencia unas de las otras, y conforme a los propósitos de las partes; de manera que antes de terminar la recepción no es dable el estudio conjunto para apreciar en qué se armonizan o complementan, y en qué se oponen o destruyen recíprocamente, tampoco es posible apreciar oscuridades o contradicciones, por lo que toca al tribunal pesar los datos que se le han aportado para establecer la premisa particular que ha de subsumir dentro de la general del derecho al pronunciar el fallo.

Para el desempeño de esta labor, el tribunal puede encontrar conveniente aclarar esos puntos y estimar que es posible afinar la **prueba,** mediante interrogatorios o explicaciones complementarias, sugeridos por el examen contradictorio. Para que logre ese perfeccionamiento se autoriza la discusión de la **prueba,** exclusivamente en los puntos y términos que el tribunal estime necesario, y sin que las partes gocen de facultad para

947 Op. cit., p. 192.

ampliar o modificar los extremos de la discusión, porque ya se expresa que su finalidad es permitir que el tribunal forme o perfeccione su convicción.

Pero una vez agotadas las posibilidades de aclaración y afinamiento de la **prueba,** sólo resta la estimación jurídica del caso, conforme a la cual, cada parte **concluirá** a su favor, según consideraciones que derive de los elementos de hecho frente a las normas que juzgue aplicables, y será llegado, para el tribunal, el momento culminante de su misión, en que habrá de expresar su juicio, a nombre del Estado y con fuerza vinculadora para las partes, que valdrá como la **verdad** legal, y merecerá la protección de la autoridad agotada toda posibilidad de impugnación.

Para hacer posible el máximo de información, aún en aspectos meramente técnicos del caso, el artículo 344 faculta a las partes para defender, mediante alegatos verbales o escritos, sus peculiares puntos de vista, que pueden presentar aun en forma de proyecto de sentencia, para la mejor ilustración del tribunal.

Frente a esta concepción, se debe recordar la contenida en las leyes procesales penales mexicanas. Para Guillermo Colín Sánchez, [948] la palabra conclusión procede del verbo concluir: llegar a determinado resulado o solución; por eso, desde el punto de vista jurídico, las conclusiones son actos procedimentales, realizados por el ministerio público, y después por la defensa, con el objeto, en unos casos, de fijar las bases sobre las que versará el debate en la audiencia final, y en otros, para que el ministerio público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso.

Aunque en el auto de formal prisión, añade, se fijan los hechos por los que se sigue el proceso, el **nomen juris** utilizado para catalogarlos no deja de ser provisional, ya que al ser investigadas a través de la instrucción, pueden resultar afectados no en cuanto a su esencia, pero sí en sus circunstancias y accidentes; por tal motivo, antes de celebrarse el juicio es conveniente precisarlos en las conclusiones, y relacionándolos con el proceso, establecer el nexo causal entre la conducta y el resultado, para que, según el caso, sean el tema sobre el cual versen la audiencia final de primera instancia y la sentencia, o por el contrario, den lugar al sobreseimiento de la causa y a la libertad del procesado.

Para este autor, los actos del ministerio público, a partir de la consignación de los hechos ante el órgano jurisdiccional, son de carácter persecutorio, hasta en tanto se declara cerrada la instrucción, en la que, entre

948 *Derecho mexicano de procedimientos penales* T. II, México 1967, pp. 158 y ss.

otros, efectos, los transforma en acusatorios si se formulan conclusiones con ese carácter. La **acción** penal, dice, no se transforma, porque lo mutable, debido a exigencias procedimentales, son los actos del ministerio público y no la **acción** penal; de esta manera, son investigatorios en la averiguación previa, persecutorios a partir de la consignación, y acusatorios al formular conclusiones en ese sentido.

No es ahora el lugar apropiado para continuar el examen a fondo de estas **conclusiones,** bastará recordar que para cierta doctrina, [949] equivalen a la demanda y contestación del proceso civil, si bien recaen al cabo de bastante tiempo de comenzada la instrucción; pero son escritos polémicos con juego de pretensiones y existencia de relación procesal entre vardaderas partes.

c) La deformación histórica de las conclusiones, en virtud de la cual, después de ellas pudieron presentarse y desahogarse nuevos medios de confirmación; la posibilidad de dictar medidas para mejor proveer aún después de aquéllas, en aplicación del principio de que para el juez jamás **concluía** el pleito; y los nuevos significados que han venido a atribuírseles, tanto como discusión final en lo civil, o como fijación de bases sobre las que versará el debate en lo penal; son motivos suficientes para referirse directamente a los alegatos como actividad de eficiencia final de las partes.

En el procedimiento español, respetado en México todavía en lo mercantil, al finalizar el plazo **probatorio** se efectúa la publicación de los medios que, en concepto del Conde de la Cañada, se dirige a tres fines: el primero es que se instruyan de si han **probado** bien su intención en lo que demandan o excepcionan; el segundo que se propongan los defectos que hallasen en las personas de los testigos que pueden influir en derogar o debilitar su fe; y el tercero que concluyendo sus dichos manifiesten su contradición de hecho, y puedan **probar** su falsedad por los medios que permitan las leyes. [950]

Pasado ese plazo que incluía las tachas de testigos, se publicaban y comunicaban las deposiciones a las partes con los **autos,** y en su vista presentaban un escrito, que recibió el nombre de bien probado, haciendo en él particular discernimiento de lo que habían declarado los testigos, con las observaciones oportunas a fin de instruir al juez del mérito de la **prueba** para la más acertada resolución de la causa.

949 Alcalá Zamora, *Panorama,* Cit., p. 535, nota 805.

950 Ley I ,Tít. 8, Lib. 4 y ley 37, Tít. 16, partida 3; ley 11, Tít. 17 de la misma; Cfr. Op. cit., p. 163-4.

Era con los escritos de bien probado de todas las partes que se ponía la causa en estado de que concluyeran y no haciéndolo, debía el juez darla por conclusa para definitiva. [951]

Pese a su importancia lógica y procesal, la figura de los alegatos ha corrido con mala fortuna, hasta llegar a perderse en obras recientes y de corte moderno. [952] Sin embargo, no se trata de un rubro que pueda desaparecer ni en las leyes, ni en la doctrina, ni en la práctica; de manera que si los códigos no describen su consistencia y a veces se limitan a disponer que se dará un plazo para que las partes aleguen, o se alude a los apuntes de alegatos, a los informes en estrados, o simplemente a las defensas y razones de las partes; todavía hay en la literatura espacio especial para el tema, y en el foro llegaron a alcanzar altura de piezas de erudición ciertos alegatos.

Para Alsina, [953] se llama alegato de bien probado, el escrito en que las partes examinan la prueba rendida con relación a los hechos afirmados en la demanda y contestación, para demostrar su exactiud o inexactitud. Se trata, agrega, de una exposición escrita, que no tiene forma determinada por la ley, pero que debe limitarse al análisis de la prueba frente a los hechos afirmados, estableciendo las conclusiones que de ella deriven. El alegato sólo debe ser un examen de la prueba para orientar al juez, quien sacará de ella personalmente las conclusiones que considere pertinentes.

Su utilidad se advierte al considerar que en los alegatos el juez encuentra recapitulados en forma metódica los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere, y las razones que se aducen para demostrar el derecho. En el procedimiento escrito tienen la importancia del informe en el oral, de manera que Alsina considera un error haberlos suprimido ante la justicia de paz letrada en Argentina. Pero, termina diciendo, no constituyen una pieza fundamental ni esencial del procedimiento y su no presentación ningún perjuicio ni sanción causa al litigante, salvo los que se deriven de su natural merma en la defensa.

Podría decirse que la última de las apreciaciones de Alsina es común en los tratadistas, de manera que en lo penal se estima que los alegatos pueden reducirse a la reproducción verbal de las **conclusiones** y a una lectura redundante de lo ya actuado en la instrucción. [954] Probablemente

951 Op. cit., p. 180.

952 Cfr. Castillo Larrañaga y de Pina, *Instituciones de derecho procesal civil*, México 1950, donde luego de referirse a las diligencias para mejor proveer, p. 280 se pasa al tema de las resoluciones judiciales, pp. 285 y ss.

953 *Tratado*, T. III, pp. 707 y ss.

954 Colín Sánchez, Op. cit., p. 175.

la explicación de ello se encuentre en la redacción de las leyes, y ya Alcalá Zamora [955] advierte que en el procedimiento civil escrito, el artículo 425 se limita en el primer párrafo a señalar que concluida la recepción de las pruebas, se entregarán los autos originales primero al actor y después al reo por diez días a cada uno para que aleguen, sin aludir siquiera ni al qué ni al para qué de tales alegatos. En cambio, en el debate del trámite oral a que se refieren los artículos 393 y 395, las partes, los abogados o apoderados, pueden usar de la palabra dos veces cada uno siempre que no rebasen un cuarto de hora en primera instancia ni media hora en segunda, tratándose de las pretensiones fijadas en el debate preliminar y las cuestiones incidentales surgidas; pero sin que tampoco estos preceptos vengan a arrojar luz sobre la naturaleza del alegato.

Sin embargo, sobre las alegaciones se han sustentado tesis que interesa recordar, como la de Calamandrei, en el sentido de que de ellas no nace una obligación del juez de proveer mediante el proceso, sino que tienen la finalidad de hacerle saber lo que a las partes importa. Entre alegación y afirmación hay una diferencia que se expresa mediante la distinción entre facultad y derecho **subjetivo;** si la parte cumple con actos que, como la alegación, presentan indudablemente el tipo facultativo, es señal de que le competen poderes que hay que clasificar entre las facultades.

Aparentemente, en el concepto de Calamandrei [956] estos poderes no serían los inherentes a las instancias, y cuando una parte afirma hechos, ya sea que la afirmación se resuelva en una alegación o en una aseveración, o cuando exhibe al juez **pruebas** o bienes, hace algo que no sólo es el desenvolvimiento de una actividad material, sino el de una facultad jurídica; en efecto, a ello corresponde, y ahí está el carácter jurídico de la relación, la obligación del juez de escuchar la afirmación y de tomarla en cuenta, o la de inspeccionar y valorar las **pruebas** exhibidas.

Sin embargo, toda esta argumentación no produce otro resultado que el ya sostenido en estas páginas, a saber, la diferencia que hay entre la eficacia del instar y la eficiencia del pretender y confirmar o alegar. Es por ello que más adelante, [957] el mismo Calamandrei diferencia entre información y afirmación, por cuanto lo primero es un acto de adquisición procesal que sirve de premisa de una instancia, significando con esta palabra a la pretensión. La alegación, añade, es una información a título de razón de una instancia, [958] aseveración a título de verdad de un hecho. La ra-

955 *Panorama*, Cit., p. 93.

956 *Instituciones del proceso civil*, Trad. S. Sentís Malendo, Vol. I, p. 331, Bs. As. 1959.

957 Op. cit., pp. 443 y ss.

958 Pretensión.

zón se descompone en motivos y conclusiones. Por tanto, las alegaciones se distinguen en alegaciones de hecho y de derecho, y sirven para informar al juez en torno a los motivos de las conclusiones.

d) No parece que la doctrina sea el lugar adecuado para investigar la naturaleza de los alegatos. Contrasta con su escasa información, la riqueza de la práctica forense, que sobre todo en el siglo pasado y hasta el primer cuarto del presente, tuvo por costumbre publicar sus escritos y discursos ante los tribunales, lo mismo los ordinarios que los federales y en vía de amparo.

En una somera búsqueda de estas piezas procesales se encuentran, al menos en México, variedades notables en lo civil y en lo penal que se pueden citar al azar, desde aquella publicación hecha en 1865, intitulada **Alegato en derecho producido por la Casa Arroyave Hermanos,**[959] los **Apuntamientos presentados a la Segunda Sala del Tribunal de Primera Instancia en el juicio promovido por Juan Chynoweth contra la Compañía Aviadora del Mineral del Monte y Pachuca,**[960] los **Documentos relativos al proceso formado al C. Gobernador Sustituto de Sonora,**[961] la **Defensa pronunciada por Silvestre Moreno ante el Jurado convocado por el juez 2º de instrucción de esta ciudad, para juzgar al C. Secundino Macin, Regidor del H. Ayuntamiento,**[962] el **Informe ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Unión con motivo de la competencia iniciada por el Juez 1º de lo Civil de la ciudad de Durango, al de igual clase del Partido de Sombrerete,**[963] el **Alegato de defensa de Agustín Madrid y Abraham Arroniz, presentado al Juzgador 1º de Distrito,**[964] etc., hasta el **Alegato en el juicio seguido por la Compañía Minerales y Metales, S. A. contra los Sres. Roberto V. Pesqueira y Samuel Valenzuela.**[965]

959 En el juicio seguido en el juzgado de primera instancia del Partido de Chalco contra el llamado común de la Municipalidad de Amecameca, por el despojo del monte de las haciendas de San Pedro Mártir y San Antonio Abad.

960 Sobre pago de $ 45,719.80 que se le tiene retenida, México 1866.

961 Publicados por Ignacio L. Vallarta, México 1869.

962 Procesado por abuso de autoridad e infracción de las leyes de Reforma, Orizaba 1869.

963 En el juicio que este último sustanció sobre restitución de las haciendas de Concepción y Bocas pedida por Zenón y Timoteo Mier, México 1870.

964 En la causa instruida en averiguación del desfalco habido en la Administración General de la renta del papel sellado, México 1870.

965 Sosteniendo que fue mal admitida la apelación que interpuso el Sr. Roberto V. Pesqueira contra la resolución judicial que mandó correrle traslado de la demanda ordinaria civil sobre preferencia de contrato para la explotación del subsuelo de la porción perteneciente a la sociedad civil denominada *Condueñazgo de Juan Felipe* en la hacienda de este nombre, México 1925.

Y en el control constitucional de amparo se han conocido publicaciones interesantes, como el **Alegato presentado a la Suprema Corte de Justicia en el amparo promovido por Miguel Estrada,** [966] el **Alegato sosteniendo el amparo pedido por el teniente Carlos E. Aviet,** [967] el **Escrito de alegato que presentó el Gobernador Constitucional del Estado de México ante el Juzgado de Distrito,** [968] la **Exposición que ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo Isaías Marigo,** [969] etc., hasta alegatos de juicios promovidos en el presente siglo. [970]

De estos documentos se infiere que en la práctica mexicana, el alegato ha tenido el cometido de un análisis de la problemática jurídica contenida en el debate procesal, problemática que se viene formando con el contraste de las pretensiones de las partes y las confirmaciones obtenidas en el curso del proceso. Por ejemplo, naturaleza de la testimonial directa en el interdicto de despojo, [971] naturaleza del delito de abuso de autoridad porque un regidor encargado del ramo de policía, siguiendo costumbres establecidas, advirtió a algunos vendedores de carne que limitasen su expendio en los días de vigilia calificándose el acto de infracción a las leyes de Reforma, [972] naturaleza del recurso o juicio de atentados, [973] naturaleza del amparo en contraste a los recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria, [974] la procedencia del amparo contra el veredicto del jurado de hecho, [975] improcedencia de la revisión en amparo interpuesta por el secretario de la Comisión Nacional Agraria a nombre y represen-

966 Por Ignacio L. Vallarta, en representación de los herederos de Jesús Navarro, amparo contra la ejecutoria del tribunal de Michoacán que condenó a Miguel Estrada a pagar un capital nacionalizado, México 1883.

967 Contra la sentencia de muerte pronunciada por la Suprema Corte Militar, México 1885.

968 En el amparo contra los actos de la legislatura por los cuales lo suspendió del ejercicio de sus funciones gubernativas, México 1886.

969 En el juicio de amparo promovido por Enrique Hillebrand, contra el auto consentido que mandó ejecutar el Laudo del árbitro arbitrador Martín Castillo, en el juicio que sobre cumplimiento de contrato siguió Marigo contra Hillebrand en el juzgado 2º de lo civil, México 1897.

970 *Alegato que presenta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la señora Elena Aguayo Vda. de Piña, en el juicio de amparo que tiene. Promovido contra el señor Presidente* de la República, México 1925. *Memorándum presentado por Isidro Castorena a la H. Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ser leído en la audiencia en la que se dé cuenta con el amparo promovido por José María Porchini contra la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia de Tamaulipas,* México 1933.

971 *Arroyave Hermanos,* Cit.

972 *Sencundino Macín,* Cit.,

973 Competencia iniciada por el juez 1º de lo civil de Durango al de Sombrerete, Cit.,

974 Amparo promovido por Miguel Estrada, Cit.,

975 Amparo de Carlos E. Aviet, cit.

tación del Presidente de la República,[976] o contraste entre compulsa de asientos y papeles y la inspección judicial de hechos.[977]

La confrontación muestra que en todo procedimiento es factible la alegación, de manera que, sea cualquiera el concepto que se tenga del amparo, el alegato opera en éste de un modo similar a como lo hace en los procesos civiles o penales.

Si la tesis de Calamandrei es en el sentido de que entre la instancia y la alegación hay diferencia porque la última es facultativa, la cuestión se aclara al percibir que en el procedimiento existen actos relacionados dinámicamente y actos de naturaleza estática. Los primeros se suceden eficazmente, en tanto los segundos se combinan eficientemente. Los alegatos vienen a constituir el último acto de eficiencia de las partes, pero sería inexacto suponer que ninguna vinculación tienen con el instar proyectivo, porque precisamente se presentan en el accionar y provocan el actuar jurisdiccional que termina con el proceso.

Es, entonces, la calificación de acto facultativo la que destaca, porque desde los **argumenta** que en el derecho romano se entendían como meras presunciones lógicas, no impuestas por la ley,[978] el **terminus ad concludendum** del proceso romano canónico del siglo XIII,[979] se ha llegado a los alegatos de bien probado o de conclusión del proceso hispano americano,[980] en un desenvolvimiento que podría dibujarse con dos líneas, una ascendente y la otra descendente.

Y no sólo en el proceso penal ha perdido importancia la alegación, lo mismo sucede en el proceso laboral, como lo evidencia el que la doctrina especializada omita el tema.[981]

Nada más natural, entonces, que meditar sobre la función de los alegatos. Queda establecido que se trata del último acto de eficiencia de las partes, y los ejemplos de la práctica muestran que se emplean preferentemente para demostrar los argumentos jurídicos del debate. Por ende, si acaso han desaparecido en un elevado porcentaje de los juicios, ello se debe a que es en los escritos o exposiciones iniciales del proceso, que se esgrimen las razones jurídicas. Pero si esto habla en favor de las bue-

976 Amparo promovido por Elena Aguayo Vda. de Piña, Cit.,

977 Memorándum de Isidro Castorena, Cit.

978 Vittorio Scialoja, *Procedimiento civil romano* Trad. S. Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bs. As. 1954, p. 246.

979 Couture, *Fundamentos*, 3ª Ed., p. 166.

980 Couture, Id.

981 Cfr., Alberto Trueba Urbina, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal del trabajo*, México 1965, o Hugo Pereira Anabalón, *Derecho procesal del trabajo*, Santiago de Chile 1961.

nas presentaciones del conflicto, en nada mengua la importancia del alegato, y no ya de la pieza oratoria censurable por su demagogia y sensiblería, sino de las conclusiones lógico jurídicas de las partes.

Como sea, las leyes aún prevén los alegatos, y su realización marca el final de la actividad de las partes. Su aparición en el proceso debe conducir al cierre definitivo del instar proyectivo.

CAPITULO X

200 Las resoluciones judiciales. 201 La sentencia. 202 El acertamiento sobre la eficiencia. 203 Juzgamiento del caso. 204 Los límites del caso juzgado.

200 Las resoluciones judiciales.

La eficiencia de la actividad procesal queda tajantemente separada de su eficacia, no sólo porque los resultados de la última no prejuzgan de los atinentes a la primera, sino porque la eficacia termina con la determinación que cita para sentencia, es decir, con el acto jurisdiccional que cierra el último grado de la serie, mientras que la eficiencia trasciende hasta el pronunciamiento: es su motivación y fundamentación.

La sentencia es un acto del juzgador que tiene por objeto directo e inmediato la valoración de la eficiencia respecto de las pretensiones de las partes, y que alcanza una resolución del debate favoreciendo una o varias de las pretensiones deducidas en el proceso. Se trata, en suma, de una resolución que, trasladada al ámbito de sujetos particulares, recibe el nombre de laudo, sin importar por ahora, que ciertas leyes, como la federal del trabajo mexicana, llamen laudo a la sentencia de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, porque la explicación de esta anomalía tendrá que hacerse en su oportunidad, pudiendo anticiparse que está vinculada con el hecho de haberse creado tribunales de tipo escabinato y descentralizados de los comunes, por lo que se tendió a evitar la palabra sentencia para adecuar sus resoluciones a su peculiaridad orgánica.

El verbo resolver, explica Ramiro Podetti, [982] cuya significación a veces se confunde con decidir, disponer o determinar, tiene el sentido de juzgamiento, y con mayor extensión, de acto procesal del juez.

Para suprimir la multivocidad del término sentencia, el autor creyó conveniente, utilizar con carácter general, la expresión resoluciones judiciales, como comprensiva de todas las decisiones que constan en un expediente y que emanan del juzgador o del secretario, cuando éste participa en la facultad de pronunciarlas.

Las resoluciones, vinieron a ser para Podetti, actos procesales instructorios, resolutivos y ejecutorios, del órgano judicial. En ellas, estimó, se ejercen los característicos poderes de la **jurisdicción: imperium y juditium,** o sea, los poderes de mandar y decidir. Las resoluciones judiciales

982 *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, T. II, *Tratado de los actos procesales*, Bs. As. 1954, pp. 406 y ss.

tienen antecedentes que las determinan y pueden requerir ejecución coactiva. Su objeto es instruir el proceso, decidir las cuestiones que se presenten en su desarrollo, resolver lo que constituye el objeto principal de la causa y de la instrucción, y ejecutar lo decidido.

Las resoluciones instructorias disponen citaciones, participaciones de conocimiento, agregación de **pruebas** y piezas que han de formar el expediente, cerrando y abriendo etapas de su desarrollo.

Las decisorias pueden ser sobre el proceso o sobre la materia del litigio, es decir sobre el continente o el contenido, y en el segundo caso, pueden decidir un aspecto parcial de la cuestión debatida o ésta misma, pronunciando sobre el mérito de la causa.

Las ejecutorias comprenden todas las encaminadas a hacer efectivas las demás resoluciones pronunciadas, sea sobre el instrumento, o sobre el fondo de la cuestión.

Hay también interlocutorias, que tienen por fin y se encaminan, directa o indirectamente, a preparar o facilitar la decisión final.

En las Partidas aparece una clasificación tripartita de las resoluciones atendiendo a su contenido y fines: sentencias ejecutivas, interlocutorias y definitivas.

Las primeras eran mandamientos del juzgador al demandado, para que pague o entregue la deuda, o la cosa discutida en juicio. Las segundas eran mandamientos hechos por el juzgador sobre alguna duda que aparecía en el juicio. Y las terceras o definitivas eran el juicio acabado que se da a la demanda principal, quitando o condenando al demandado. [983]

Las leyes emplean calificaciones para la palabra sentencia, como simple, interlocutoria o definitiva. Igualmente se utiliza el vocablo auto con los mismos adjetivos, combinados entre sí. Hay, pues, autos interlocutorios simples y con fuerza de definitivos. Asimismo se habla de providencias para referirse a las resoluciones de trámite y a toda clase de resoluciones, comprendiendo sentencias definitivas, autos interlocutorios con fuerza de definitivos y providencias de mera sustanciación. A los efectos del recurso de apelación, se equiparan las sentencias definitivas y las interlocutorias que deciden algún artículo o causan gravamen irreparable.

Aunque es relativamente fácil distinguir la definitiva con que se pone fin por vía normal a una causa o litigio, y providencias simples y autos o autos interlocutorios que deciden artículos o con fuerza de definitivos, es difícil, expresa Podetti, fijar con alguna precisión el concepto de providencia o auto o sentencia interlocutoria que cause gravamen irreparable.

Providencia o auto simple es la decisión, que sin instrucción ni discusión previas, provee a la marcha del proceso.

983 Partida Tercera, título 22, ley 11.

Auto interlocutorio con fuerza de definitivo, el que decide un incidente nominado como las excepciones previas, o innominado como la negligencia en la producción de la prueba, impone sanciones y regula honorarios. Entre éstos, deciden artículos lo que se pronuncian sobre una instancia incidental que ha sido sustanciada. El auto interlocutorio que causa gravamen irreparable o perjuicio irreparable en definitiva, o agravio no reparable, es el que no se puede enmendar en la sentencia. Pero el concepto, admite Podetti, es impreciso y demasiado elástico, y su interpretación casuística carece de objetividad.

Hay, pues, una triple categoría de resoluciones judiciales: i) providencias simples o autos interlocutorios simples o providencias de mero trámite; ii) autos o sentencias interlocutorias que causan perjuicio irreparable en definitiva, que incluye los autos interlocutorios que deciden artículo; y iii) sentencias definitivas.

Pero en las leyes no hay un límite preciso, ni en la doctrina, y así, el auto que abre la causa a prueba, el que llama el expediente para decidir, entre otros, cierran o abren un estadio del proceso y se dictan sin sustanciación, pero causan perjuicio irreparable en definitiva, es decir, no pueden ser subsanados sus efectos en el curso posterior del procedimiento, por el principio de preclusión, y por ende son apelables. En cambio, los que deciden una excepción previa o un incidente, pueden o no marcar el fin o el principio de una etapa procesal, pero se dictan previa audiencia de las partes y también causan perjuicio irreparable.

Sentencia definitiva es la que se dicta en proceso ordinario y también las que deciden el fondo de la controversia en los interdictos, en los procedimientos compulsorios y otros que Podetti llama atípicos como el desalojo, y aun la que declara herederos, aprueba un testamento, declara vacante una herencia, abre la ejecución concursual; y, sin embargo, sus formas y efectos son distintos, aun en cuanto a los recursos.

Para facilitar una elaboración jurisprudencial y doctrinaria, Podetti definió en su anteproyecto que sirvió de base al proyecto de 1949, cada tipo de resolución, señalando en los casos dudosos cuál correspondía utilizar, de la siguiente manera, constante en el artículo 86 del código procesal civil de Mendoza:

I. Tres clases de resoluciones podrán dictarse en los procesos: decretos, autos y sentencias.

II. Los decretos proveen, sin sustanciación, al desarrollo del proceso y deben ser pronunciados dentro de los dos días a contar desde la fecha del cargo, de la petición actuada o del vencimiento del plazo conforme al tercer apartado del artículo 62.

III. Los autos deciden todas las cuestiones que se plantean dentro del proceso, que no deban ser resueltas en la sentencia definitiva y deben ser pronunciados en los plazos fijados por este código, y a falta de ellos, dentro de los veinte días de quedar en estado.

IV. Las sentencias deciden el fondo de las cuestiones motivo del proceso y deben ser pronunciadas, salvo disposición expresa en contrario, en el plazo de sesenta días a contar desde la fecha en la cual el proceso quedó en estado.

Por cuanto a su forma, Podetti estimó que todas las resoluciones judiciales, sea cualquiera la categoría a que pertenezcan y quienes las dicten, deben constar por escrito, aun cuando se tomen oralmente en audiencia o en la sustanciación oral; salvo las simples ordenatorias de la instrucción oral y el debate, cuando ninguno de los interesados pida que se asienten en el acta. Deben ser dictadas y fechadas, es decir, encabezarse o terminarse con la indicación precisa del lugar, día, mes y año en el cual se pronuncian.

Deben ser claras, precisas, y concretas, de modo que sean fácilmente comprendidas y no exijan aclaraciones o produzcan dudas. Deben siempre decidir y ser congruentes con lo pedido y el estado del proceso. Ciertos decretos, llamados de cajón, parecen no decidir, por ejemplo, al decir: agréguese, ofíciese, etc.; pero, advirtió Podetti, basta pensar que pudo disponerse lo contrario, para comprender que en estas palabras existe una decisión. Si se dispone: téngase presente, o se trata de una resolución improcedente o pudo disponerse lo contrario. El cúmplase, que ponen los jueces cuando les es devuelto un expediente con resolución de alzada, carece de sentido, pues nada agrega a lo decidido por el **ad quem**, aunque a veces sirva para fijar el momento en que empieza a correr el plazo suspendido. Por último, toda resolución judicial debe llevar la firma de quienes la dictan y autentican; y en Argentina, como en México, la media firma carece ya de significación, y también tiende a desaparecer el llamamiento de autos o avocación a la decisión de la causa, artículo o incidente.

a) Las explicaciones de Podetti resumen prácticamente los puntos de vista de la doctrina. Así, puede verse que Alcalá Zamora, al comentar los artículos 96 y 102 del código de Chihuahua,[984] advierte que reducen las resoluciones judiciales a dos clases: sentencias y autos, evitando el casuismo del 79 distrital, con sus tres categorías de autos: provisionales, definitivos y preparatorios, sus dos sentencias: interlocutorias y definitivas, y su única especie de decretos.

984 *Examen crítico*, Cit., 50.

Pero según Alcalá Zamora, el código chihuahuense exageró la nota, y le parece más acertada la clasificación tripartita de Marcos Pelayo: sentencias las de fondo, autos las incidentales y providencias que en México se denominan decretos y también en Argentina.

Las llamadas sentencias interlocutorias, explicó el autor, que sólo lo son en sentido formal pero no material, descenderían a la calidad de autos.

Ahora bien, por un lado, este tratamiento implica una equiparación de características esenciales, porque todos los autores que le siguen opinan que se trata de actos jurisdiccionales. Es cierto que todos son judiciales y que llevan un sentido de mando; pero por su consistencia, su objeto, su finalidad y sus efectos, hay entre estas resoluciones una gran discrepancia que exige un análisis más a fondo.

Ha quedado advertido [985] que en todo proceso hay dos actitudes del juzgador, que la primera versa sobre el comportamiento que ante él tienen las partes y la segunda se refiere al que originó el conflicto; que siendo dos las relaciones jurídicas que atiende el juzgador, deberán ser dos clases de facultades, una destinada a la dirección de la serie proyectiva, y la otra a la solución del dilema objeto del juicio.

Pues bien, ya no es del caso insistir en los argumentos expuestos para diferenciar acto jurisdiccional y sentencia; apenas sí, convendría recordar tres explicaciones de otros tantos renombrados procesalistas, de las que se infieren conclusiones paralelas.

i) En primer lugar, Carnelutti [986] comienza aconsejando distinguir la función jurisdiccional de la función procesal. La segunda, dice, es el **genus** y la primera la **species.** No todo proceso implica ejercicio de jurisdicción, sino tan sólo aquel cuya finalidad está en el acertamiento de un estado jurídico ya existente o en la constitución de un estado que todavía no existe: proceso declarativo y dispositivo respectivamente. Especialmente, agrega, es proceso y no jurisdicción la ejecución forzosa.

En su parecer, la distinción concuerda con el significado de las palabras, de manera que el juez **jus dicit** cuando declara que existe o no la deuda reclamada; y no le preocupa que en el transcurso de la historia e incluso en la ley actual, la palabra jurisdicción se use, fuera de los límites de su significado natural, para indicar cualquiera función procesal. Dicho uso se debe a la preponderancia que ha tenido el proceso jurisdiccional en la lenta elaboración del pensamiento acerca de los fenómenos procesales. El **proceso ejecutivo** y los otros tipos de proceso han permanecido en la sombra y de ese modo, la noción de jurisdicción ha absorbido íntegra

985 Supra No. 78 A.

986 *Sistema*, Cit., T. I, pp. 155 y ss.

la noción del proceso. Pero si la historia impone a la ciencia sus hechos, no debe imponerle las ideas ni las palabras. Sólo así puede progresar la ciencia.

La realidad, termina diciendo, es que entre jurisdicción y proceso no sólo no se encuentra una relación de coincidencia, sino ni siquiera de continencia y sí sólo de interferencia. Si existe un proceso no jurisdiccional, hay que admitir una jurisdicción no procesal. A la luz del buen sentido aparece indudable que **ius dicunt** no sólo el juez cuando mediante la sentencia decide una cuestión para componer un litigio, sino también y más bien el legislador cuando forma una ley e incluso los contratantes cuando hacen del contrato ley entre ellos. En suma, esa potestad corresponde, no sólo al juez, sino a toda persona cuya declaración posea el carácter de **fuente** del derecho. Históricamente, la **jurisdictio** fue precisamente la manifestación del **imperium,** del poder de mandato atribuido al magistrado superior romano, que consistía en fijar reglas jurídicas y que se distinguía, tanto del poder militar, como de la **coercitio;** sólo debido a que esa fijación de reglas tenía lugar mediante el proceso, el mismo nombre sirvió a la vez para designar el fin y el medio, y por consiguiente, no tanto la función jurídica, como la función procesal. Se explica así que se haya acabado por llamar jurisdicción a esta última, incluso cuando es ejecución.

ii) Cuando Enrico Allorio procedió a hacer un resumen de la doctrina del acto y del efecto jurisdiccional,[987] explicó que según la ley, los actos dotados del efecto declarativo de la cosa juzgada son las sentencias. Ellas constituyen los actos jurisdiccionales en sentido propio y técnico. En el procedimiento que termina con la emisión, precisamente, de las sentencias, éstas van precedidas de otros actos, en serie ordenada, evidentemente no dotados de la eficacia del caso juzgado, y que llamó actos procesales: del juez o de las partes, en cuanto forman parte del proceso jurisdiccional.

iii) Por último, Piero Calamandrei[988] explicó que el juez, cuando es llamado a aplicar la ley sustancial a los hechos de la causa, considera el derecho solamente como objeto de su conocimiento, y no lo considera, al mismo tiempo, como regla de su operar: una cosa es aplicar la ley a las relaciones ajenas, esto es, establecer por medio de una actividad meramente intelectiva qué ley habría debido ser observada en el pasado por los sujetos de la relación controvertida sometida al conocimiento del juez, y otra es observar o **ejecutar** la ley, que quiere decir conformar prácticamente la conducta propia al precepto que en el presente la regula.

987 *Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada,* en *Problemas de derecho procesal,* Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1963, T. II, p. 96.

988 *Instituciones de derecho procesal civil,* Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As., 1943, p. 270.

iv) Lo dicho por estos tratadistas coincide en un punto esencial que nadie explicó mejor que Calamandrei: hay dos actividades que realiza el juez, la primera es una observancia de las normas que a él se dirigen, la segunda una aplicación a las partes, de las disposiciones que regulan su conflicto.

No queda, entonces, sino optar por la denominación. En realidad, y vistas las explicaciones de Carnelutti, semánticamente se podría llamar jurisdicción a la legislación o a la contratación, lo que incluye a la sentencia. Pero él mismo ofrece el argumento teórico atendible: tarea de la ciencia es determinar las ideas sobre los hechos de la historia.

Para elegir el vocablo adecuado a la dirección del proceso, se deben considerar puras circunstancias teóricas. En primer lugar, las palabras proveimientos o providencias, se emplean con frecuencia en los procedimientos administrativos y, en cambio en éstos, aun tratándose de resoluciones sobre el fondo de los problemas y de carácter inimpugnable, como una expropiación agraria, no es adecuado hablar de jurisdicción.

En segundo lugar, ya en la doctrina aparece como un lugar común, el estimar que los conceptos básicos del derecho procesal son tres: acción, jurisdicción y proceso. Se puede sostener vigorosamente y con exceso de argumentos, que no hay proceso sin acción ni jurisdicción, que no hay acción sin jurisdicción y sin proceso, y que no hay jurisdicción sin acción ni proceso. Se trata de conceptos correlativos, cuya desvinculación traería graves consecuencias, la principal, la pérdida de congruencia sistemática, lo que devolvería los estudios procesales a los planos ya superados históricamente.

En tercer lugar, la sentencia es una denominación inconfundible, no sólo con otros actos públicos como la legislación y la administración, sino con la actividad dentro del proceso. Ningún autor se atrevería a llamar sentencia a un acto que da entrada a una demanda, que rechaza una prueba, que concede un plazo, que fija una audiencia, etc. Todas las discusiones que pudieran suscitarse frente a ciertos actos, como las interlocutorias, son relativas a su consistencia material y no a su posible confusión con la dirección de las instancias proyectivas, y ya se verá más adelante, que aparte de lo comentado por Alcalá Zamora, hay una justificada oposición a su misma presencia dentro del proceso.

En fin, se podría llamar jurisdicción al acto de sentenciar, y proveimiento a los actos del juzgador dentro del proceso; pero además de la posible confusión que provocarían los últimos frente a proveimientos y providencias administrativos, se propiciaría un obscurecimiento de la naturaleza de otros actos judiciales que, dictados en el curso del proceso no se destinan a su dirección, como son los que atienden accidentes. La palabra jurisdicción, empleada en la actividad procesal, eleva su jerar-

quía teórica, delimita sus aplicaciones, distingue su función de otras actividades judiciales: orgánicas, gubernativas, económicas, disciplinarias y meramente burocráticas.

Es por ello que aquí se prefiere reservar el nombre de jurisdicción a los actos de dirección del proceso, dejando para la decisión el vocablo sentencia. Esta no puede confundirse con ninguna otra manifestación jurídica, no sólo porque es la solución de un conflicto, sino porque supone un proceso. Apenas sí, se podrían presentar dudas frente a otras resoluciones, como las recaídas en negocios de atribución judicial, mal llamados **jurisdicción** voluntaria; pero bastará ir a la realidad, para ver que se trata de autorizaciones o acreditamientos, y no de pronunciamientos sobre conflictos, al grado de que hay autores, como Allorio, [989] que les consideran de índole administrativa. El deslinde entre sentencia y jurisdicción, no significa negar su común denominador: actos de mando. Y es cierto que la jurisdicción es una resolución, porque no se puede dirigir sin ordenar, así sea para permitir que la instancia proyectiva siga el curso intencionadamente previsto por las partes. Pero del hecho de que se trata siempre de resoluciones judiciales, no se infiere una plena identidad, ni siquiera similitud.

b) Advertida la calidad resolutiva del acto jurisdiccional, queda abierto el camino para indagar, no sólo la significación de la resolución, sino sus posibles expresiones.

Desde luego, ya no se trata de considerar el sentido que se le ha dado en el campo sustantivo del derecho, es decir, la extinción del convenio por una estipulación expresa o implícita, lo que mejor sería denominar condición resolutoria para recordar su cercanía con el pacto comisorio o el pacto de retroventa, circunstancias que ya fueron estudiadas antes. [990] Por resolución debe entenderse un acto que en la teoría general del derecho implica mando, una declaración de voluntad de carácter público sobre un problema jurídico, que tiene por objeto determinar el efecto imputable a los supuestos que forman el problema.

La resolución viene, así, a distinguirse primeramente de la opinión que alguna vez tuvo semánticamente sinonimia con **sententia.** Pero también se diferencia de otros mandatos, como el legislativo, en cuanto éste es la postulación de una normatividad, es decir, la atribución de vigencia a una regla de conducta ajena, general, abstracta e impersonal; [991] actividad que materialmente puede competer al órgano judicial, [992] al que también corresponden actos administrativos, gubernativos, disciplinarios, de pesquisa, de representación y de documentación. [993]

989 Op. cit., T. II, pp. 26 y ss.
990 Supra Nº 135, B.
991 Supra Nº 79 c, 11.
992 Supra Nº 81 A, 1.
993 Supra Nº 81, A, II a VII.

Si el juzgador tiene competencia para realizar estas distintas actividades, no se sigue de ello que en todas haya resoluciones. No hay declaración pública para determinar el efecto imputable a la existencia de un problema jurídico, ni en la legislación, ni en la pesquisa, ni en la consignación, ni en la representación, ni en la actividad documental que abarca la autenticación, la certificación y el registro. Por lo que respecta a la administración, debe establecerse una división, según se trate del operar el acervo jurídico ajeno,[994] o de la aplicación de órdenes para la consecución de fines administrativos: actos de gobierno, disciplinarios o de policía.

Sólo se pueden contemplar resoluciones en aquellos actos del juzgador que atañen a problemas que afectan a terceros. Tal vez se piense que en esta caracterización se emplea más la arbitrariedad que el arbitrio doctrinario, porque se puede creer que la autenticación tiene algo de resolución, o que el acto legislativo por ser un mandato resuelve; pero si se medita sin prejuicios, se convendrá que dentro de la actividad pública, hay órdenes que no son soluciones de problemas y, si bien Carnelutti[995] estima que hay un mandato abstracto que se dirige a cualquiera que se encuentre en una situación dada, lo que constituye una regla o norma jurídica relativa a todos los conflictos comprendidos en el conjunto al que la regla se extiende; lo cual llevaría a pensar que ya en la ley se aparece la primera resolución, ya el autor citado explica que la regla conforme a la cual cada conflicto debe ser resuelto, impone a los hombres reunidos en sociedad su contenido mediante un mandato. La regla por sí sola no basta, agrega, y en caso de conflicto los hombres pueden sentirse impulsados a no acatarla; por ello la regla ha de ser completada con el mandato.

Entonces, suponiendo que la regla parta de un conflicto, lo que no siempre sucede, no es lo mismo optar por una solución legislativa que resolver un problema real, concreto y entre sujetos determinados.

El tema necesita una explicación más a fondo, porque se enlaza al concepto de problema. Conforme a la semántica, el problema es una cuestión que se trata de aclarar, una proposición dudosa; en matemáticas es una proposición dirigida a averiguar el modo de obtener un resultado cuando ciertos datos son conocidos. Se agrega que el adverbio problemáticamente, alude a la existencia de razones por una y otra partes, sin determinar opinión; y que el adjetivo problemático significa dudoso, incierto, o que se puede defender por una y otra parte.[996]

994 Supra Nº 79, c, II.

995 *Sistema*, T. I, pp. 20 y ss.

996 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, décimo sexta edición.

Como la cuestión es una pregunta que se hace o propone para averiguar la verdad de una cosa controvertiéndola, punto o materia dudosos o discutibles;[997] el problema viene a ser la existencia de proposiciones dudosas que se trata de aclarar.

Se diría, entonces, que el problema se le presenta lo mismo al legislador que al juzgador, al contratante que al realizador de una operación material de administración, a la autoridad y al particular; pues todos se enfrentan a cuestiones, sea sobre las circunstancias materiales, económicas o sociales, o bien sobre las relaciones normativas mismas; cuestiones que finalmente aclaran a través de reglas de derecho.

Pero ya en esta observación se encuentra una primera diferencia que divide los problemas en jurídicos y no jurídicos, es decir, materiales, económicos o sociales. El legislador expide normas, pero con ellas no siempre aclara problemas de otras normas, sino de coexistencia social. Así, cuando determina lo que es un mueble, cuando organiza la judicatura, cuando implanta una contribución, etc., no está resolviendo un problema jurídico, sino jurídicamente aclarando una cuestión material, social o económica. Es cierto que, en cambio, cuando estipula que consignado el acusado se le deberá tomar declaración preparatoria en un plazo perentorio, soluciona un tema jurídico; pero no resuelve una cuestión normativa, una proposición dudosa, sino que opera técnicamente para lograr la invariación de sus reglas.

Dice bien Carnelutti[998] cuando afirma que cualquiera persona puede pensar la regla y establecer una norma para el caso singular, pero esto no significaría resolver un problema jurídico, sino actuar como legislador sin serlo, porque para esto último hace falta esa potestad de mando que pone en vigor la norma pensada. Ahora bien, no sólo se distingue legislar de sentenciar por la función, que en el primer caso significa postular una normatividad; sino que también se aparta la regla legislada del mandato de la sentencia, en que la primera soluciona jurídicamente y la segunda resuelve algo jurídico.

Aun en el simple plano técnico, el legislador no tiene que interpretar, y esto se verá con más amplitud adelante, sino que opta por soluciones invariando en un sentido y no en otro. Cuando determina que el auto de formal prisión se dicte dentro de las setenta y dos horas, no está resolviendo algo jurídico, sino jurídicamente combinando plazo y actividad judicial. El legislador pudo haber establecido setenta u ochenta horas, sin que jurídicamente hubiera existido problema previo que resolver. Esto es lo que recibe el nombre de política legislativa, y explica que en unos casos el procedimiento sea oral y en otros lo sea escrito.

997 Id.
998 *Sistema*, T. I, p. 21.

c) Pues bien, todo problema jurídico, distinguido ya de cuestiones jurídicamente solucionadas, [99] implica una cuestión normativa que en lo administrativo se resuelve por obra de una de las partes interesadas, y en lo procesal por un tercero imparcial.

Posiblemente queden algunas dudas sobre el particular y habrá que disiparlas. Por ejemplo, se podría pensar que también los letrados, al preparar su demanda o su acusación, tropiezan con problemas jurídicos, es decir, con puntos dudosos en las normas aplicables, y su tarea inicial es resolverlas, lo que realizan en ese momento o al alegar. Sería inútil negar que, materialmente, en estas hipótesis hay también aclaración de los problemas; pero es igualmente manifiesto que no hay resolución, si por ella se entiende, como se dijo ya, el acto de carácter público que determina el efecto imputable al problema jurídico.

Y es que el juez, como el abogado, son juristas y piensan en términos de derecho; pero entre ellos se alza la gran diferencia de la potestad resolutiva. Lo que el abogado resuelve es presentado al juez, apenas como una conclusión, por cuya aceptación peticiona. El motor que impulsa los datos de eficiencia es la petición referida en el instar proyectivo, de manera que en la fase conclusiva, las partes alegan para demostrar y no para resolver.

Esclarecida la situación, debe ahora penetrarse directamente en el campo de las resoluciones. En el ámbito judicial las hay administrativas, disciplinarias, gubernativas, jurisdiccionales y sentencias. No se mencionan otras manifestaciones de la competencia judicial, porque carecen de la naturaleza resolutiva de las anteriores, y queda indicado que no hay resolución en la actividad representativa, autenticadora, investigadora o de simple consignación, por el simple hecho de que en estos extremos, no aparece una orden que impute un efecto a un problema jurídico. La representación, por ejemplo, es la función propia del legitimado, y permite a los presidentes de los tribunales, concurrir a los actos públicos con cierto carácter, lo que es ajeno a la potestad de mando. En la autenticación se da un valor al documento, lo cual puede realizar un notario sin ser autoridad. En la investigación se efectúa una pesquisa que, si no está desprendida del carácter de autoridad y por ello frecuentemente utiliza la potestad de mando, como cuando cita u ordena la exhibición de cosas y papeles, tampoco puede confundirse entre el empleo de la potestad y el sentido de la averiguación: investigar no es mandar, pero para hacerlo se puede emplear el mando, lo que es bien distinto. Y en cuanto a la consignación, como en las leyes que la regulan no se menciona el

999 Y en este plano cabría contrastar las soluciones jurídicas de las religiosas, las económicas o las sociológicas, de manera que se podría advertir que si la libre competencia es una solución para el abatimiento de los precios económicamente encontrada, el control de precios es una solución jurídicamente impuesta al mismo fin.

acto de privación de la libertad, sino que se alude a la participación de conocimiento, aquí hay un deber de comunicar los hechos al ministerio público, que será el encargado de perseguir y acusar, incluyendo la facultad de solicitar una orden de detención, o de efectuar la aprehensión en casos de urgencia, tal como lo determinan la Constitución y las leyes ordinarias.

d) Limitado el examen a las resoluciones judiciales, el tema de las administrativas del órgano de este nombre y las policíacas del ministerio público, debe quedar para ser estudiado en otro lugar, el que corresponde al procedimiento penal que abarca desde la **noticia** del crimen hasta el cumplimiento de la pena, o bien el que atañe al procedimiento administrativo antecedente del contencioso respectivo. Hay, puede recordarse, resoluciones administrativas en el campo laboral, que conducen, según la técnica del ordenamiento mexicano, bien al juicio fiscal de nulidad, al juicio laboral ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, o al amparo por violaciones constitucionales; como hay disposiciones administrativas que preceden al juicio correspondiente en materia de minería, de aguas y bosques, en el sector agrario, etc., etc.

La diferencia entre las resoluciones administrativas no judiciales y las judiciales administrativas, es meramente orgánica y formal, en el primer caso provienen de autoridades incluidas en la estructura del Ejecutivo, en el segundo extremo pertenecen al Judicial; y formalmente, las resoluciones de la Administración responden a condiciones que varían notablemente frente a las judiciales, en especial porque la autoridad administrativa no es fungible y sí la judicial que suele estar compuesta por varios oficiales del mismo rango y competencia. En todo caso, no puede olvidarse que en este sector de lo materialmente administrativo, se debe separar la operación con el acervo jurídico ajeno, de la expedición de órdenes para fines administrativos. Sólo puede haber resolución sustancialmente administrativa, cuando la autoridad entra en conflicto con el particular, y lo resuelve unilateralmente; en otros casos, el problema material, económico o social, sólo necesitará de una solución jurídica.

Lo dicho arriba, es puntualmente aplicable a los mandatos emitidos en el sector disciplinario y frente a la comisión de faltas, puesto que tanto la Administración como la Judicatura tienen conferidas potestades para estos casos. Apenas sí, podría decirse que hay peculiaridades de la materia policíaca administrativa frente a la judicial, por cuanto la primera se destina a la protección de la integridad física de las personas o las cosas, en tanto que la judicial se dirige primariamente al orden que debe respetarse en los juicios, de manera que recibe la denominación de policía de las audiencias. Como sea, lo disciplinario es en todos los campos someter la conducta de las personas subordinadas, al cumplimiento de

determinadas prestaciones, y la aplicación de sanciones en la hipótesis de incumplimiento. Por cuanto a la regulación policíaca, supone un conjunto de prohibiciones, susceptibles de ser levantadas al satisfacerse condiciones especiales.

Alrededor de todos estos actos resolutivos: administrativos, disciplinarios, sancionatorios y de policía, se presentan conductas aplicativas como titular al Estado y por lo mismo, Adolfo Merkl [1000] sostiene que la de fuerza física que reciben el nombre de ejecuciones. La ejecución tiene administrativa es una clase de ejecución caracterizada por el órgano, lo que permitiría hablar de otra de índole judicial. Es así como se puede hablar de la autonomía de un derecho ejecutivo que puede incluir los apremios, las coerciones morales que indirectamente alcanzan el mismo fin; pero específicamente el empleo de la fuerza restringiendo la libertad.

e) En la amplia constelación de actividades judiciales, sólo se puede hablar de resoluciones cuando hay un acto público que determina el efecto imputable al problema jurídico; el resto, numeroso por cierto, tiene diversas consistencias, y sólo puede ser igualado tentativamente y para confrontarlo con el anterior sector, a base de una caracterización negativa, diciendo que no son determinaciones sobre problemas.

Con todo, queda aún la dificultad proveniente de la estructura y el objeto de las verdaderas resoluciones. La existencia de actos proyectivos, incidentes y accidentes, fuerza a separar lo estrictamente procesal de cuanto integra lo paraprocesal.

Hay resoluciones, no sólo al sentenciar y en el actuar jurisdiccional, sino en los incidentes, en los desplazamientos, y en las sustanciaciones paraprocesales que se han denominado accidentes.

La calidad resolutiva de la sentencia es manifiesta y, además, a su estudio se destina el número siguiente. Esa misma calidad, en los actos jurisdiccionales es la materia del presente análisis, pero a su lado se encuentran los incidentes, los desplazamientos y los accidentes. De manera que no bastaría dar las notas constitutivas de la jurisdicción como acto resolutivo, si se omiten las diferencias con los otros actos.

Aunque el jurisdiccional es un acto que a estas alturas no puede ofrecer dudas, y que simplemente se puede definir como la dirección de la serie de instancias proyectivas; es ahora su contenido el que requiere puntualizaciones precisas.

Toda instancia proyectiva, sea de acción o de reacción, tiene una eficacia directa hacia la jurisdicción. Por lo mismo, lo primero que busca es su admisión; pero cuando se incumplen las condiciones mínimas de acogimiento, aparece el rechazo, que por ser un impedimento susceptible

1000 *Teoría general del derecho administrativo*, Cit., p. 365.

de alcanzar un estadio de irrevocabilidad final luego de agotadas las impugnaciones, debe ser atendido en primer lugar. Así pues, un dato inicial es el de negativa o rechazo a la eficacia del instar: inadmisión.

Lo contrario sería precisamente la admisión, el acto jurisdiccional positivo, por el que se accede a la determinación del efecto mínimo del instar. Sin embargo, no hay instancia aislada, todas ellas hacen referencia a relaciones de eficiencia. En la demanda o en la acusación, lo referido es una pretensión de sentencia y, por la estructura del proceso, esta nota de eficiencia no es estimada sino después de concluido el proceso; pero en las demás instancias de la serie, lo referido se ha venido denominando peticiones, con la advertencia de que esta palabra podría llevar a confusiones con el derecho de instancia calificado de petición; pero ante la pobreza del lenguaje, y mientras no se encuentre otra palabra más adecuada, tendrá que hacerse una permanente separación entre el peticionar del instar procesal y el derecho de petición.

Hay un peticionar procesal cada vez que se busca un determinado contenido jurisdiccional: traslado de la demanda, denuncia del litigio, contestación de la contraria, ofrecimiento de medios de convicción, preparación de los mismos y su desahogo, y, en fin, presentación de alegatos en que implícitamente se peticiona por la aceptación de las conclusiones.

Nada más natural que a cada peticionar corresponda un cierto contenido de la actividad jurisdiccional: rechazándolo o admitiéndolo. Pero al lado de esta actitud que podría considerarse meramente receptiva, hay una conducta jurisdiccional aparentemente oficiosa.

Se trata, en realidad, de complementaciones y suplementaciones del peticionar de las partes, o de propiciaciones de su instar. Las manifestaciones más comentadas doctrinalmente son alrededor de las **pruebas** y se les califica de potestad inquisitorial; pero la legislación positiva ha conocido de otras figuras, inmediatamente vinculadas con las pretensiones y su condicionalidad.

Desde luego, no hay oficiosidad alguna en las revisiones de la actividad de las partes. Si el actor presenta su demanda como legitimado, ante la ausencia de un medio que acredite su personalidad, el juzgador debe exigir su exhibición y aun rechazar la instancia si no se presenta. Aquí se ha hablado de facultades oficiosas, pero es fácil advertir que el sujeto obligado por la ley para sustanciar la serie, debe aplicar de una manera forzosa la inspección documental que se le exhibe. Esto lo realiza cualquier empleado de una oficina pública o privada, y todo receptor de documentos tiene necesidad de leerlos para clasificarlos y conocer su destino, sin que pueda hablarse de facultades oficiosamente aplicadas.

Lo que comprende la oficiosidad jurisdiccional, es todo aquello que no represente una expresión de eficacia del instar o de eficiencia del peticionar, pues manifiestamente, cuando el juzgador niega o concede lo pedido, su actividad viene supeditada y provocada por la instancia. Pero si además de atender la promoción de las partes y de recibir los medios de confirmación o los alegatos, provee situaciones no resultantes de lo pedido, habrá actividad oficiosa.

Así, en lo tocante al conflicto, hay leyes que facultan al juzgador para intentar la conciliación. Si no se trata de un trámite impuesto a las partes, la conciliación oficiosa suplementa el peticionar y se enlaza con el conflicto objeto del proceso. De la misma índole son las potestades inquisitoriales relativas a la confirmación, sea que el juzgador ordene complementar las preguntas de las partes, o que haga venir elementos cuyo conocimiento surge de la exhibición de otros medios.

En cambio, hay un propiciar de la actividad de las partes, cada vez que el juzgador dispone sobre el tiempo y el lugar de los actos, cuando él mismo solicita el auxilio de otras autoridades, o cuando provee a la oficiosa acumulación, suspensión, interrupción o escisión y aun desplazamientos procesales.

Ninguno de estos actos podría considerarse de naturaleza interna para el juzgado, como cuando se designa secretario, o se manda guardar documentos y valores en las cajas de seguridad de los tribunales. En estos extremos, la comunicación personal no trasciende hasta las partes, y sólo se trata de medidas de organización.

Las complementaciones, suplementaciones y propiciaciones oficiosas, se vinculan con las admisiones y rechazos de instancias y concesiones y negativas de peticiones, por la circunstancia de que constituyen, modifican o extinguen situaciones procesales de las partes. Es esta característica lo que les dota de carácter jurisdiccional, pues en definitiva, vienen a ser actos de dirección de la serie proyectiva. Sin embargo, no debe considerarse que se trate de actos de impulso como suele decir la doctrina, porque la actividad oficiosa no da movimiento al instar de las partes y, todo lo más, provoca su aparición.

f) En la búsqueda de los términos adecuados para denominar la distinta finalidad de los actos jurisdiccionales, se tiene que concluir que, sea cualquiera el resultado de sus diversos contenidos, hay siempre una dotación de efectos procesales puros.

Si, por ejemplo, una instancia refiere una petición de declaración testimonial, al resolver favorablemente, el juzgador no hace sino limitarse a determinar el efecto legalmente previsto, después de ponderar la satisfacción de las condiciones en que aparece la instancia.

En todo este camino, el juzgador viene actuando en la línea convergente del proceso: acción, reacción y jurisdicción, para continuar con el grado siguiente. Por ende, las resoluciones que emite tienen una sola y la misma finalidad: adquisición procesal.

Llegado el punto de la elección del término adecuado, parece conveniente hablar de proveimientos, cabalmente por ese sentido de dotación que tienen los actos así emitidos. En un proceso regularmente sustanciado, vale decir, sin complicaciones incidentales, accidentales, o de desplazamiento, el objeto de la actividad jurisdiccional se va atendiendo con llaneza y celeridad; y no puede negarse que este ideal podría conseguirse en gran parte, si el proceso se desbrozara de esas cuestiones que se atienden, probablemente con el afán de impartir una mejor justicia.

Como sea, lo importante está en la denominación de estos actos, y queda explicado que todos alcanzan una misma meta: dotar al proceso de sus elementos dinámicos indispensables y de sus constancias de eficiencia necesarias para dar al juez los conocimientos que requiere en la decisión del conflicto.

Es verdad que la doctrina y la legislación hablan de autos, decretos, proveimientos y sentencias, además de incluir un tipo ambiguo llamado interlocuciones o sentencias interlocutorias. Pero no puede perderse de vista que cuando se hace tan extensa enumeración de resoluciones, se parte de la idea de que todo acto del juzgador es naturalmente un acto jurisdiccional.

Debido a que en el proceso por antonomasia, no se necesita sino de proveimientos que pueden variar de contenido, pero que esencialmente responden al fin de la adquisición y la integración procesales, se puede concluir que sobran otras figuras, las cuales se relacionan con las eventualidades ya indicadas: incidentes, accidentes y desplazamientos.

Obviamente, estas circunstancias requieren de sendas resoluciones; pero una vez que se ha distinguido lo procesal de lo eventual o contingente en el proceso, se puede emprender el estudio de las nuevas manifestaciones, las que, además, responden a metas diversas a la señalada. Un incidente no tiene el cometido de adquirir para el proceso ni un grado ni un elemento de eficiencia, su explicación tiene que buscarse por otro camino, por ejemplo, en el ámbito de la regularidad. Si en el proceso se presenta la eventualidad de un juez sospechoso o francamente incompetente por materia, la conveniencia de volver al seno de la regularidad impone un incidente que, sobra decirlo, tendrá que ser resuelto, esto es, deberá estar dirigido y decidido. Para tal fin, el juzgador ha de contar con nuevos medios de potestad, porque siempre estará actuando como autoridad. Pero es bien distinto el caso de un acto jurisdiccional que dirige la serie normal, al acto judicial que resuelve sobre un embargo.

g) Si admitir, rechazar, conceder, negar, propiciar y disponer, son los contenidos del proveimiento; por su carácter determinativo de efectos de un problema, vienen a asemejarse a las resoluciones dictadas en incidentes, accidentes y desplazamientos procesales.

Es por ello que sólo percibiendo su naturaleza jurisdiccional, se puede distinguir entre las resoluciones inherentes a la serie y las conexas. Hay, sin embargo, una proposición, sustentada primero por Podetti y luego por Alcalá Zamora, en el sentido de separar tres clases: decretos, autos y sentencias.

La fórmula no deja de ofrecer interés práctico, pero es insuficiente a la vista de sus posibles aplicaciones. En primer lugar, no es el dato de la sustanciación el que puede significar la diferencia: hay resoluciones de plano, como el tener por presentados los alegatos, que implican el problema de la ocasión procesal y, por tanto, no pueden ser meros decretos. En cambio, los autos que, según Podetti, deciden todas las cuestiones dentro del proceso, en primer lugar pueden ser dictados de plano como una declaración de incompetencia y, en segundo, pueden referirse a materias accidentales como el levantamiento de un embargo, lo que no entraña un problema estrictamente procesal.

En definitiva, si lo que se busca es una fácil, objetiva y aún evidente identificación del tipo de resolución dictada, la clasificación a base de la emisión sin sustanciar y de la presencia de una cuestión, tiene el defecto de contraponer dos circunstancias que no se excluyen entre sí, de manera que cabe la resolución de plano de una cuestión procesal, y la sustanciación de un problema no procesal como la imposición de una medida disciplinaria.

Por otra parte, para el accionante, lo que más importa es saber la clase de impugnación y los efectos que ella pueda tener en la marcha de la serie. Sería inútil calificar de decreto a la resolución que da entrada a la demanda, a la que admite un medio confirmatorio, a la que concede el llamamiento de tercero o a la que dispone un plazo extraordinario de prueba; si a cada una de estas resoluciones se atribuye un tipo diferente de impugnación, y esto sin olvidar que hay cuestiones que se deciden sin ulterior recurso.

Probablemente sea en el proceso penal donde haga crisis la clasificación, pero también se puede acudir al proceso laboral, en donde aparecen procedimientos colectivos y económicos, en los que el desarrollo procesal se pierde en trámites administrativos y medidas de prevención.

Es por todo esto que, considerando que el acto jurisdiccional no ha de perder fisonomía mientras se destaque su función dentro de la serie proyectiva, que puede hablarse de tripartición con otras razones. Desde

luego, advirtiendo que hay resoluciones del juzgador que se dirigen a los subalternos y auxiliares, sin importar lo complejo o simple del trámite, se puede hablar de acuerdos.

Puesto que la sentencia tiene características inconfundibles, no quedaría sino otro tipo de resoluciones: los proveimientos. Aquí tampoco sería importante separar resoluciones con sustanciación de aquellas que determinan el efecto de plano, pues lo trascendental está en los destinatarios y en la posibilidad de impugnación.

Naturalmente, los acuerdos y los proveimientos pueden dictarse en toda clase de procedimientos, es lo jurisdiccional lo propio del proceso.

201 La sentencia.

No sólo porque la sentencia se pronuncia cuando la serie de instancias proyectivas ha terminado, es que se puede sostener que se trata de una resolución no procesal, sino meramente judicial y sobre el conflicto conocido en el proceso; también acontece que el fenómeno resolutivo de intereses jurídicos, se presenta en otros campos, específicamente el administrativo.

Ciertamente, una parte de la doctrina [1001] afirma que las decisiones de los **recursos** contencioso administrativos son verdaderas sentencias porque emanan de órganos cuya natualeza jurisdiccional nadie duda y que están encuadrados en la organización judicial. Sin embargo, ya González Pérez advierte que podrá discutirse la naturaleza jurisdiccional de los llamados Tribunales económico administrativos y de otros órganos de la Administración, y en consecuencia, el carácter de sus resoluciones; y en este sentido, se podría agregar que hay decisiones en el ámbito de los cuerpos legislativos, como el Gran Jurado que forman la Cámara de Diputados y la de Senadores, conforme a los artículos 109 a 111 de la Constitución mexicana, que no pertenecen al órgano judicial y que, indudablemente son sentencias.

Lo más importante es que la sentencia ha venido siendo caracterizada como acto jurisdiccional, con todos los inconvenientes que ello suscita para distinguirla del acto administrativo. Al tratar de percibir la nota distintiva inconfundible, se ha visto, [1002] se invocó la fuerza jurídica de la decisión, lo que se llamó **cosa juzgada** formal. Pues bien, ni siquiera en este camino ha sido posible separar tajantemente a la sentencia del acto administrativo. Juan Francisco Linares [1003] ha puntualizado la similitud en

1001 Jesús González Pérez, *La sentencia administrativa*, Madrid 1954, p. 83.

1002 Supra Nº 77, D, III,

1003 *Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la corte suprema de la nación*, Bs. As. 1946, pp. 68 y ss.

este campo, indicando que la **cosa juzgada** administrativa sustancial consiste en la validez y vigencia inmutable en vía **jurisdiccional** y administrativa, tal como se ve en las sentencias firmes de los pleitos ordinarios.

Aún más, la inmutabilidad de la validez y vigencia de ambas especies de actos, agrega, no es idéntica, pues en ciertos aspectos es más estable la de los actos administrativos. Si se contrasta la cosa juzgada de los actos administrativos perfectos, con la de las sentencias dictadas según la ley procesal nacional, y que adolecen de alguno de los vicios que abren el recurso de rescisión, resultan estos actos de una menor estabilidad que los administrativos.

De todas maneras, la **cosa juzgada** administrativa formal y la sustancial no tienen indiscutibilidad en Argentina; pero en lo jurisdicional, la **cosa juzgada** es producida por un acto o norma con tres partes por lo menos, mientras que en lo administrativo las partes son dos, y una de ellas, la Administración, es quien la dicta.

Naturalmente, la terminología de Linares puede provocar confusiones innecesarias, y sin dificultad se puede cambiar por un lenguaje más técnico. Pero aún así, siempre resultará que en el campo administrativo hay resoluciones que tienen un vigor indestructible, características que se han querido destacar como el dato diferenciador de las sentencias judiciales, mal llamadas el acto jurisdiccional por excelencia.

a) Si se tiene presente en todo momento la diferencia terminológica que se ha venido proponiendo a lo largo de estos análisis, se podrá atender al significado de las teorías sobre la sentencia que, con el nombre de **jurisdicción,** intentan describir sus caracteres esenciales.

Alfredo Rocco, por ejemplo, en una obra que ha merecido el elogio de la doctrina vernácula, [1004] explica que existe un interés público y general en la satisfacción de todos los intereses protegidos por el derecho, tanto colectivos como individuales. Esta satisfacción que es uno de los fines esenciales del Estado, es también una de sus esenciales funciones, y la actividad con que el Estado provee a ello es precisamente la **jurisdiccional,** cuya característica está en el objeto a que se refiere, el cual repercute después en la forma.

Objeto de la actividad **jurisdiccional** es precisamente la realización de los intereses que el derecho objetivo tutela cuando esta tutela resulta ineficaz, cuando las normas generales de conducta, mediante las que el derecho provee a la tutela de aquellos intereses, encuentran por algún motivo obstáculos para su efectiva actuación.

La **jurisdicción es,** por consiguiente, también tutela de intereses como tutela de intereses es la legislación; la diferencia está sólo en los límites y en la forma de la tutela. Mientras en la legislación el Estado determina los

1004 *La sentencia civil*, Trad. Mariano Ovejero, México 1944, pp. 14 y ss.

límites de la tutela que quiere conceder y la lleva a cabo poniendo normas mas generales de conducta, en la **jurisdicción,** el Estado procura directa la satisfacción de aquellos intereses en los límites establecidos en el derecho objetivo, cuando éste no es o no puede ser espontáneamente actuado.

La característica de la actividad **jurisdiccional** está, por tanto, en que es una actividad del Estado sustituida a la actividad de aquellos a quienes la norma jurídica prescribe para la tutela de determinados intereses, determinada conducta no observada por ellos.

Por último, Rocco intenta una definición, diciendo que es la actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por algún motivo: inseguridad o inobservancia, no se realice la norma jurídica que los tutela.

Se infiere de lo anterior que es necesaria una regla jurídica que no pueda o no quiera ser realizada; esto es, que sea insegura la tutela concedida en el derecho a un determinado interés, o que estando demostrada la tutela jurídica de que tal interés goza, haya quedado todavía éste en descubierto por inobservancia de la norma que consagra la tutela. Fin de la **jurisdicción** es procurar el cumplimiento de tal interés, asegurando el derecho del caso concreto e interviniendo con la fuerza de la soberanía del Estado para el cumplimiento del mismo, aún sin o contra la voluntad de aquel frente a quien se concede la tutela.

Breve puede ser la crítica de estos conceptos, dejando aparte la cuestión terminológica. En primer lugar, parecería que es exclusivamente el Estado el encargado de sentenciar, y es sabido que los particulares convertidos en árbitros tienen facultades semejantes. En seguida, puesto que se parte del supuesto de una tutela del derecho objetivo, se puede recordar que hay relaciones de carácter privado, aquellas que por su misma hipótesis, no están impuestas por la norma pública, merecedoras también de tutela. Por último, el concepto no es aplicable a lo penal.

b) Desde el campo de la psicogenética, François Gorphe [1005] comienza por advertir que los jueces pronuncian fallos, que es su función principal. También dictan resoluciones que, por denominarse providencias, autos, sentencias e incluso veredictos, según la **jurisdicción,** [1006] aparte de cuestiones procesales, son actos de la misma naturaleza, susceptibles de entrar en un estudio de conjunto y único. Juzgar los litigios y las infracciones es la doble función judicial por excelencia, hacia la cual tiende o alrededor de la que gravita la mayoría de las demás en el recinto de la justicia.

1005 *Las resoluciones judiciales. Estudio psicológico y forense,* Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As. 1953, pp. 9 y ss.

1006 *Rectius:* competencia.

Si se intenta, dice Gorphe más adelante,[1007] el análisis del acto de juzgar en general, en aquello que pueda tener de esencial en todas sus formas, hay que investigar las operaciones lógicas y psicológicas que encierra, y que son menos simples de lo que podría llevar a creer el vocablo juicio. Este término, tomado de la vida corriente, la supera con mucho, y el acto resulta más complejo que el contenido de las resoluciones judiciales; sobre todo si se ve la parte esencial y última, incluida en los dispositivos del fallo.

Juzgar consiste en afirmar una relación entre conceptos. Lógicamente se aplica al hecho y a la manera de plantear la relación determinada entre dos o más términos; desde el punto de vista psicológico, se relaciona con la decisión mental que enlaza los conceptos y establece la relación como título de verdad. Desde el punto lógico, el juicio consiste en relacionar términos, llamados sujeto y predicado. Desde el punto psicológico, es la adhesión al enlace de las representaciones. Pero esta noción que se aplica al juicio judicial no basta para caracterizarlo.

La noción se completa por los juicios elementales que preparan más o menos explícitamente el definitivo. Un juicio condenatorio se enlaza con toda una serie de otros juicios previos sobre la **prueba** de los hechos, sobre las condiciones de culpabilidad o la parte de responsabilidad, etc. No todos esos juicios están siempre formulados, o pueden configurar el resultado de síntesis automáticas de representaciones, que el pensamiento ha de ordenar para concluir. Los psicólogos han señalado estados intermedios más o menos propicios para la formación del juicio. Los términos del juicio, antes de aparecer enlazados de modo claro y determinado, se reúnen por la intuición y la asociación en un conjunto consciente durante la secuela que constituye la formación del juicio.

En la actitud de afirmación y de adhesión que implica el juicio formulado interviene una decisión que implica un acto de voluntad. El sentimiento y la voluntad constituyen por lo menos resortes importantes, y la voluntad dirige el pensamiento. Particularmente interviene para formar, fijar y determinar las ideas, e incluso para realizar un acto de elección cuando cabe dudar entre ellas, encontrándose en cuantos casos desempeña un papel el arbitrio del juez, como en los de apreciación o evaluación, y además cuando se contrapesan varios principios diferentes entre los cuales hay que elegir. Por último, en la aplicación de los principios, la voluntad no deja de influir en la decisión, como puede notarse en todos los fallos judiciales condenatorios.

Los juicios de los jueces, en sentido amplio, comprenden las resoluciones tomadas para solucionar un litigio en forma de acto judicial. Comprenden los mismos dos partes: los motivos y la disposición que, hablando

1007 Cit., pp. 21 y ss.

con propiedad, contiene la resolución y la que pasa en autoridad de **cosa juzgada.** Pero todo forma un solo cuerpo e integran lo que antiguamente se denominaba el alma de la sentencia, **anima et quasi nervus sententia,** de ahí extrae la parte dispositiva la conclusión; los fundamentos o considerandos proporcionan a los fallos una forma lógica.

Sin embargo, el juicio completo no se reduce a una deducción, sino que a ella se añaden apreciaciones diversas y una decisión final; por ejemplo, se aprecia para determinar la falta cometida y el daño causado, o el acto de sustracción fraudulenta y la suma robada, y se decide para condenar al responsable o para pagar la indemnización a la víctima y hacer que el culpable sufra una pena.

En todo caso, el contenido de los fallos, aun motivados cuidadosamente, no expresa sino las razones positivas y jurídicas, las únicas sometidas a la fiscalización del superior, y deja a un lado la parte relativa a la apreciación libre de los hechos, donde actúan la intuición, el sentimiento y la voluntad: ahí puede haber motivos no expresados, cuando no incomplemente conscientes, pero no menos importantes para explicar el sentido concreto en que ha sido adoptada la resolución, o la tendencia en que se ha formado la jurisprudencia sobre una cuestión.

Si el juez no sigue ideas preconcebidas, si se guarda de lo arbitrario, su resolución debe ser determinada por razones que han de hacerse conocer a los litigantes, y no se trata solamente de redactar luego motivos de simple justificación. Algunos se han levantado contra cierta práctica de redactar los fallos correccionales luego de haberlos pronunciado verbalmente, procedimiento que permite ciertas puntualizaciones, retoques e incluso correcciones en la exposición de la causa; y se pretende que más de un fallo se habría dictado de manera distinta si previamente se hubiera tenido cuidado de precisar sus motivos por escrito. Se tropieza aquí con una cuestión de técnica, donde resultan posibles varios procedimientos de trabajo, que producen resultados variables según la persona que los emplea y las condiciones en que son empleados. Es cierto que el trabajo de redacción, que obliga a precisar las ideas y a ponerlas en orden, es susceptible de influir sobre la decisión, y que los jueces han hecho la experiencia de modificar su opinión a consecuencia de tal exigencia; pero normalmente, eso no se produce más que en los casos difíciles, y entonces interesa proceder según las seguras vías de la lógica que fiscaliza las intuiciones.

Existen materias reglamentadas, donde el juez está maniatado por los textos, pero las hay también en que la ley remite a él para estatuir **ex aequo et bono.** Lo más frecuente es que la equidad obre dentro de los límites legales, y el fallo debe satisfacer una doble exigencia: la buena justicia consiste en equilibrar la equidad con el derecho. Tal equilibrio debe

encontrarse de nuevo en los diversos elementos psicológicos que concurren en la formación del fallo, en la triple relación intelectual, afectiva y voluntaria. El juez es un hombre viviente, y juzga con toda su alma, realiza obra no tan sólo racional, sino humana. El arte de juzgar apela al espíritu de sutileza aliado con el espíritu geométrico, incluso en la aplicación de los principios del derecho. Debe el juzgador dar pruebas de sagacidad, de prudencia, y sobre todo, de buen sentido. [1008]

c) La posición psicogenética entra en esa corriente ya comentada, [1009] que partiendo de la jurisprudencia libre llega al realismo norteamericano, el cual, con todo su énfasis sociológico, se ha visto reprimido recientemente por el interés que han despertado en los círculos de la filosofía legal norteamericana el pensamiento de Kelsen por un lado, y las ideas del profesor de Oxford H. L. A. Hart por el otro, [1010] quien aplica a las cuestiones jurídicas una técnica general de investigación filosófica, llamada análisis lingüístico o filosofía del lenguaje ordinario, que no viene a ser sino el positivismo lógico del Círculo de Viena. [1011]

Sea cualquiera el criterio que se tenga de estas investigaciones psicosociológicas, está fuera de duda, para sus mismos sostenedores, que el juicio judicial, complejo y variado en sus elementos y formación, constituye el resultado de una serie de judicaciones particulares: acerca del planteamiento del objeto del proceso, sobre la fijación de los hechos del conflicto, como resultan de los medios de confirmación presentados al juez, sobre la aplicación del derecho resultante de la ley, de la jurisprudencia o de la ciencia privada del juez; y cada uno de ellos se descompone todavía en juicios de detalle: en cuanto a los hechos, sobre la credibilidad de un testimonio, sobre la significación de un indicio material o psicológico, sobre la actitud del acusado, sobre el sentido de un documento, etc. Estos juicios de detalle forman los motivos de la decisión última, entre los cuales algunos acaban por imponerse, sea porque la duda favorezca al acusado o porque la falta de medios de confirmación beneficie al demandado. [1012]

Así pues, si bien es conveniente advertir que en el juicio judicial intervienen, como no podía menos de ser, factores psíquicos y sociológicos, de manera que es necesario educar al juzgador aún en estos aspectos, porque ya se ha pregonado que aumentar el saber sin formar la voluntad

1008 Op. cit., pp. 21-39.

1009 Supra Nº 56.

1010 Cfr. Graham Hughes, *Rules, Policy and Decision Making*, en *The Yale Law Journal*, Vol. 77, Nº 3 January 1968, Masschusetts, E. U., pp. 411-439.

1011 Cfr. Rudolf Carnap, *Filosofía y sintáxis lógica*, Trad. César N. Molina, México 1963.

1012 Gorphe, Cit., p. 167.

no hace que avance el arte de juzgar; [1013] lo cierto es que el análisis de la sentencia lleva al campo de las resoluciones, y siempre suscita el problema de su pertenencia o no a la actividad jurisdiccional.

Si se descarta la última de estas cuestiones, por suponer que se han ofrecido argumentos suficientes para demostrar la diferencia entre jurisdicción y sentencia; quedarían todavía las que se desprenden de las posiciones ahora recordadas: la de Rocco que resume y refunde las tesis procesalistas, y la de Gorphe que concentra los puntos de vista de los sociólogos, ninguna de las cuales, por cierto, entiende el pronunciamiento final como algo distinto de una resolución.

Entre caracterizar a la sentencia como la actividad estatal tendiente a satisfacer los intereses tutelados por el derecho, y entenderla como un complejo resultante de una serie de judicaciones particulares en el que intervienen por igual la voluntad, el sentimiento y la razón, la elección parece inclinarse por el lado formal de los procesalistas; pues en definitiva, los sociólogos intentan atenuar la parte necesaria de subjetividad, recomendando al juez que encuadre el caso particular en una regla jurisprudencial común y experimentada. [1014]

Si, pues, todo el conjunto de factores psicológicos ha de ser controlado por la regla jurídica, y ser juez consiste en servir con orden la vida del derecho, lo más serena, positiva e imparcialmente posible; [1015] se podrá concluir que la naturaleza de la sentencia no viene connotada por su génesis psicológica, ni siquiera por su calidad de acto de voluntad que sabe ponderar el bien y el mal, sino por esa parte dispositiva que resuelve el objeto del proceso.

Con ello no se cae sin reservas en la postura de Rocco, porque ni se trata siempre de una actividad estatal, ni todos los conflictos están tutelados o resueltos por el derecho objetivo, ni aún cuando se trate de cuestiones de esta índole se tiene siempre la solución en el plano abstracto de la ley.

Es por estas circunstancias que la corriente sociológica tiene un valor indudable para el estudio de la sentencia, ya que, al menos, destaca ese aspecto del arbitrio judicial, que se origina en la ausencia de una regla concreta aplicable al caso particular.

Sentenciar no es deducir de un precepto legislado la solución en la especie. Además de que en los procesos aparecen problemas complejos que incluyen dos o más normas, al grado de que Calamandrei ha visto ya que, según se plantee la pretensión, se puede llegar a un resultado ade-

1013 Gorphe, Cit., p. 169.
1014 Gorphe, Cit., p. 169-79.
1015 Id., p. 169.

cuado o diverso del tema involucrado en el conflicto sustancial; también acontece que las leyes sean omisas sobre el punto a discusión, y puede suceder que en un proceso penal, que se supone de estricta aplicación del tipo delictivo, se presenten relaciones civiles creadas autónomamente por las partes y, en consecuencia, será necesario aplicar, más la ciencia del derecho que un precepto positivo que no exista.

Al seguir un camino que recuerda en mucho al psicologismo, Pedro Aragoneses,[1016] define las resoluciones judiciales como manifestaciones de voluntad emitidas por el juez, con el fin de verificar lo que estime justo. De ellas la más importante es la sentencia, que es aquella forma de terminación del proceso que contiene la decisión sobre la controversia.[1017] Literalmente tomadas estas palabras, podrían combinarse con la noción que de equidad ofrece Calamandrei, para llegar al resultado de que es factible una sentencia que no aplique la ley.

En efecto, para Calamandrei,[1018] al estudiar los modos fundamentales de producción del derecho, distingue el que llama la formulación para el caso singular y el que se puede denominar de la formulación por clases o también de la formulación legal. Históricamente en la actividad jurídica del Estado, y en vista de que el juez nace antes que el legislador, la autoridad no interviene para regular la conducta de los súbditos sino hasta que surge un conflicto, y en tal situación, caso por caso, el pacificador determina el derecho que debe servir para regularlo, al momento que lo hace observar, si es necesario, empleando la fuerza.

Según que predomine la formulación por casos o por clases se puede hablar **jurisdicción** de equidad o de derecho que es sinónima de aplicación del principio de legalidad. En la formulación por equidad, el juez no encuentra una norma preconstituida de la que pueda deducir el mandato potencial, de manera que obtiene éste directamente de su conciencia.

Y este renglón de la sentencia en equidad no es un recuerdo histórico, porque además de su amplia práctica en el abitraje privado, las mismas legislaciones estatales le prevén, como sucede en Italia, donde al hablar de ejemplos de adaptabilidad en el código vigente, Calamandrei menciona el hecho de que las partes pueden ponerse de acuerdo para atribuir al juez el poder de decidir según equidad.[1019] Por otro lado, se debe tener presente la circunstancia de que existen construcciones laborales como el jurado de empresa, el que siguiendo un procedimiento de información, puede determinar: sobre la marcha de la producción, sobre mejoras, etc.,

1016 *Sentencias congruentes*, Madrid 1957, p. 197.

1017 El mismo concepto había sido expuesto en su obra *Método para dictar sentencias*, Madrid 1951, p. 77.

1018 *Instituciones*, Cit., Tít. I, pp. 115 y ss.

1019 Op. cit., p. I. p. 380.

lo que por su misma hipótesis, implica una decisión no apoyada en norma preconstituida, porque no puede considerarse tal, la que le confiere la competencia pertinente a este fin. [1020] Lo notable en esta figura, es la existencia de una facultad creativa de condiciones nuevas en el trabajo y su índole de corporación privada mixta.

Por tanto, no es enteramente exacto que la sentencia sea la aplicación de la ley al caso concreto, idea originada en Bülow quien sostuvo que el derecho devenía en un mandato mediante la obra del juez, de manera que en sí no era sino un proyecto de ordenamiento futuro, que se actuaba de vez en vez en sede jurisdiccional. Contra tal argumento, ya Guiseppe Guarneri [1021] ha advertido que si así fuera, sería necesario concluir que la norma jurídica abstracta, surge por primera vez en la sentencia unida al derecho subjetivo que le es conexo, de donde el derecho material nacería del derecho procesal y la norma jurídica no sería obligatoria. Además, la norma aplicable en concreto por el juez, recibiría fuerza retroactiva, porque regularía un hecho específico ya existente antes de nacer, y así, aún la sentencia penal atribuiría al imputado, con efecto retroactivo, un delito que antes del juicio no era considerado como tal.

Guarneri concluye sosteniendo que la sentencia consiste en un acto del juez, contenido en un mandato; se trata de un poder metajurídico, en cuanto concurre a crear el derecho, ni más ni menos como la legislación. De aquí la consecuencia importantísima de que la relación no viene a establecerse entre los sujeots procesales, sino entre ellos y el mandato contenido en la sentencia, Muda la posición de las mismas ante el ordenamiento, jurídico, en cuanto el actor victorioso, o el ministerio público, están **legitimados** para obtener aquello que antes no podían conseguir, y viceversa, el vencido o el imputado, quedan sujetos a una **necessitas** que no pueden evitar; pero no nacen derechos y obligaciones entre las partes. O en otros términos, el mandato permanece en la sentencia y de ella irradia, pero no se localiza en los sujetos individuales, los cuales se desconectan bajo la relación jurídica. Esto explica también la posibilidad de que la sentencia opere frente a terceros, fenómeno que se contempla en lo penal, donde la misma tiene eficacia **erga omnes.**

La idea de Guarneri se resume en el fenómeno penal, por el que el juez sentencia al reconocer la existencia de la facultad de punir; pero no incide en la situación jurídica preexistente que no es **fuente** del derecho objetivo ni del subjetivo.

d) Con las indagaciones de la doctrina, hechas en diversos sentidos, se descubre que el pronunciamiento judicial tiene una naturaleza peculiar

1020 Cfr. Joaquín Reguera Sevilla, *El jurado de empresa, nueva institución de nuestro derecho social*, Madrid 1955, p. 83.

1021 *Sulla teoría generale del proceso penale*, Milano 1939, p. 190.

que no había sido captada en los estudios tradicionales. Era casi obligado explicar que sentencia es el acto **jurisdiccional** por excelencia y que decide el conflicto, o bien, el acto de aplicación de la ley positiva. Pero lo mismo si se considera su génesis psicológica que la lógica, o bien si se analiza su carácter peculiar de mandato, se encuentra que hay, si no un divorcio frente a la ley, por lo menos una cierta autonomía normativa.

Sobre todo en el proceso penal, se puede sostener que antes de la sentencia condenatoria, no resulta correcto hablar de la comisión de un delito. Si este juicio tiene por finalidad determinar en primer lugar si los hechos confirmados dentro de la serie, constituyen una conducta criminal, en cuanto el juzgador rechace tal pretensión, la infracción punible será inexistente. Esta es la idea implicada en las palabras de Guarneri, y por ello se puede afirmar también, que el delito no nace de la ley, sino del pronunciamiento judicial.

Cabe reconocer cierta exageración en esta doctrina, por lo mismo que llevaría a la conclusión inaceptable de que el delito no declarado en sentencia judicial, pero sufrido por la víctima no sería tal delito. Se propiciaría un regreso o petición de principio y un consiguiente círculo vicioso, porque en general, nadie debe ser sometido a juicio si los hechos conocidos por el acusador no constituyen ya un delito. Sin embargo, la aporía se disuelve, al advertir que el hecho específico llevado al juez, tiene un carácter pretendidamente delictivo, y que es la finalidad del proceso confirmarlo.

De cualquiera manera, lo importante está en que la sentencia ya no resulta una automática aplicación de la ley. Tal vez ello lleve a pensar que el juzgador puede cometer injusticias o simplemente crear el derecho del caso particular como si fuera un legislador, lo que repugna a una organización sustentada en la idea del Estado de derecho, en que las autoridades judiciales han de resolver con estricto apego a la ley. Pero también ahora es pertinente separar los casos, de manera que cuando el conflicto tenga como tema un precepto vigente, nada se podrá aducir para convertir al juez en el legislador. Mas cuando el conflicto no esté regulado por norma preconstituida, cuando haya lagunas, cuando se pida el fallo en conciencia o equidad, entonces tendrá que admitirse que el juzgador crea la norma al tiempo que ordena su cumplimiento.

Todo conduce a recordar que el objeto del proceso no es meramente el conflicto sustantivo. Ya quedó aclarado que el **thema decidendum** es el debate procesal,[1022] el que puede contener pretensiones sustantivas si se trata de esas relaciones civiles llamadas disponibles; pero también puede referirse a meras pretensiones procesales, como la peculiar del ministerio

1022 Supra Nº 157.

público en lo penal, o la de los justiciables particulares en materias indisponibles como el divorcio, la filiación, el parentesco, etc., que no son posibles de satisfacer antes o fuera del proceso.

En ello radica el sentenciar: resolver un contraste de pretensiones procesales, que dentro de la serie de actos proyectivos forma el debate. El tema de la sentencia coincide con el objeto procesal.

Sobre todo, hay en la sentencia una nota inadecuada para las demás resoluciones procesales: el fallo, al establecer una responsabilidad opera en lo metaprocesal. Ya se absuelva o se condene, se declare o constituya, el acertamiento judicial tiene trascendencia en lo sustantivo, mismo que no puede atribuirse a lo meramente jurisdiccional.

Corolario de todo lo anterior es que el pronunciamiento sobre el objeto procesal, jurídicamente considerado, tiene la naturaleza de una resolución que acertando el hecho específico debatido, impone una responsabilidad a cumplir en el campo material del derecho. Más tarde, al analizar la consistencia del caso juzgado, se revisará la relación que existe entre el acertamiento y el mandato.

e) En el rubro de las sentencias se incluyen las interlocutorias. Se trata, casi siempre, de pronunciamientos que, a diferencia de los fallos de fondo, tienen ante sí un problema procesal.

Para Leo Rosenberg,[1023] las interlocutorias son sentencias que resuelven sobre uno o varios puntos litigiosos particulares, y no sobre el objeto del litigio ni sobre una parte del mismo.

Al investigar sus orígenes y su influencia en el proceso moderno, se observa que ya Chiovenda intentó la eliminación de la impugnación separada de la sentencia final, estimando que el concepto de interlocutoria nació de una contaminación de dos nociones netamente distintas en el proceso romano, la **sentencia** y la **interlocutio.**[1024]

Los romanos, afirmó Chiovenda[1025] llamaron **praeiudicia** a ciertos juicios, porque por regla general la sentencia que en ellos se obtenía estaba destinada a ser normativa de juicios sucesivos, y **formulae preaiudiciales** a las que el pretor concedía en estos casos, las que eran **formulae** sin **condemnatio** y compuestas por la sola **intentio.**

La sentencia entre los romanos, agregaba Chiovenda, tuvo el sentido de acto final de voluntad en que se realizaba el fin del derecho. Ellos hicieron del nombre una palabra técnica: **sententia,** que tuvo el significado de juicio, parecer, opinión y procesalmente: pronunciamiento sobre el fundamento de la demanda, por el que se le acogía o rechazaba.

1023 *Derecho procesal civil*, Cit., T. I, p. 318.
1024 Cfr. Enrico Redenti, *Derecho procesal civil*, Cit., T. III, p. 209.
1025 *Instituciones*, T. I, p. 127.

No existe en los textos, argumentaba el autor, el nombre de **sententia interlocutoria.** Las decisiones que en el curso del proceso tomaba el juez, se llamaban **interlocutiones.** Las **interlocutiones** se contraponían a las **sententiae.** Su contenido era extremadamente vario: con una **interlocutio** se ordenaba la citación; [1026] se declaraba inadmisible la apelación; [1027] se fijaba la posición del actor y la del demandado, [1028] y sobre todo, se proveía a la instrucción, disponiendo y reglamentando las **pruebas.** Con una **interlocutio** se ordenaba oír a los testigos lejanos, [1029] se declaraba inadmisible la deposición de testigos o la lectura de un instrumento. [1030]

Con una **interlocutio** se fijaba a veces la cuestión de derecho a aplicar, [1031] se expresaba la opinión del juez sobre todas las cuestiones de la causa que se desenvuelve. Con ellas se iban resolviendo todas las cuestiones que se presentaban. Pero no sólo el nombre distinguía las **interlocutiones** de las **sententiae.** Diversa era también la regulación, ya que sólo la **sententia** era apelable, la **interlocutio** no.

Por una parte, esto había sido dispuesto para asegurar la continuidad del proceso: principio de concentración; pero por otra, se declaraba que la decisión contenida en la interlocutoria no podía perjudicar a la parte. La **interlocutio** no producía, pues, la **cosa juzgada.** Aún cuando la frase **res iudicata,** en la evolución del derecho romano, vino a asumir un significado más amplio y general, indicando a veces no tanto la cosa o el bien que había sido objeto del juicio definitivo, cuanto el juicio mismo, la sentencia y su autoridad, quedaron en la frase inalterada de la referencia exclusiva a la **sententia,** es decir, al pronunciamiento que decidía sobre el bien de la vida, acogiendo o rechazando la demanda. [1032]

Las **interlocutiones,** por tanto, servían para regularizar y no para detener el procedimiento, cuya continuidad se aseguraba prohibiendo los recursos contra ellas. Pero en el proceso romano canónico del siglo XII, la sentencia se convirtió en una manera de resolver cuestiones.

En lugar de las **interlocutiones,** aparecieron las **sententiae interlocutoriae,** en contraposición a las **sententiae,** llamadas ahora, en un sentido completamente nuevo, **definitivae,** sólo en cuanto la cuestión decidida con las primeras: **quaestio incidens,** era distinta de la decidida con las segundas: **quaestio principalis;** pero, por lo demás, equiparadas a ellas no sólo

1026 Nov. 112. Cap. 2 Pr. 1.
1027 C. 16, Cód., *De sent,* 7, 45.
1028 Fr. 32, Dig. *De poenis,* 48, 19.
1029 C. 16, párrafo 2, Cód., *De Test,* 4, 20.
1030 C. 36, Cód., *De appell,* 7, 62.
1031 Fr. 1, párrafo 1, Dig., *De Const. Princ.,* 1, 4. Fr. 38, Dig., *De Fidecom. Libert.* 40, 5.
1032 C. Cód. *Comin,* 7, 47.

en el nombre sino en la disciplina, porque también las **sententiae interlocutoriae** fueron apelables, y si no se apelaba, pasaban a tener autoridad de **cosa juzgada.**

La autoridad de la **res iudicata** que en el sistema romano era limitada y tendiente a garantizar la seguridad en el goce de los bienes se transformó en regla de verdad aplicada a toda resolución del juez. La confusión entre **cosa juzgada** y la exigencia de orden en el desenvolvimiento del proceso, condujo a la firmeza de las cuestiones debatidas en su curso. [1033]

Puede decirse que la sentencia vino a tener, respecto de las interlocutorias, la distinción que va de una decisión sobre la eficiencia de la pretensión, a una resolución sobre la eficacia del instar, resolución que consideró, específicamente, las cuestiones procedimentales surgidas en su desarrollo. El gran defecto que encontrara Chiovenda en esta confusión de conceptos, sirve para entender la naturaleza de los desplazamiento que provoca la impugnación de las interlocutorias.

De cualquiera manera, para el profesor italiano, sentencias interlocutorias son las que no ponen fin a la relación procesal, sino que resuelven sobre un punto determinado en el curso de ella; pero siendo estas cuestiones que pueden dar lugar a una sentencia en el curso del proceso, muy distintas entre sí, la doctrina distingue dentro de las interlocutorias las siguientes clases:

i) Sentencias preparatorias, que regulan el desenvolvimiento de la relación procesal; así, la sentencia que ordena el cambio de procedimiento, o que resuelven sobre la intervención adhesiva u obligada, o sobre la acumulación de causas: proposición de intervención principal, de llamada en garantía, de reconvención, etc.

ii) Sentencias peparatorias, que regulan el desenvolvimiento de la relación procesal; así, la sentencia que ordena el cambio de procedimiento, la que ordena la integración del juicio, etc.

iii) Sentencias provisionales, que resuelven sobre demandas de medidas cautelares o provisionales.

iv) Sentencias interlocutorias propiamente dichas, que resuelven acerca de la formación del material de conocimiento, y por lo tanto, afectan mucho más de cerca al fondo: admisión de medios instructorios. Una sentencia interlocutoria puede resolver definitivamente un extremo de la demanda, y entonces se da una sentencia que es en parte interlocutoria y en parte definitiva. Cabe, por otro lado, que en una interlocutoria se resuelva una cuestión de hecho y de derecho relativa al fondo; se tiene entonces, una **preclusión** de cuestiones. [1034]

1033 Op. Cit., p. 135.
1034 Op. Cit., T. III, pp. 148-9.

Hay en esta exposición de Chiovenda una mezcla de resoluciones que proviene de la falta de un principio de división entre incidentes y accidentes; pero, además, un desconocimiento de la función jurisdiccional que impide separar lo resolutivo de los actos de esta naturaleza, frente a lo resolutivo de las interlocuciones.

Ante todo, se debe advertir que si la historia vinculó las interlocutorias con la impugnación, no se trata de un punto de congruencia teórica, de manera que así como hay sentencias de primera instancia inimpugnables, se puede buscar el significado de las interlocutorias sin prejuzgar sobre su recurribilidad.

Desde luego, las interlocutorias son resoluciones que se diferencian de los fallos intuitivamente, por el lugar que ocupan: las primeras se dictan dentro de la serie, las sentencias fuera de ella. Pero a esto debe agregarse lo esencial: las interlocutorias deciden una cuestión procesal debatida.

No hay dificultad alguna en reconocer el paralelismo entre la sentencia y la interlocutoria por su carácter decisorio. Ya la historia muestra cómo tal circunstancia ha llevado a las legislaciones a hablar de sentencias interlocutorias. Aún más, es sabido que puede haber un proceso que tenga por objeto otro proceso, es decir, existen juicios en que se juzga la actividad jurisdiccional propiamente dicha, realizada en otro proceso. Y unas veces con el nombre de juicio de nulidad, otras con el de recurso de revisión, y en el régimen distrital mexicano con la denominación de apelación extraordinaria, se tienen ejemplos de procesos que buscan una sentencia en la que se decida la conducta jurisdiccional de otro juicio.

Por tanto, la interlocutoria es una resolución sobre el fondo de un problema procesal, y en esto radica la diferencia con el pronunciamiento final que es resolución sobre el fondo del conflicto. Pero ambas resoluciones suponen un proceso previo, un hecho específico debatido, y presuponen una decisión sobre éste. En la búsqueda del grupo de conflictos procesales que conducen a la interlocutoria, tendrán que eliminarse las cuestiones atinentes a los accidentes; pero también, y de manea principal, a todos los problemas no implicados en el instar proyectivo, como son los disciplinarios, coercitivos, administrativos, etc.

Es apenas natural que como consecuencia de estas distinciones, se pregunte al mismo tiempo por la naturaleza de las interlocutorias y de las restantes decisiones judiciales que no resuelven el conflicto. Se estaría tentado a decir que con el cuadro simplista tradicional, se economizan denominaciones y esfuerzos para la práctica.

Lo último no pasa de ser una apariencia, porque es cotidiana la confusión a que se enfrenta el práctico ante las resoluciones judiciales, de manera que identificar en cada ley, lo que sea una interlocutoria, es tarea

tan o más difícil que la de estudiar la teoría de estas resoluciones. La interlocutoria está ligada a una tramitación incidental. Aparece cuando se decide el punto debatido en el incidente.

Lo demás es fácilmente indentificable: así, las que en la obra de Chiovenda se califican de sentencias preparatorias, como la resolución dictada en la audiencia ordenando el procedimiento formal, no es sino un acto jurisdiccional que propicia la actividad de las partes dentro de un plazo legalmente determinado para ofrecer sus medios de confirmación; [1035] y otro tanto puede decirse del acto jurisdiccional que dispone la intervención de otras personas para integrar el litisconsorcio necesario. [1036]

Las llamadas sentencias provisionales, son en realidad resoluciones sobre accidentes cautelares o de conservación: embargo o secuestro; y si bien Chiovenda habla de otras situaciones, como la declaración de obra nueva y de daño temido, que suelen sustanciarse en juicio sumario, ello mismo lleva a demostrar que se trata de resoluciones que pueden invariarse como decisiones sobre algo accidental. Pero deberá tenerse cuidado en no generalizar la tesis de Chiovenda, [1037] porque se trata de una técnica propia del ordenamiento italiano. En otros regímenes, como el mexicano, el interdicto de obra nueva, de recuperar la posesión, de retenerla, etc., configura un verdadero proceso y no podrá hablarse de sentencia provisional, sino de un caso sumariamente juzgado.

En fin, lo que Chiovenda denomina sentencias interlocutorias propiamente dichas, porque resuelven acerca de la formación del material de conocimiento, siguen siendo actos jurisdiccionales de disposición; en la inteligencia de que esa foma híbrida de sentencia en parte definitiva y en parte interlocutoria es absurda. Los ejemplos que da el autor [1038] vienen a mostrar que se trata de sentencias definitivas que resuelven sobre parte del debate, por ejemplo, sobre el daño, reservando su medida para un procedimiento subsecuente, o bien sobre el derecho a la división, abriendo las operaciones conducentes, y hasta la que falla sobre el derecho a la rendición de cuentas y abre el procedimiento destinado para ello, y la que Chiovenda denominara condena con reserva. [1039]

Si, pues existen las interlocutorias, es porque hay proceso incidental que conduce a decisión sobre un problema procesal. Lo otro, esas resoluciones sobre accidentes pueden calificarse de autos para distinguirlos de los proveimientos dentro del proceso. Y todavía cabe añadir que para las cuestiones administrativas, disciplinarias, etc., lo conducente es hablar de

1035 Cfr. Op. cit., T. II, pp. 211-2.
1036 Id., p. 384.
1037 Op. cit., T. I, pp. 287 y ss.
1038 Op. cit., T. III, pp. 390 y ss.
1039 Op. cit., Tít. III, p. 395.

resoluciones de cada uno de estos tipos. Pero a diferencia del régimen italiano, en México se tendrá que hablar de proveimiento para las cuestiones prejudiciales que provocan un desplazamiento.

202 El acertamiento sobre la eficiencia

Aunque la parte dispositiva de la sentencia se contiene en los puntos resolutivos, hay en su contexto una sección valorativa de los medios de confirmación, que también tiene calidad decisoria; pero como su relación se establece directamente con la resolución, no alcanza las consecuencias de ésta y no trasciende al campo sustantivo. Es por ello que conviene denominarla el acertamiento de las confirmaciones, que son los medios de eficiencia de las pretensiones.

El fallo necesita una justificación que en los regímenes modernos tiene la jerarquía de principio constitucional, pero que no es anterior a la Revolución francesa. Esa justificación comprende, de un lado, el acertamiento del hecho específico a decidir, y de otro el acertamiento de las confirmaciones. En esta parte del estudio, la atención se limita a la última de estas secciones: valoración de las confirmaciones.

Las dificultades, los peligros y las críticas de toda índole que se han hecho a la tarea sentenciadora de los tribunales, provienen tanto del enlace de las tres secciones: acertamiento del hecho específico, acertamiento de la valoración y resolución, como del resultado de cada una de las primeras, del cual se supone se infiere el de la última. No sería correcto atribuir a una sola de estas secciones la problemática general, pero ante la necesidad de indagar en cuál de ellas radica la mayor dificultad, se tendrá que optar por la segunda.

El acertamiento del hecho específico puede implicar complicaciones y mostrar obstáculos en casos que son la minoría de los conflictos que conocen los tribunales. En realidad, un acertamiento del hecho sólo puede exigir esfuerzos intelectuales desusados, cuando la situación fáctica incluye relaciones jurídicas que complican su identificación. Pero en el resto, la cuestión de hecho aparece de una relativa facilidad de concreción, al grado de que muchas pretensiones tomaron su nombre del derecho sustantivo: reivindicación, divorcio, robo, homicidio, etc.

En cambio, el acertamiento de las confirmaciones tropieza con una extensa gama de puntos de vista discutibles, de equívocos y exageraciones, de ligerezas y distorciones, que han provocado el surgimiento de técnicas que van, de la **prueba** ordálica a la libre, pasando por la tasada y la sana crítica.

No es de los tiempos actuales la insatisfacción por los medios empleados en el juzgamiento. Las injusticias cometidas por jurados o jueces monocráticos o colegiados, han sido tantas, que la literatura ha tomado su

casuística para crear una corriente romántica bien conocida; y este romanticismo en el relato, la composición o la simple presentación, se remonta a la antigüedad, de manera que puede advertirse un toque de romanticismo en el diálogo platónico que se refiee a la muerte de Sócrates, o en el más antiguo de los libros de la Biblia, el Génesis, al relatar el proceso por calumnia en el caso de Benjamín.

Pero si en todos los tiempos ha existido una preocupación por el deleznable juicio de valor que se contiene en el acertamiento de las confirmaciones, es en el presente siglo que se han multiplicado los estudios psicológicos, sociológicos y éticos sobre la confesión, el testimonio y hasta la misma pericia. La corriente investigadora da la impresión de un movimiento científico de creciente importancia cada vez.

a) Escritos, **memoranda,** folletos y libelos en que se da cuenta de sentencias injustas, ilegales o simplemente impremeditadas, abundan en todos los países. Sin embargo, no es la hoja suelta la que puede tener rango de solvente exposición. En laboratorios psicológicos y en experimentos severamente realizados, se ha encontrado la mayor demostración de la falibilidad humana. Y si se observa que la declaración personal ha llegado a ser, en regímenes como el norteamericano, la pieza de convicción más importante, se tendrá que concluir que en el capítulo del acertamiento de las confirmaciones está casi todo por hacer.

Del análisis de las facultades intelectuales y de las innatas limitaciones que éstas inspiran, dice Domingo Giuriati,[1040] los autores italianos como Rerencio Manciani, Ausonio Franchi, Augusto Conti y, sobre todo, Juan Domingo Romagnossi, hubieron de inferir que el conocimiento de la verdad es el resultado de una combinación puramente fortuita. Pero no basta adoptar un sistema de duda sobre la falibilidad de los juicios humanos, sino que conviene inclinarse hacia una precisa probabilidad de engaño, reconocer una copiosa, frecuente, constante probabilidad de error, admitir una infinita probabilidad de la existencia del error frente a la existencia de la verdad.

El medio al cual se ha recurrido frecuentemente para conseguir la verdad, que se reduce a la multiplicación de los jueces, merece el aplaudido axioma **magis vident oculi quam oculus,** que traducido a la ciencia constitucional moderna, quiere decir: administrar corresponde a uno, juzgar es cosa de varios. Sin embargo, no puede pretenderse una plena responsabilidad cuando los jueces obran congregados. Cuanto más numeroso es el colegio, tanto más se debilita y disminuye la responsabilidad. Poco a poco se forma un espíritu de cuerpo que insensiblemente pasa de orgulloso a despreciador de la opinión pública. Ni se crea que el número excita la emu-

1040 *Los errores judiciales*, Trad. Adolfo Posada, Madrid s/f, p. 13.

lación entre compañeros, quien siga de cerca cuanto ocurre en la Cámara del Tribunal, advertía Bentham, sabe que las cosas pasan de otro modo; la aquiescencia al ascendiente de un jefe es el sentimiento habitual, a menos que la corporación no se divida en varios partidos, en cuyo caso resultan inconvenientes todavía peores. Puede añadirse que cuando los jueces se sientan en el areópago, tienen el terreno abonado para su imperio todos los abusos, todos los fraudes, todas las componendas y prevaricaciones inmorales propias de las asambleas. [1041]

Históricamente, prescindiendo de la reforma que quita la jurisdicción a Moisés, según lo atestigua el Deuteronomio, para concedérsela a los setenta sabios, la justicia feudal, militar o eclesiástica, tuvo siempre en sus orígenes muy otros objetivos que descubrir la verdd. Atributo del poder soberano, fue ejercida con aquellos modos que mejores parecían para inculcar en el pueblo un saludable temor; constituía así parte del **imperium**, y más que de su sustancia, todos se ocuparon en sus apariencias y formas. Desviado el principio en sus orígenes, terciaron por medio otros intereses, quedando lo de descubrir los reos y lo de averiguar la verdad en segundo término. [1042]

De cualquiera manera, las verdades morales que Romagnosi llama complejas, incluyen las más difíciles de descubrir que son las que se refieren a los delitos, porque el delito se comete de ordinario en secreto, viniendo las astucias del culpable a aumentar la oscuridad. Por eso precisamente, atendiendo a las férreas indicaciones de las estadísticas, se verá que el mayor número de los delincuentes está constituido por la gran categoría de los desconocidos. Entre los obstáculos que se levantan contra el descubrimiento del reo, el primero es la calumnia, de la cual hace aquél uso para alejar de sí todo rastro del delito, o bien otros la emplean para dar rienda suelta a pasiones insanas. [1043] En el siglo pasado, buena parte de Inglaterra odió por largo tiempo al diputado Wilberforce, porque el célebre protector de los esclavos era un mal marido, que golpeaba a su mujer. Luego que la acusación triunfaba, se descubría que el inhumano era célibe. [1044]

Otro obstáculo determinante es la deferencia ciega hacia la acusación, que significa el respeto debido al acusador público, magistratura hermana de la cual muchos salieron ayer y a la que no pocos volverán mañana; significa resistencia debida a la profesión libre de los defensores, que a diario aplican nuevos recursos para sacar a sus clientes de las garras de la justicia. Y aún más, la propensión hacia la acusación cae en el fuero interno de la conciencia, y cuando ésta se halla satisfecha basta; nadie

1041 Id., p. 19.
1042 Id., p. 21.
1043 Id., p. 25.
1044 Id., p. 26.

tiene derecho de penetrar en ella, ni siquiera el tribunal de casación. Cuando la ley no da la tasa de la **prueba,** se puede valuarla como se quiera; y sería curioso que en un régimen como el italiano que no pide cuentas al jurado que nada sabe de leyes, se la pidiese a los jueces letrados, que no hacen otra cosa que estudiar tales leyes. [1045]

En casi todos los países, el mecanismo judicial está combinado de tal modo, que hasta la misma prerrogativa constitucional de la inamovilidad ha sido arreglada en daño de los jueces. Aplicada en el sentido estricto del cargo y del lugar, se ha convertido en premio para unos y en amenaza para otros, no sabiendo ya cuál de las dos cosas es peor. Con lo que el orden judicial, idealmente inviolable, se encuentra por debajo de cualquiera otra categoría de empleados. Y no se diga que toca a los jueces despreciar los señuelos y no achicarse ante los peligros. Las instituciones no están hechas ni para los héroes, ni para los santos. Están hechas, o deben hacerse, para las masas. Cuando una nación tiene la ventura de poseer cinco tribunales de casación, veinte de apelación, ciento setenta tribunales y mil quinientos jueces, debe tender a que las instituciones se hagan atendiendo al término de una medianía en punto a honradez, y para las gentes de conciencia común. [1046]

No parece, entonces, y vistas las apreciaciones de Giuriati sobre la labor del juez como hombre y como funcionario burocrático, que se deba cuidar delicadamente esa sección del pronunciamiento que se destina a la valoración de los medios de confirmación, incluidos lo de verdadera prueba, porque al fin y al cabo, no dejan de provenir de otros hombres, con todas las falibilidades que, según el autor, es de una probabilidad mayor que la de acierto. Ya explicaba Cicerón [1047] que no consiste el deber del juez, en una labor mecánica de contar los testimonios, sino que debe examinar el grado de credibilidad. El deber del juez es profundizar el examen del testimonio y condenar sólo aquellos que producen un real convencimiento de ser culpables, declarándolos, en caso contrario, en libertad.

b) La valoración de los medios de confirmación es un trabajo de análisis, donde tiene aplicación el principio contrario a la inmediatez de su asunción judicial; en la valoración impera la mediatez. Mientras más alejado se encuentre el juzgador de las partes, más serenidad e imparcialidad se tendrá para decidir lo debido.

Se podría creer que la verdad está en la hipótesis contraria, especialmente porque las legislaciones más avanzadas y la moderna doctrina buscan la inmediatez en la asunción, precisamente para que el juzgador pondere lo que está recibiendo. Pero esta suposición choca con la realidad

1045 Id., p. 31.
1046 Id., p. 36.
1047 *Pro L. Murena y Pro P. Sila,* Bs. As. 1957, p. 130.

conocida desde siempre. Aun cuando el juiez estuviera frente a las partes al momento de valorar, y aunque expusiera sus puntos de vista en público, como lo hace la Suprema Corte mexicana, en nada cambia el hecho del aislamiento reflexivo.

La valoración, sea cualquiera el ordenamiento que la regule, implica determinadas potestades discrecionales del juzgador, un cierto arbitrio [1048] para interpretar la norma aplicable al caso y, especialmente, para ponderar las confirmaciones. Y la discrecionalidad no es algo peculiar de la función judicial, es el radio de potestad de un sujeto en toda relación jurídica y aparece, lo mismo en el derecho público que en el privado. En el mismo proceso, se advierte aplicación de la discrecionalidad en las relaciones facultativas, llamadas así porque el sujeto puede realizar o no el acto: como demandar o abstenerse de hacerlo, y dispositivas en virtud de que puede optar por uno de varios caminos: promover inhibitoria o declinatoria.

Esa discrecionalidad, ese arbitrio humano, porque el juez ha de estar solo cuando pondera las confirmaciones, es lo que ha provocado tantas investigaciones sobre psicología judicial, desde la crítica de los testimonios, hasta la definición de la ciencia privada del juzgador. Coordina con esto lo explicado en la Exposición de Motivos del código federal de procedimientos civiles mexicanos al indicar que no puede sentarse regla alguna conforme a la cual debiera practicarse la contrastación de los medios de confirmación, ni siquiera es dable establecer un orden en esos medios, según el cual ciertas especies fueran preferidas a otras, que deberían ceder en presencia de las primeras; porque es evidente que una inspección acaso resulte opuesta a las conclusiones de una pericia, o aun al dicho de unos testigos que asistieron a una preparación del lugar u objeto inspeccionado, realizada con la especial finalidad de cambiar su apariencia, para que la fe judicial resultase otra que la que aparecería sin ese cambio; y como estos ejemplos pueden variarse **ad infinitum,** queda demostrado que no es dable establecer un orden jerárquico de los medios de **prueba,** sino que cuando concurren varios, todos ellos tienen igual eficiencia, y la preferencia que se de a uno respecto de otros no ha de ser debida a su simple diversidad de naturaleza, sino a las peculiaridades que, en cada caso concreto, lleven a los tribunales a reconocer una mayor fuerza convictiva a unos medios sobre otros, como resultado del análisis conjunto de los elementos confirmativos llevados al juicio.

1048 Al preguntarse Miguel Mejía qué es el arbitrio judicial, se contestó que en buena jurisprudencia no debe ser otra cosa que la facultad otorgada a los jueces para ocurrir a las reglas de interpretación, a la analogía, los ejemplos, los antecedentes, la práctica de los tribunales, las enseñanzas de los autores, etc., y llegar por este medio a conocer la verdadera inteligencia de la ley que parezca aplicable al caso; nunca el arbitrio judicial debe suplir las leyes, inventar nuevos vínculos de obligaciones y crear por lo mismo leyes obligatorias para los individuos, con usurpación de las facultades del legislador; Cfr. *Errores constitucionales* México 1886, p. 255.

Pero la misma Exposición reconoce que esta libertad no es absoluta, y así, la ley dispone a veces, que ciertos actos se confirmen sólo en determinada manera, con exclusión de cualquiera otra, o prohibe la admisión de alguna especie, aun dejando libertad respecto de las demás.

c) En materia de valoración de las confirmaciones se habla de cuatro técnicas: la ordálica, la confirmación legal o tasada, el libre arbitrio y la sana crítica.

Pruebas legales, dice Couture,[1049] son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficiencia que debe atribuir a determinado medio. El principio de que el instrumento público hace **prueba** en ciertos aspectos, el de que la confesión lisa y llana también es plena **prueba**, el que priva de eficiencia al testimonio singular, son otras tantas supervivencias de una etapa histórica en la cual el legislador aspiraba a regular de antemano, con la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de las confirmaciones.

Se ve, pues que es poca la importancia técnica que conserva la **prueba** ordálica, ya que ni siquiera es mencionada en los tratados modernos, aunque tuvo gran importancia histórica, y a pesar de que todavía se conservan trasuntos de ella en el juramento, como quedó indicado oportunamente.[1050]

El principio de la libre convicción aparece como una reacción en contra de la medición cuasi aritmética. Se tendió a dejar al juez la tarea completa de ponderar cada medio, y por supuesto, a establecer el resultado final. Es la creencia del juzgador lo que impera y prevalece.

Pero al lado de esa posibilidad de apreciar la prueba, dice Couture,[1051] los países que han tomado para su codificación el modelo de la ley española de 1855, han consagrado un agudo principio en materia de interpretación del medio testimonial: el de las reglas de la sana crítica. Este concepto configura una categoría intermedia entre la **prueba** legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la **prueba**. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la confirmación, con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

Se robustece la idea de que en ninguna ley es posible aplicar una técnica de valoración excluyendo las demás. Es frecuente que al lado de lo que se ha denominado el valor tasado, se aluda a la más amplia liber-

1049 *Fundamentos*, Ed. Póstuma, pp. 268 y ss.
1050 Supra Nº 195.
1051 Cit., pp. 270-1.

tad para analizar las confirmaciones rendidas, como indica el artículo 197 del código procesal federal mexicano citado, y ello sin perjuicio de que conforme a la Constitución se tenga que justificar la valoración.

d) Pero antes de considerar en particular cada técnica valorativa, es conveniente indagar lo que signifique judicialmente la valoración.

Dar o quitar valor a un objeto, a una persona, a un acontecimiento o a una conducta es, siempre, aplicarles una medida preconcebida. De ahí que valorar sea efectuar un juicio de relación, que sea realizar la correspondencia entre lo valorado y un patrón particular. Si el objeto es considerado como satisfactor, la relación se hará respecto de medidas económicas. Si la persona es apreciada o despreciada se constituirá una relación con un patrón ético o de convencionalismo social. Si el acontecimiento se pondera es porque se le relaciona con una categoría histórica o lógica. Y si la conducta es valorada, se lleva a cabo la relación con una norma, generalmente jurídica.

Las valoraciones son, por tanto, juicios de relación, y como ésta opera intelectualmente, no hay algo en lo valorado que la distinga del resto de su especie evidencialmente. Una pintura agrada o desagrada, es o no bella, según el patrón que se le aplique y no según la consistencia material que tenga, es por esto que históricamente se presentan largos períodos en que una obra de arte es olvidada o tenida en menos que en otra época; y también sucede que un acontecimiento es considerado históricamente con distinto valor, según el criterio de varios autores o estudiosos del tema.

En verdad, se podría decir que no hay una técnica de la valoración sino preferencias por los patrones; pero como entre los valores se incluye la calidad lógica de la verdad, y ésta se supone una relación entre un juicio y su verificación, prácticamente se toma la ciencia como una tarea más de las valoraciones y, entonces, el relativismo se va desvaneciendo para entrar en un campo de seguridad o de objetividad, como se quiera decir.

La verdad, entendida como juicio de relación entre una proposición y su verificación, es el primer punto de apoyo en la vía de las valoraciones absolutas. Hay un segundo estadio, en el que la certeza campea plenamente, porque la relación se establece entre proposiciones arbitrariamente significadas. Esto sucede en las matemáticas, donde los conceptos tienen un sentido unívoco por disposición arbitraria del ser pensante: la unidad no es dualidad ni podría apelarse a otro principio como el del tercero excluso, porque la hipótesis de que se parte es la de una absoluta identidad en los conceptos.

El derecho, como conjunto de normas es igualmente una constelación de conceptos abstractos, cuyo significado ha sido elegido discrecionalmente por los hombres. Nada, pues, más sencillo de entender que dada la hipótesis en que se crea una figura, su valor corresponda al juicio de re-

lación absoluta entre el hecho específico y la figura normada: si se dice que recibo es un documento en que consta un pago, la existencia de ese documento tiene que recibir una valoración absoluta, porque entraña un hecho específico que corresponde puntualmente al tipo normativo.

Las dudas o discusiones que se puedan presentar respecto de ese documento, no serán sino en torno al hecho específico: se dirá que contiene o no los datos del tipo, que han sido falseados o que son auténticos, que hubo o no intención de formarlo, que su formación estuvo o no justificada; pero la valoración del hecho específico será exclusivamente la adecuación al tipo normativo: sus circunstancias serán las discutidas.

Pero en el ejemplo anterior, la valoración, el juicio de relación se ha hecho entre dos datos objetivos que cualquiera persona puede conocer. Distintas son las hipótesis de los restantes medios de confirmación, y si se considera el caso de mostraciones, se tendrá un margen, más o menos amplio de arbitrariedad: el juez que contempla la alhaja, mirará en el objeto características que no coincidirán por entero con las que aprecia un tasador de joyas; el ingeniero que mira la pared dañada, tendrá un juicio de valor diferente al juez que contempla el mismo objeto, de manera que el primero advertirá riesgos, indicios, proporciones, que el segundo pasará desapercibidos.

Si se trata de las confirmaciones incluidas en los medios de convicción, la potestad discrecional será el factor decisivo, y dos jueces tendrán opinión distinta sobre las declaraciones de un testigo o de una parte, precisamente porque cada uno aplicará su ciencia privada. Cuando la declaración es vertida al documento, entonces el criterio de valoración se restringe, porque se limita a los conceptos anotados.

La valoración de la prueba ofrece problemas distintos. Ya de por sí, la prueba es un juicio de valor, porque lógicamente predica la verdad de una proposición al verificarla. Por lo mismo, no debería haber cuestión alguna en torno a una probanza; pero las condiciones en que se presenta en juicio le hacen discutible.

En primer lugar, no toda materia de prueba es realizada por un experto y en muchas ocasiones se acude a un práctico o a un técnico que tenga respecto de ese problema una cierta conexión profesional. En seguida, en el proceso no es uno sino que son dos los peritos de las partes, lo que hace suponer que sus dictámenes está elaborados de manera tendenciosa, a fin de beneficiar al cliente. Y, por último, no es común que el hecho específico esté constituido completamente por una materia susceptible de prueba, lo que deja al juzgador un cierto campo de apreciación personal, no apoyada en el dictamen del experto.

Es claro que a veces, como cuando se trata de debatir sobre el hecho específico concreto, puede ser determinante la prueba, como acontece

si la parte sostiene que el documento ha sido falsificado y se procede a verificar la afirmación, aplicando cualquiera de las técnicas conocidas: falsificación por raspado, por lavado, por enmienda, por calco, por recorte, por imitación servil, por imitación libre, guiando la mano, o por disimulación. Mientras en la falsificación por raspado la verificación es fácil y basta mirar el documento a través de la luz, usando lentes o empleando la cámara oscura con el microscopio biocular de Reiss, en la alteración por lavado es menester emplear compuestos químicos derivados del cloro: hipoclorito de sodio, cloruro de estaño en solución acuosa, agua clorada, ácido clorhídrico diluido, ácido oxálico, oxalato de potasio, bisulfito de sodio, carbonato de amonio y azufre. En este caso, el perito se limitará a emplear reactivos químicos que demuestren el lavado, humedeciendo el documento con un colorante fluorescente y haciendo pasar a través de él rayos ultravioleta, que verificarán el lavado por el color negro violáceo que aparezca; y, si bien esta técnica no es aconsejable por manchar el documento, no deja de ser una prueba.

Así pues, la prueba puede consistir en una verificación realizable por cualquiera, como en la enmienda simple, hecha con tintas diferentes, pero lo normal es que se requieran conocimientos técnicos especiales.

e) La valoración judicial de las confirmaciones viene a apartarse por igual del sector relativista y del ámbito absolutista. Como el objeto del proceso está integrado generalmente por varias afirmaciones contrapuestas, la confirmación de cada una no es suficiente para lograr un juicio absoluto, pero su presencia postula al menos uno relativo.

Ahora bien, la actitud humana frente a los hechos, y sobre todo ante las afirmaciones ajenas, está coloreada notablemente por la creencia. El hombre se comporta cotidianamente creyendo casi todo lo que percibe sensorial e intelectualmente. Ante cuestiones metafísicas, su posición tiene que ser necesariamente de ignorancia, de manera que cuando interfiere la revelación, el individuo se inclina fácilmente por la aceptación de lo que ella explica. Este fenómeno ha originado en la historia remota de todos los pueblos la apelación a la adivinación, y consecuentemente la aplicación de los distintos medios ordálicos. Sencillamente, es la remisión de las respuestas al arte advinatorio.

Se diría que en un período histórico de tan avanzada tecnología como el actual, las ordalías han desaparecido; pero si se acepta que se trata de remitir la valoración a una entidad tercera extraña al juzgador que lo mismo puede ser la divinidad que el vuelo de las aves, la resistencia al fuego que el combate individual en el que llegó a emplearse al gladiador profesional; se tendrá que concluir que todavía hoy existen manifestaciones ordálicas, no sólo en el juramento, sino en aquellos casos en que por la índole de las cuestiones discutidas, se acude necesariamente a lo metafísico, como en los juicios por brujería y de animales, que no han desaparecido aún.

Sobre lo último, Giuriati [1052] habla de un fenómeno histórico irrecusable, que abraza varios siglos e invade bastantes pueblos; y recuerda como los reyes, emperadores y Papas, han dictado leyes a sangre fría, para perseguir, con todas las reglas del procedimiento a las bestias; y cómo los magistrados de países cultos han destilado doctrinas para imponer tormentos rebuscados o condenas de muerte contra animales, reos de haber obedecido a sus propios instintos; jueces que aplicaron a las bestias el **jus** canónico y el **jus** civil, dictando sentencias de excomunión, exorcismos, lo mismo que de usufructo, posesión, propiedad, responsabilidad por daños causados por esos animales. Y en la materia penal, Giuriati no encontró una sentencia propicia a los animales, **¡ni un caso de absolución!** Si a veces se ha resuelto algún incidente a su favor, en definitiva el acusado resultaba quemado o ahorcado, o muerto de cualquier modo. La ley más minuciosa ha sido la **Carte de Logu,** dictada en Cerdeña por Leonor de Alborea, según la cual, en cualquier caso poco grave se podía llegar con la escala de las penas, hasta a cortar una oreja u otro miembro de la bestia.

Para poder determinar la **culpa** de los animales, se ha tenido que recurrir a creencias, a nociones metafísicas, únicas que permitieron a Lombroso afirmar que las bestias tienen la conciencia del delito cometido, y en él se apoyó Addosio para hablar de libertad y responsabilidad de los animales; y esto no es todo, porque también acude a Ferri, para recordar que en su opinión, hay en las bestias un cierto arrepentimiento del delito cometido. Su argumento termina por aseverar que el condenar animales es más lógico que castigar a un grafómano loco: o es condenable también la bestia o no es condenable el hombre. [1053]

Si el juicio de animales resulta tragicómico, no le va muy a la zaga el juicio de quienes no han cometido delito pero que tienen toda la apariencia de poder cometerlo: los vagos y malvivientes, respecto de los cuales, se han expedido leyes que la doctrina tiene en gran estima.

Como sea, las ordalías han variado en procedimiento y en instrumentos, pero no estaría desencaminado quien pensara que han tomado un gran impulso con la aplicación de drogas o tratamientos psicoanalíticos. Expresaba Gregorio Marañón, en el prólogo a la obra de Jean Rolin, [1054] que el juez y la policía pueden dar, y de hecho dan, de buena fe, al menos en la mayoría de los casos, un valor de exactitud mítica a la ciencia.

Y en efecto, la actitud humana de fácil inclinación a la fe, puede variar el objeto de su creencia, pero sigue siendo en esencia un confiar en lo inexplicable por simple revelación. Los jueces, agregaba Marañón, no tienen por qué dudar de la importancia de una confesión desatada por

1052 Op., Cit. pp. 60 y ss.

1053 Id. p. 63-4.

1054 *Drogas policíacas*, Trad. Miguel Siguán, Barcelona 1952, p. IX.

un producto químico, que tiene un nombre pomposo, una fórmula de letras cabalísticas y el marchamo de haber sido fabricado en Norteamérica. Ignoran, pues, que esa confesión del Pentotal es, en principio, tan falsa o más que una voluntaria mentira. El cientificismo actual explica estos errores en quienes no son verdaderos hombres de ciencia; pero no puede disculparlos en el médico, si bien, en realidad, éste es casi siempre el primer adepto y víctima del cientificismo, que podría llamarse también el paletismo de la ciencia. Los médicos forenses, admirables casi siempre por su moralidad, se eligen, al menos en España, por la peor vía, la de las oposiciones, en cuyos ejercicios no figura la **prueba** de la condición esencial que ha de tener el médico que colabora con la justicia, que es, no un humano, sino un santo escepticismo frente a la ciencia.

El psicoanalista también emplea el Pentotal para escudriñar la verdad escondida en el espíritu enfermo; pero lo emplea con un sentido diferente que el magistrado, y desde luego, con menos responsabilidad. El Pentotal, en manos del psicoanalista, no importa que suscite fantasías porque para él la fantasía y la mentira tienen el mismo valor que la verdad; y todo ello sólo conduce a una historia clínica que puede ser entretenida y a que el enfermo nervioso se ponga nervioso de otra manera y se crea curado, lo cual es, sin duda una forma de semicuración. Pero en el fondo de un calabozo el Pentotal puede conducir a errores como el del caso Ceus que comentó Rolin, y no es el más grave. [1055]

Así pues, la **prueba** ordálica se ha refugiado en otros escenarios, pero no deja de ser esa fe ciega, esa apelación a lo revelado por otro, y cuya sentencia merece un valor determinado y a veces determinante, ante cuyos peligros, se explica que tampoco la pericia merezca plena confianza al legislador. Se trata, obvio es decirlo, de esa pericia que Marañón llama paletismo de la ciencia, nombre altamente expresivo, no sólo para esos **prácticos** que las leyes aceptan como expertos por su larga experiencia, aunque ésta no haya sido prevalorada; sino también para los peritos, para los profesionales que suponen **saber** por haber recibido un título. De ahí que el legislador tenga un primer problema que resolver: qué tipo de investigación técnica es admisible por conformarse a la moralidad tradicional y a los principios constitucionales del orden político respectivo.

f) No puede dudarse que la pericia tiene su mejor campo de aplicación en lo criminal, aunque tampoco el hecho de que raramente se ven los procesos penales, al menos en México, apoyados en pruebas científicas. La explicación está en que la pericia, rudimentaria o depurada, aparece primera y casi totalmente en la averiguación policíaca.

1055 Id., p. X.

Desde el punto de vista de la valoración judicial, la prueba es finalmente un indicio, si el debate procesal no se concentra en un punto como el de falsedad de un documento, según se dijo antes. Ahora bien, esa prueba es traída al proceso, especialmente en lo penal, desde una situación preprocesal, debido a que la policía tiene el deber de recoger todas las huellas y de examinar todos los indicios.

En la tarea policíaca hay dos aspectos bien definidos: la pesquisa propiamente dicha y la averiguación técnica. En la pesquisa se camina sobre las apariencias, en la averiguación se anotan resultados. Cuando las actas policíacas, con sus anexos, se presentan al juez, éste debe distinguir entre el testimonio y el dictamen policíacos.

Para efectos de valoración, el testimonio puede ser reproducido en el contradictorio, y se tendrá oportunidad de examinar la declaración y de reexaminar las contestaciones. Pero la pericia contenida en los dictámenes sólo puede ser objeto de crítica.

Esto es así, porque el oficial de policía encargado de revisar el lugar del crimen, es también o debe ser un experto. No se pide, ni siquiera se piensa en que este agente sea un criminólogo; pero a los fines de una eficiencia policíaca, es necesario preparar el personal que normalmente se emplea en estas tareas. Después de todo, la criminología ha sido caracterizada como la ciencia del hecho criminal y del hombre criminal, no obstante que apenas es una disciplina que todavía busca su camino y que es más bien una síntesis de investigaciones aun mal coordinadas. [1056]

Si el agente policíaco ha de efectuar una pesquisa, se le puede exigir que averigüe, por ejemplo, si el robo se ha efectuado para compensar privaciones materiales, un sentimiento de inferioridad, carencias afectivas, por agresividad o venganza, por deporte o imitación, por falta de madurez o inconsciencia de la gravedad. [1057] Y a este fin tienden las enseñanzas en las escuelas de policía, donde se entrena al agente para un indispensable trabajo de identificación de la conducta criminal, comenzando por el reconocimiento del lugar delimitándolo lo mejor posible, aislándolo de sus alrededores y procediendo de manera que ningún indicio se pierda: lo primero es aislar y proteger, trabajo en el que no hay reglas rígidas sino inteligencia e iniciativa, lo segundo es detener si se puede a las personas sospechosas, siguiendo con la anotación de señales que pueden desvanecerse, como el olor, el estado del tiempo, la temperatura, la luz, etc. Hasta aquí, el policía no puede formarse opinión ni sentar hipótesis; pero a continuación ha de prestar los primeros auxilios, marcando posiciones y recogiendo las armas e instrumentos del posible delito con maniobras que

1056 A. Hesnard, *Psicología del crimen*, Trad. José Ferrer Aleu, Barcelona 1963, p. 5.
1057 Id., p. 153.

la técnica tiene previstas; ya en esta parte, el agente va trabajando con datos que entrarán en la investigación del laboratorio, momento decisivo de la averiguación policíaca. [1058]

Ya se piense que la prueba policíaca, proveniente de la investigación de laboratorio, está obtenida por sujetos, más que imparciales, indiferentes al destino de sus descubrimientos, o que se advierta que en los procedimientos empleados se han seguido prácticas censurables; lo cierto es que esta prueba no va a decidir el conflicto. Para que esto suceda es menester que haya proceso, y que en él, la dicha prueba sea controvertida, criticada y correlacionada con las pretensiones.

Por tanto, todo dictamen pericial es objeto de una valoración judicial. Ya no se trata de violar la confianza que merecen las verificaciones científicas propiamente tales, en primer lugar se está ante opiniones técnicas o científicas que proceden de peritos designados por las partes, ya que el caso del perito único es prácticamente inalcanzable y bien podría traducirse en el juicio por peritos. En segundo lugar la pericia no es la resolución del conflicto, sino la verificación de una afirmación contenida en la pretensión procesal. De esta manera queda establecida la relación entre la prueba y la potestad judicial de su valoración. El juez no va a enmendar los yerros de los peritos, no va a examinar su capacidad científica; todo lo más, y si después del interrogatorio de las partes y del mismo juzgador, se infiere la verdad del dictamen, se tendrá un indicio, un punto aclarado que debe ser invariado con las demás confirmaciones procesalmente obtenidas.

Lo que sí conviene dejar establecido, es que ciertas pruebas, tengan o no ese valor científico que se les supone, no pueden venir al proceso, y si por deficiencias legales han caído en él, deben ser valoradas negativamente. Se trata, debe repetirse, de esos modernos procedimientos para vencer la voluntad de los hombres, con el discutible fin de conocer la verdad histórica.

El hecho no es reciente, dice Rolin, [1059] se remonta al patriarca Noé y al zumo de la uva que cultivó. La embriaguez de que fue víctima es el primer símbolo de esos estados de abandono en los que el hombre revela sin querer lo que debería guardar oculto: realidades que no son bellas para contemplar o verdades que no son buenas para decir. Por la abolición del dominio de sí que produce y por la liberación anárquica de los pensamientos que resulta el alcohol, es sin disputa, el primero de los **sueros de la verdad.**

1058 Arne Svensson y Otto Wendel, *Métodos modernos de investigación criminal*, Trad. Francisco Javier Mariñas, Barcelona, 1956. pp. 13 y ss.

1059 Op. cit., p. 15.

Son las drogas del desmantelamiento psíquico las que vienen a la vez de la naturaleza en las plantas desde antiguo conocidas y de la industria de los hombres en los hallazgos más recientes del laboratorio. Si se prescinde de las sutilezas de la química, lo más simple es clasificar las tres categorías en estupefacientes, barbitúricos y amfetaminas. Pero si las drogas han sido un medio de peritaje mental en los detenidos, ello proviene de haberse sugerido su empleo como medio de diagnóstico y de curación de los enfermos. En tal virtud, también entran en el campo atendido los análisis psiquiátricos practicados por una semianestesia, un control consciente y un bloqueo subconsciente, que reciben el nombre de psicoanálisis químico, farmacodinámico o bajo narcosis, y aun, simplemente, narcoanálisis.[1060]

Además de su oposición a los principios de la libertad individual, debe recordarse que la creencia de que el pentotal hace decir la verdad es una fórmula simplista e inexacta.[1061]

g) Tal como lo expresa Gorphe,[1062] existe la tendencia a tratar la confesión como medio de confirmación separado; pero es mucho más lógico considerarla como especie de las declaraciones, ya que se trata de las que corresponden a las partes, atinentes a hechos propios y de consecuencias perjudiciales, al tenor de lo explicado antes.[1063]

Es natural que la valoración de las declaraciones dependa en mucho de la manera en que se asuman, y es aquí la ocasión adecuada para indagar la trascendencia que tenga una comunicación directa frente a la que corresponda a una información escriturada; sin embargo, resulta innegable que hay diferencia de tratamiento según se mire a la naturaleza del informe o a su valoración, en el primer caso se estará también ante una declaración.

Cuando José Almagro Nosete[1064] expresa que el informe tiene indudables similitudes con el documento, no intenta identificarlos sino que estima que se trata de un medio confirmatorio de imprecisa naturaleza jurídica; y esto es cierto si la palabra informe se toma en su significado dogmático, es decir, como un documento que puede contener una declaración de parte, un testimonio de tercero, o una certificación de la autoridad.

Mas cuando se considera exclusivamente el primer caso, se advierte que las legislaciones suelen determinar que las autoridades confiesen por medio de informe, o simplemente dan las mismas consecuencias al informe

1060 Op. cit., p. 39.
1061 Op. cit., p. 56.
1062 *La apreciación judicial de las pruebas*, Cit., pp. 219 y ss.
1063 Supra Nº 193.
1064 *La prueba de informes*, Sevilla 1968, pp. 25 y ss.

que a la declaración en general y, por tanto, cuando consiste en una confesión, no cabrá sino admitir que hay confesiones orales y escritas, como hay testimonios orales o escritos, dictámenes orales o escritos y aún certificaciones orales o escritas como sucedería si la autoridad certifica ante el actuario un escrito oficial.

De lo anterior se infiere que las declaraciones en general, están sujetas a la valoración que gradúa la credibilidad de la participación de conocimiento. Así, en la confesión se habla de precisión, sinceridad y veracidad, lo cual, al decir de Gorphe [1065] se verifica por los interrogatorios. Esta apreciación es incorrecta, porque no cabe tal verificación desde que no se trata de prueba sino de medio de convicción. Lo pertinente es hablar de ponderación y establecer que el interrogatorio tiene las características de toda inquisición: confrontar la adecuación entre las respuestas: con las preguntas, con otras respuestas y aun con otros datos que arroje la actividad confirmatoria. En este sentido es que debe hablarse de confesión circunstanciada.

Otro punto determinante en la valoración es la calidad simple o compleja de la confesión. La regla tradicional, explica Gorphe, [1066] quiere que la confesión no sea dividida contra quien la formuló; pero esto sólo es factible cuando no hay otro medio de confirmación como si se tratara de establecer la existencia de una convención o de una deliberación, mas si una parte de los hechos está confirmada por otros medios, la confesión sólo puede servir como indicio. Las confesiones complejas se refieren a varias respuestas formuladas a propósito de preguntas distintas: por su objeto, por su época o por las razones a quienes se refieren, y deben apreciarse separadamente.

La regla de la indivisibilidad de la confesión no se aplica en materia penal debido a la libertad de apreciación generalmente establecida en los códigos modernos. Con todo, la confesión ha de quedar limitada a su objeto preciso y si se acusa al procesado de malversación de fondos, y éste reconocer haber guardado los valores agregando que le fueron entregados por un título cualquiera, restará todavía confirmar la malversación. Si el acusado reconoce haber golpeado pero declara que fue en legítima defensa o que medió provocación, surgirá entonces un hecho justificativo o excusable y no podrá hablarse de homicidio o lesiones sin confirmar la circunstancia que les acompañe.

Un problema tal vez más delicado porque exige la concurrencia de otros factores que van en las máximas de experiencia y la ciencia privada del juzgador, es el concerniente a la confesión implícita. Se trata de las inferencias que puedan hacerse de las declaraciones de las partes.

1065 Cit., p. 219.
1066 Cit., p. 223.

Gorphe [1067] expone algunos ejemplos tomados de los procesos criminales. Así, se menciona el caso de una condena porque el acusado expresó en una plática con terceros que la víctima se había resistido, o afirmó que si se supiese que una muerte había sido provocada por él, atacaría a otras personas. Se habla, entonces, de esas ocasiones en que la parte se ve traicionada por sus palabras imprudentes, lo que en materia penal se ha observado como una pobreza de espíritu de los criminales natos, que se manifiesta por una falla de las asociaciones de ideas que deberían actuar como contramóviles de los impulsos criminales: el sujeto no comprende el peligro de sus palabras y obedece al impulso del momento, lo que se califica de manifestación de vanidad.

Estos casos representan grandes dificultades en la valoración judicial, y es aquí donde se exigen conocimientos de psicología, porque es asimismo frecuente que tales revelaciones implícitas no sean sino expresiones hechas con otros propósitos. Al efecto se cita la hipótesis en que alguien admita haber realizado la conducta penada, por razones de impaciencia, cólera, despecho o cualquiera otra pasión momentáneamente ingobernable.

La supuesta confesión implícita ha sido vista también en los indicios, como cuando la parte celebra una transacción sobre el asunto en conflicto, cuando se niega a responder, cuando asume una actitud sospechosa o cuando se fuga. Lo correcto, entonces, es limitar el valor de estas actitudes a su mera calidad indiciaria; de manera que la valoración del juzgador se apoyará principalmente en su reflexión, sobre todo ante el silencio, la respuesta evasiva o incompleta, conductas que obviamente están desprovistas de franqueza que no necesariamente esconden una culpabilidad. En este extremo las leyes se separan y, en lo civil se suele imputar admisión del hecho, en tanto que en lo penal, en aplicación del principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, el silencio está autorizado y algunas legislaciones obligan a la autoridad a instruir sobre esta facultad al detenido. Pero si bien el silencio es facultativo, el juez debe estimarlo como indicio, en opinión de Gorphe. [1068] Y esto es comprensible dentro de una técnica inquisitiva, en la que el juzgador puede llegar al conocimiento de tales actitudes de resistencia, enteramente pasiva en el silencio y activas en parte en las evasivas.

h) La valoración de las declaraciones no debiera suscitar dudas provenientes de su diferencia específica, porque con independencia de que una confesión implique una participación de conocimiento de consecuencias perjudiciales, en tanto que la mera declaración de parte y el testimonio carecen de tal resultado; lo cierto es que en todos los casos son expresiones de un individuo que buscan la convicción del juzgador.

1067 Cit., p. 224.
1068 Cit., p. 228.

Como expresa José Lois Estévez, [1069] el problema central es qué grado de confianza merecen las declaraciones. Con esto se desvanecen otras cuestiones de observación comparativa como la edad, el sexo, las condiciones intelectuales, etc., que por fuerza vienen englobadas en el problema específico de la capacidad del individuo en concreto.

Estévez señala que el grado de credibilidad está ligado estrechamente a un conjunto de condiciones subjetivas. No basta que la persona esté dispuesta a ser sincera, para la fidedignidad de sus manifestaciones es necesario que sus facultades de observación y rememoración aseguren contra una deformación involuntaria de los hechos.

Todas las legislaciones, al regular las declaraciones [1070] toman posición ante tres problemas: i) ¿Qué margen de libertad se le ha de conceder al apreciar el valor probatorio de los asertos? ii)¿Que procedimientos de control garantizarán la justa estimación de la prueba? La solución de estas cuestiones depende, ante todo, de la inteligencia que se dé al término capacidad del declarante.

Es necesario insistir que para la buena técnica jurídica, las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la policía judicial, así vengan producidas en informes o se expresen directamente en el proceso, son especies que van al rubro de los testimonios o declaración de parte, según la participación tenida por los sujetos en los hechos manifestados. Por ende, al hablar de la capacidad del declarante, en todos los casos se ha de considerar el doble punto de i) la percepción, y ii) la rememorización. Es decir, el valor de la participación de conocimiento que puede suministrar un individuo, dependerá de los medios que le sirvieron para enterarse de los hechos, y de la calidad de su memoria. La potencia de ambos factores determina las posibilidades de veracidad que el declarante reúne: su capacidad informativa, y responde a la pregunta de, ¿hasta qué punto se deberá confiar en su declaración? Las demás cuestiones en torno a la crítica de la declaración, forman la disposición informativa y conciernen al examen de la intención de ser veraz. Esto es, se concretan en la pregunta ¿trata el declarante de mentir o procura manifestarse sinceramente? [1071]

La revelación que ha de hacer el declarante de sus fuentes de conocimiento: razón de ciencia o del dicho, no tiene otra finalidad que proporcionar al juez una estimación sobre la calidad de la declaración. Al aproximarse el declarante a los hechos, el juez posee argumentos para evaluar sus posibilidades de buena información.

1069 *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico-procesal*, Santiago de Compostela 1951, pp. 11 y ss.

1070 Y aunque José Lois Estévez pone atención particular al testimonio, no debe reducirse el análisis a esta declaración especial, pues sus observaciones son aplicables por igual a la confesión y a la declaración de parte.

1071 Estévez, Cit., p. 31.

Por otra parte, en el término circunstancias del declarante se refugian todos los datos que ejercen influencia en el valor de una información. Estos son, para Estévez [1072] de dos clases: unos son intrínsecos a la persona del sujeto, como sus dotes de observador; y otros provienen de las vinculaciones con el conflicto: interés, afecto, enemistad, etc. Hay, pues, que considerar: i) la razón de ciencia, ii) la percepción y apercepción, iii) las facultades de receptividad y iv) el procedimiento de rememorización y sus posibles alteraciones.

Está fuera ya de toda posible discusión, que para que el juez esté en posibilidad de valorar las declaraciones, ha de poner en juego las facultades jurídicas que le son conferidas, y naturalmente, en cualquiera técnica que legislativamente se implante, lo fundamental es el interrogatorio. Si el procedimiento en todos los casos comienza con la pregunta de la parte, aun tratándose de las posiciones que anacrónicamente se formulan de manera categórica; la técnica procesal ha de permitir la repregunta de todos los interesados, en particular del juzgador.

No puede olvidarse que hay expresiones indiciarias en la demanda o en la acusación, así como en las contestaciones o defensas; pero a los fines de la mejor valoración, se ha de acudir al interrogatorio que es algo diverso de la inferencia a partir de los indicios. De las declaraciones escritas que son las demandas y acusaciones o consignaciones de actas, se podrán inferir resultados porque se operará con indicios e implicaciones; pero del interrogatorio se alcanzarán inmediatamente puntualizaciones, como un primer intento crítico. Las repreguntas poseen un inmenso valor de contraposición y confrontación, y son un instrumento inapreciable para la crítica de la declaración; sin olvidar que las leyes conceden a los jueces potestades para excluir las repreguntas que crean capciosas o impertinentes, motivo por el que no conviene que cada repregunta sea valorada aisladamente, pues sería absurdo restarles esa posibilidad de ir preparando gradualmente el planteamiento de una cuestión esencial que se quiere hacer llegar por sorpresa a la conciencia del declarante. Para evitar la última anomalía, lo pertinente es considerar las preguntas y repreguntas con base en las intenciones que afloran del interrogatorio en su totalidad. [1073]

Explorar la declaración es buscar respuesta a dos cuestiones: si hay falsedad consciente, y si hay equivocación inconsciente. Y aunque las actividades que hay que desarrollar en cada caso son de diversa índole, lo cierto es que sin la inmediación que enfrenta al declarante con el juez, el resultado no podrá conseguirse. En la inmediación, la capacidad del declarante y su disposición informativa van unidas necesariamente, y será sólo al valorar que se pueda hacer la separación. Pero a tal fin tiende la

1072 Cit., p. 32.
1073 Estévez, Cit., p. 39.

técnica del interrogatorio, que comienza por preguntas que no guardan vinculación directa con las cuestiones del conflicto, lo que fuerza al declarante a actuar con sinceridad. A continuación, se da un sesgo al diálogo y se enfocan los hechos esenciales, gradual y cautelosamente, sin atacar directamente alguna manifestación aislada antes de poder hacerlo con las demás. Cuando se descubren las afirmaciones inestables se hace un alto y se tratan las demás cuestiones de manera análoga, hasta llegar al momento propicio para la crítica de la capacidad rememorativa, haciendo preguntas sobre circunstancias confirmables objetivamente, lo que permitirá saber si hay una zona opaca en el recuerdo, caso en que la declaración perderá valor de convicción, a menos que medien razones en contra. Lo que se llama adveración indirecta, tiende a controlar la fidelidad de la declaración, suscitando cuestiones que se pueden conocer con certeza, a fin de apoyar sobre aspectos parciales debidamente confirmados, la crítica total. [1074] Como vías de confirmación admisibles, y para no incluir en el interrogatorio la ciencia privada del juez como ciencia de testigo, sólo se podrá apelar a las constancias procesales y máximas de experiencia.

En cuanto a los ataques frontales del interrogatorio, se dirigen franca y terminantemente contra los indicios de falsedad. Se enfrenta el declarante con todo género de inconsecuencias deslizadas en su información, lo que impide que el declarante persista en su actitud sin desacreditarse, de manera que o guardará silencio o admitirá llanamente los hechos excusándose en una supuesta buena fe. Ante la crítica, será difícil urdir una historia consistente, y así podrán ligarse todas estas partes del interrogatorio con la finalidad de valorar la declaración, partiendo de las respuestas parciales que contiene. [1075]

En orden a la técnica del interrogatorio, no puede olvidarse la clasificación de Stein [1076] que distinguía entre preguntas determinativas, disyuntivas completas e incompletas, expectativas, implicativas y consecutivas.

Las determinativas sirven para indagar las circunstancias del hecho, y se introducen en las declaraciones para esclarecerlas, como las siguientes: ¿Dónde ocurrió el accidente? ¿Quiénes estaban presentes? ¿Cuántos fueron afectados?

Las disyuntivas proponen un dilema, y son incompletas cuando las posiciones ofrecidas al declarante son únicas; o completas, cuando caben otras alternativas intermedias. Ejemplos de incompletas: ¿Iba alguna mujer en el coche? ¿Estaban bien cerradas las portezuelas? ¿Conducía el otro

1074 Estévez p. 54.

1075 Id., p. 56.

1076 Tomada por Estévez de su estudio *Zur Psychologie der Aussage*, en s. f. ges. Strr., 1902, pp. 362 y ss., Cfr. Op. cit., p. 56, nota 24.

vehículo un hombre o una mujer? Ejemplos de disyunciones completas: ¿Era el coche de la marca X o de la Z?, cuando podía haber sido de la B, C, D, etc. ¿Ocurrió el accidente a las cinco o a las siete de la tarde? En estas disyunciones completas se induce a creer en una de dos posibilidades cuando hay otras.

Las expectativas asumen la forma de oración interrogativo negativa o dubitativo negativa, inclinando hacia una respuesta confirmativa o denegativa respectivamente. Ejemplos: ¿No tenía ya el coche roto el parabrisas? ¿Acaso estaba ahí un anciano de barba larga?

Las implicativas ofrecen la peculiaridad de estar planteadas sobre un supuesto inexacto que se quiere hacer pasar por real. Ejemplo: ¿Cómo era el hombre que dio los gritos?, cuando ninguno había gritado.

Y las consecutivas son implicativas complicadas por adición de ulteriores sugestiones: ¿Quedó manchada de sangre la enfermera que recogió al herido?, cuando no había existido tal enfermera.

De todos modos, el interrogatorio más hábil no logra vencer la resistencia a influjos deformativos, y en tal hipótesis, la declaración es tan secundaria que no debe concedérsele demasiada importancia, y esto se advierte por el grado de sugestibilidad del declarante. [1077]

i) Ante la heterogeneidad del conjunto confirmatorio y la variedad técnica de los procedimientos de asunción de sus respectivos medios, no puede recomendarse una determinada fórmula de valoración. Desde luego, no cabe comparar la confirmación por medio de la prueba con la confirmación por medio de declaraciones, la que atañe a los medios de acreditamiento con la que se apoya en las mostraciones. Pero a esto debe añadirse la particularidad normativa que, en unos casos admite el **cross examination** y en otros sólo la absolución de posiciones, para ciertos escritos concede un pleno valor de acreditamiento y para otros una limitada credibilidad, en algunos extremos entrega a la pericia todo el peso de la solución, [1078] y a veces permite que imperen las reglas de experiencia a través de los indicios obtenidos en las mostraciones.

1077 Id. p. 58.

1078 Gillian White, *The use of Experts by International Tribunals, Syracuse University Press*, N. Y. 1965, pp. 83 a 182, donde se examinan diferentes casos en que los expertos o peritos se han convertido propiamente en juzgadores, tanto en materia de determinación de límites o fronteras estatales, como de responsabilidades internacionales o en valuación de daños; y aunque generalmente el experto tiene la función de asistir al tribunal en el establecimiento o elucidación de cuestiones de hechos, en los términos de las instrucciones dadas por el tribunal, sin embargo ha habido casos en que desempeñan otro papel como el árbitro con potestades para rendir laudos, lo que tiene su explicación en la circunstancia de que las partes acuerdan someter sus diferencias a un tribunal compuesto por técnicos legos en derecho, como peritos en economía o finanzas que revisan las regulaciones en el intercambio de mercancías o bien las partes piden a los árbitros juristas que nombren expertos para el cumplimiento de sus laudos, como sucedió en el caso de los límites entre Colombia y Venezuela; op. cit., p .163.

La doctrina suele clasificar las reglas de valoración y ya se ha visto que se habla de cuatro técnicas: i) la ordálica, ii) la libre convicción, iii) la **prueba** tasada, y iv) la sana crítica. De ahí se continúa para establecer diferencias de secundaria importancia, como el llamar valoración **a priori** a la tasada, y **a posteriori** a las demás. Pero fuera de estas ocupaciones de interés muy relativo, no hay, ni puede haber un patrón firme, un catálogo de precios para cada medio. Ni se puede decir que el juez debe tener absoluta libertad en este campo, porque no cabe que siempre acuda a directrices subjetivas de convicción como en su tiempo lo hiciera el magistrado Magnaud,[1079] porque no todo medio de confirmación puede dejarse al arbitrio del juzgador, como tratándose de las escrituras o acreditamientos; ni cabe limitarle a aplicar una tabla preformada, porque muchos juicios se apoyan en la vinculación del total de medios de confirmación y no en uno solo. Es cierto que Carnelutti se quejaba ya del grado de imperfección humana que llevó a la justicia, en la mayor parte de los casos, a sentenciar con base en la convicción de las declaraciones de los testigos;[1080] pero estas deformaciones no muestran la realidad de los procesos, cargados de otros medios de confirmación.

Si el legislador no puede anticipar un valor jurídico en todos los casos, tampoco puede abandonar al criterio del juez la apreciación de todas las confirmaciones. De ahí que no exista una técnica única, y los códigos combinen todas o casi todas las mencionadas. El documento, por ejemplo, no puede dejar de estar prevalorado en la ley sustantiva o en la procesal, pues los sujetos están en posibilidad de ir dejando constancia de sus cotidianas relaciones en la objetividad del escrito. Con todo, un gran porcentaje de relaciones se materializan sin dejar objetivación, especialmente en lo penal, de ahí que no se pueda dosificar el valor de todos los medios de confirmación, y se tenga que acudir a la discrecionalidad combinada con conocimientos de psicología judicial y aun de lógica de la interrogación o aporética, como lo hiciera Stein.

Si la **prueba** tasada es una técnica que obedece a la circunstancia ya explicada por Couture,[1081] de que las normas que rigen la valoración no son siempre de derecho procesal, sino de derecho material que rige con anterioridad al proceso; en cambio su extremo de la sana crítica ha sido considerado como una operación lógica en su sentido formal. Existen, agrega el autor,[1082] algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Nadie dudaría del error de una sentencia en la cual

1079 *Las sentencias del magistrado Magnaud*, comentadas y reunidas por Henry Leyret, versión castellana, prólogo y notas de Dionisio Díez Enriquez, Madrid 1904.

1080 *La crítica della testimonianza, Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1929, Tit. II, pp. 171 y ss. citado por Estévez, en p. 11 de la obra mencionada.

1081 *Fundamentos*, Bs. As. 1958, pp. 258 y ss.

1082 Cit., p. 271.

se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las de plata, condena el juez a devolver monedas de plata. Evidentemente, se está infringiendo el principio lógico de identidad, según el cual una cosa sólo es igual a sí misma, y también habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción.

El principio de la sana crítica aparece en la ley española de 1855 y se considera intermedio entre la **prueba** tasada y la **prueba** libre. Pero más que mediar entre ellas, ha superado sus defectos y ha acudido a las reglas del raciocinio. En la sana crítica, el juzgador sopesa los medios de confirmación y determina sus características e influencias en el resultado del examen conjunto. Sobre todo, lleva a cabo una mesurada justificación de su criterio, la que al ser reexaminada por el superior, permite criticar cada extremo del silogismo valorativo.

Con la sana crítica contribuyen las máximas de experiencia, el conocimiento cultural del juzgador y las ya referidas técnicas psicológicas de la crítica de las declaraciones. No puede, entonces, concederse que todos los individuos están igualmente aptos para juzgar, ni puede dejarse al criterio de un solo juzgador el acertamiento del valor final de las confirmaciones. La sana crítica exige que el juzgador piense y describa su razonamiento, que permita al superior conocer todas las circunstancias objetivas y subjetivas que influyeron en el ánimo del **a quo.** De todo ello se concluye que la valoración no debe apegarse a una técnica exclusiva, sino que debe ser la resultante de una combinación que reúne desde el precio anticipado de los medios de acreditamiento, a la libre convicción en las declaraciones, para llegar a la sana crítica en la ponderación final de los medios de eficiencia llevados al proceso en la forma y dentro de los procedimientos legalmente establecidos, los que no pueden eliminar la potestad inquisitoria del juez, tal como se ha venido explicando: la facultad de interrogar sobre lo revelado espontáneamente por los sujetos procesales.

203 Juzgamiento del caso.

La denominación que tradicionalmente se ha dado al contenido y a la eficiencia de la resolución final, ha sido la de cosa juzgada. Pero como expresa Couture,[1083] se trata de un concepto que difiere del simple enunciado. Si se está a la acepción literal, parecería que cosa significa objeto, o denominación dada a todo aquello que tiene una medida de valor y que puede ser objeto del derecho de propiedad. A su vez, juzgada como participio del verbo juzgar, califica a lo que ha sido materia del juicio. La

1083 *Fundamentos*, Bs. As. 1958, pp. 399 y ss.

cosa juzgada sería el objeto que ha sido motivo de un juicio, y la proposición: este vaso es de plata, constituiría en la primera acepción una cosa juzgada.

El propio autor ofrece una segunda acepción, al ensanchar la idea de cosa, que desbordaría el simple objeto material, viniendo a ser todo lo que tiene existencia corporal o espiritual, real, abstracta o imaginaria. En tal supuesto, el hombre podría ser una cosa, como al decir: Sócrates es un hombre. También el vocablo juzgada tiene una segunda acepción, abarcando al juicio jurídico, como al decir: este vaso es de Sócrates.

De todas maneras, el concepto jurídico de cosa juzgada es algo más que la suma de sus dos términos, y en una tercera acepción, es una forma de autoridad y una medida de eficiencia. En el idioma alemán se expresa con las palabras **Recht** y **Kraft**, derecho y fuerza, fuerza legal, fuerza dada por la ley. En castellano y los idiomas latinos, es **res judicata**, lo decidido, lo que ha sido materia de decisión judicial, y en inglés no existen los vocablos y se usa la expresión latina.

Sin embargo, Couture, concluye estimando que en ningún idioma los vocablos expresan plenamente el concepto, que debe ser inferido por el jurista del conjunto de normas positivas, puesto que varía en el tiempo y en el espacio. La idea romana clásica no coincide con la romana actual, y la cosa juzgada del derecho inglés no coincide con la del francés. De ahí que, buscando una definición, el autor expresa que es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. [1084]

a) En la explicación de Couture se advierte la problemática inicial, aun con la acepción que se encuentra en su definición, la cosa juzgada viene a ser un valor o autoridad y una eficacia o producción cierta de efectos de la sentencia en un momento especial, aquél en el que ya no hay medios de impugnación que permitan modificarla.

Es por el último de estos datos, que el autor ubica la cosa juzgada después del estudio de los recursos y antes de la ejecución, ya que ésta, recordando las ideas romanísticas, sería el ejercicio de la **actio judicati**. Pero es aquí, precisamente, donde aparece la cuestión central de la figura, porque al momento de impugnar la sentencia, se habla ya de una cierta cosa juzgada que se llama material, y la circunstancia de que ella no sea definitiva, que pueda modificarse, lleva al estudio de la condición del fallo sujeto a impugnación. Sólo al terminar el proceso impugnativo es que se viene a hablar de cosa juzgada formal, que puede tener como contenido, la misma cosa juzgada material del primer fallo, si es que lo confirma en sus términos y salvo extremos relativos a las costas, costos o gastos judiciales.

1084 Cit., p. 401.

Pero advertir la cuestión central es apenas penetrar en las dificultades, porque ella implica numerosos problemas, el primero de los cuales es que no siempre ha existido la cosa juzgada, o para decirlo en otros términos, no siempre se ha producido la cosa juzgada formal.

Según Chiovenda [1085] la cosa juzgada en sentido sustancial consiste en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmativa en la sentencia; pero la institución no tiene en sí nada de absoluto ni necesario, del concepto del oficio del juez sólo se deriva necesariamente que la sentencia debe poder ejecutarse, mas no puede tenerse en lo futuro como norma inmutable del caso decidido. Tanto es verdad, que se conocen derechos antiguos en los cuales la sentencia es obligatoria para las partes mientras que existe; pero puede ser impugnada indefinidamente, ya en base de nuevas pruebas, ya por otros motivos, como acontecía en el antiguo derecho noruego.

Sólo por meras razones de oportunidad y utilidad social se introduce en los distintos regímenes un límite a la discutibilidad de lo decidido. **Res iudicata** no significaba en Roma propiamente juicio, sino que era la res **de qua agitur** desde que fuera juzgada debida o no debida, lo cual no debería ocurrir más que una sola vez. La importancia de la **res iudicata** no estaba en el razonamiento del juez, sino en la condena o en la absolución, en la expresión de la voluntad del derecho en el caso concreto. Por ello no hablaban de cosa juzgada sino respecto de la sentencia de fondo, que era la que reconocía un bien de la vida a una de las partes.

En el derecho intermedio, el concepto se fue modificando lentamente. En parte por influencia del derecho alemán que trataba como sentencia a cualquiera resolución de cuestiones, de fondo o procesales; en parte por la pobre inteligencia de los textos romanos, y en otra parte por las tendencias escolásticas dominantes. La consideración en el estudio de la cosa juzgada se desvió inclinándose particularmente sobre el elemento lógico del juicio y sobre el silogismo como esqueleto de la sentencia, más bien que sobre la afirmación de voluntad que se deriva de la conclusión.

Si el proceso se describió como una **quaestio,** una **disputatio** y una **deffinitio,** la conclusión del silogismo procesal se consideró verdadera, y verdaderos los hechos contenidos en las premisas, introduciendo la idea de una verdad formal frente a la efectiva. Por este camino se llegó a reconocer el efecto de la cosa juzgada a todos los casos en que se podía excluir la proposición de una excepción: transcurrido el plazo para impugnar de nulidad una sentencia por incompetencia del juez, se llamó constituida la cosa juzgada incluso sobre la competencia.

1085 *Principios,* Cit., T. II, pp. 460 y ss.

Cuando se define a la cosa juzgada como una ficción de verdad, como una verdad formal o como una presunción de verdad, se dice una cosa exacta en el sentido de que para la mayor parte de los extraños al pleito, la sentencia aparece como conforme a la verdad; pero ésta, sostiene Chiovenda,[1086] no es más que la justificación social de la cosa juzgada; jurídicamente no hace referencia a la afirmación de la verdad de los hechos, sino a la existencia de una voluntad de ley en el caso concreto. El razonamiento sobre los hechos es obra de la inteligencia del juez, necesaria como medio de preparar la formulación de la voluntad de la ley.

Chiovenda termina por advertir que para proveer a la certeza de la esfera jurídica de los litigantes, dando un valor fijo y constante a las prestaciones, la organización jurídica quiere que la actividad jurisdiccional se desarrolle una sola vez, aunque ordinariamente con la posibilidad de varias etapas. Entre las ventajas de la certeza jurídica y los daños de los posibles errores del juez, concede predominio a los primeros. Por ello, transcurridos los plazos para impugnar una sentencia, ésta deviene definitiva, y de ahí se deriva que la declaración de la voluntad de la ley que ella contiene, deviene indiscutible y obligatoria para el juez en cualquier juicio futuro.

La cosa juzgada sustancial que es la obligatoriedad en los juicios futuros, tiene por supuesto la cosa juzgada formal que es la inimpugnabilidad. Pero ni siquiera la inimpugnabilidad da siempre lugar a la cosa juzgada sustancial, que tiende a desarrollar sus efectos fuera del proceso, porque el bien reconocido debe valer precisamente en lo extraprocesal. En cambio, la inimpugnabilidad de otras cuestiones puede limitar sus efectos al proceso en que tiene lugar, no vinculará al juez de procesos futuros, sobre demandas nuevas. Tales son las resoluciones sobre la existencia de la relación procesal, porque en ellas el juez expone un juicio, pero sobre la obligación de pronunciar en el fondo; por consiguiente, su decisión no tiene importancia fuera de ese proceso.

Hay en el pensamiento de Chiovenda, una tesis de la mayor importancia, al sostener[1087] que cuando el juez pronuncia sobre el fondo, su sentencia no resuelve sobre la existencia de la relación procesal. Se trata de una simple firmeza de las cuestiones procesales, como la nulidad o incompetencia, la que tiene lugar respecto de los efectos subsanables por razones de oportunidad. No ocurre en todos estos casos lo que tiene lugar en la cosa juzgada sustancial, que se pierda toda huella del error del juez; el error permanece porque es inherente a la actividad realizada por el juez; pero aquél es subsanado, si es subsanable, con la firmeza. Al considerar la definitividad de las resoluciones sobre las condiciones procesales,

1086 Cit., p. 463.

1087 Op. cit., p. 467.

como simple firmeza más bien que como cosa juzgada, se entiende que las decisiones de fondo viciadas por defecto de competencia, no pueden vincular a la autoridad competente.

b) Como una especie de reacción contra la tesis de Chiovenda, Ugo Rocco [1088] comenzó por explicar que, por cosa juzgada entendía la cuestión que ha sido objeto de un juicio lógico de parte de los órganos jurisdiccionales; una cuestión en que ha intervenido un juicio que la resuelve, mediante la aplicación de la norma general al caso concreto, y que precisamente porque ha sido objeto de un juicio lógico, se dice juzgada; subsunción que se hace mediante un silogismo, en el que la premisa mayor la da la norma, la menor la relación singular y la conclusión da la norma especial. El resultado de todo este trabajo de aplicación de la norma general al caso concreto, se hace por el Estado a través de los órganos judiccionales y se llama sentencia, la que constituye la forma en que el juicio se desarrolla. Quedan así distinguidas para Rocco, la cosa juzgada de lo juzgado y de la sentencia.

En cuanto a la cuestión que ha sido objeto de un juicio contenido en la sentencia, se vincula una eficacia característica, tiénese la autoridad de la cosa juzgada, que es la fuerza o eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión contenida en la sentencia. Tal eficacia está destinada a proteger el **quio decisum** de la sentencia en un proceso futuro.

Es, pues, inadecuado asociar el concepto de autoridad juzgada a la técnica de los recursos, o sea, decir que se tiene autoridad de cosa juzgada cuando se obtiene una sentencia ya no sujeta a recurso. A lo más se puede decir que para establecer cuándo surge la autoridad de cosa juzgada, se debe anticipar una investigación de derecho procesal, ver si hay una sentencia, si es definitiva y si es inimpugnable. Pero con esto se ha determinado si surge y cuándo, la autoridad de cosa juzgada de la sentencia y nada más.

Igualmente, para Rocco, el concepto de ejecución es independiente, no sólo del de declaración en general, sino del de declaración definitiva o incontestable. No sólo se puede tener declaración sin ejecución o ejecución sin declaración, sino que puede tenerse ejecución con base en una declaración judicial atacable y modificable. Por ende, distintas serán necesariamente la fuerza obligatoria de la sentencia que se liga a la relación procesal de declaración, y la fuerza ejecutiva de la sentencia, que se vincula a la relación procedimental de ejecución.

A la cosa juzgada se liga como efecto la fuerza obligatoria, que impide la reproducción del proceso de conocimiento. A lo juzgado se une la fuerza ejecutiva, que abre el procedimiento de ejecución. La primera se reco-

1088 *Teoría general del proceso civil*, Trad. Felipe de J. Tena México 1959, pp. 525 y ss.

noce y protege jurídicamente mediante la **exceptio re iudicatae,** que impide las eventuales modificaciones de la cuestión ya juzgada; la segunda, mediante la **actio iudicati,** con la que se hace valer el derecho de ejecutar lo juzgado.

Frente a la duda suscitada por Chiovenda sobre la necesidad absoluta de la institución, Rocco entiende que negarla significa alterar la naturaleza de la función jurisdiccional, ya que ésta en tal caso, se reduciría a una actividad puramente consultiva, siendo que la autoridad judicial no ha de externar pareceres sino emitir decisiones obligatorias y ejecutivas. Además, se frustraría el fin de la misma actividad, ya que de ese modo el procedimiento de declaración se reduciría a una pura, inútil y vana declaración de derechos, puesto que la parte que perdiera, jamás quedaría satisfecha con la declaración pronunciada, repitiendo indefinidamente su petición sobre una nueva. Si no fuese necesario y absoluto el instituto de la cosa juzgada, el procedimiento de ejecución se reduciría a una ejecución provisional. Como el fin de la ejecución es traducir en acto la decisión, si puede obtenerse por una ejecución que tiene carácter definitivo, no podría igualmente lograrse mediante una ejecución provisional.

Como la cuestión que ha sido objeto de un juicio, después de cierto número de reexámenes, no es posible que se juzgue de nuevo, y puesto que la relación queda incontestablemente fijada aunque el fallo haya sido lo injusto, tanto que deba ser tomado como base de otro juicio que lo presupone no hay fundamento racional para tal prohibición; y aun suponiendo que en el ejercicio de la función haya error, el ordenamiento no admite el reexamen indefinido Así se plantea el problema de la autoridad de la cosa juzgada, que no es sino la causa extintiva del derecho de acción, como derecho a la declaración judicial, de la que brotan obligaciones y derechos subjetivos distintos. [1089]

c) Fijada la posición doctrinaria dentro de ésta que podría denominarse la corriente tradicional, su mejor resumen se encuentra en Couture,[1090] al explicar que, por una parte se sostiene que la sentencia y su consecuencia la cosa juzgada, no constituyen sino una determinación concreta del derecho material, actualizado y hecho indiscutible en el caso decidido. Lo que da su acento a esta nueva forma del derecho, es el carácter de obligatoriedad y vinculación que reviste frente al juez de cualquier otro litigio futuro sobre el mismo tema. No se alteró el derecho anterior, sino que se aplicó; nada hay nuevo, sólo situaciones impeditivas de revisión en un nuevo proceso, que ligan al juez que eventualmente pudiera ser llamado a conocer de él.

1089 Cit., p. 541.

1090 Op. cit., p. 410.

La otra orientación advierte en la cosa juzgada un poder vinculatorio, diverso de la simple declaración del derecho anterior. La cosa juzgada no encuentra su eficacia en el derecho sustancial preexisente, sino en la fuerza de la sentencia una vez que se ha hecho indiscutible. Pasado el fallo en cosa juzgada, nace en el orden jurídico una nueva norma. Su eficacia vinculatoria emana de ella y no de la sustancial anterior. Hasta puede darse el caso de que no coincida con el derecho sustancial, y, sin embargo, la cosa juzgada será obligatoria y eficaz.

Pero para el mismo Couture, [1091] la cosa juzgada es una exigencia política y no propiamente jurídica, no es de razón natural sino de exigencia práctica; si bien la evolución legislativa es cada día más acentuada hacia una marcha rápida en busca de una sentencia que decida de una vez por todas y en forma definitiva el conflicto.

Frente a esta corriente que tiene la característica de estimar que la cosa juzgada es uno de los efectos de la sentencia, su específica eficacia, entendida como complejo de consecuencias que la ley hace derivar de la sentencia, o como conjunto de requisitos para que pueda valer plenamente y considerarse perfecta, surge la posición que se ha calificado de moderna, debida a Enrico Tullio Liebman, [1092] quien luego de hace un resumen del estado de las investigaciones al momento de su obra, se enfrenta a la concepción de Chiovenda, considerando que fue demasiado lejos al afirmar la sustancial diferencia entre cosa juzgada y preclusión, siendo así que, en realidad, se trata más bien del diverso sentido que adquiere un fenómeno jurídico, esencialmente único, en razón del diferente objeto sobre el cual opera.

Liebman intenta colocar a la sentencia en la categoría de los actos del poder público, y evidenciar sus caracteres. Ante esta premisa o punto de partida, conviene advertir que la sentencia, como un acto resoluctivo de pretensiones contrapuestas y deducidas en un proceso, no es exclusivo del poder público, y se le mira también en el laudo privado.

Pues bien, Liebman vuelve a precisar que en el concepto tradicional se veía en la cosa juzgada el efecto que produce la sentencia, mientras en ésta se contemplaba genéricamente la declaración del derecho en el caso concreto, confundiéndose así el efecto de la aplicación y su intensidad. Pero hoy, esta concepción es una de esas ideas que, como decía Chiovenda, quedan sin base una vez que las circunstancias que les dieron origen se han esfumado, y ya estaba condenada cuando se hizo el análisis del contenido y de los efectos de la sentencia, descubriéndose que pueden ser de índole muy diversa según los casos. [1093]

1091 Op. cit., p. 407.

1092 *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1946, pp. 10 y ss.

1093 Cit., p. 22.

Hay en la sentencia, unas veces la mera declaración, otras una condena y en las restantes una constitución; todo ello en el fallo produce ciertos efectos, sea cualquiera su contenido, efectos que pueden, en el criterio de Liebman, identificarse con la cosa juzgada, o considerarse como cualidades de aquellos contenidos, si éstos se estiman también como efectos del pronunciamiento.

Corrientemente la expresión de autoridad de cosa juzgada, no quiere referirse a un efecto autónomo que podría existir por sí solo, sino a la fuerza, al modo con que ciertos efectos se producirían, esto es, una cualidad o modo de ser de tales efectos. [1094]

Las diversas palabras: inmutabilidad, definitividad, intangibilidad, o indiscutibilidad, expresan una propiedad o cualidad particular, un atributo del objeto al que se refieren. De manera que para Liebman, la autoridad de la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestarse de sus efectos, cualesquiera que sean, varios y diversos, según las diferentes categorías de las sentencias. [1095]

Al cristalizar definitivamente la teoría de las sentencias constitutivas, se hizo patente la necesidad de discriminar las relaciones entre la cosa juzgada y los diversos efectos del fallo, según que fuera de condena, declarativo o constitutivo. Si la cosa juzgada produjera certeza exclusivamente, no podría emplearse como común denominador de los efectos de los otros tipos de resoluciones. Si, por otra parte, se considera a la cosa juzgada, como un efecto del pronunciamiento, tendría que colocársele al lado de los otros efectos eventuales: declarativos, de condena y constitutivos.

Hellwig, dice el autor, [1096] trató en efecto, de desenredar la madeja reduciendo, en sustancia, la autoridad del fallo a la sola declaración de certeza y a aquella cantidad de declaración que está presente en todas las sentencias; y como tenía el firme convencimiento de que en ella residía el efecto principal y característico de la sentencia, terminó precisamente por identificar la cosa juzgada con la declaración de certeza obligatoria e indiscutible que la sentencia produce. Y, como era de prever, la doctrina lo siguió unánimemente.

La idea de Hellwig, por tanto, se redujo a sostener la existencia de la declaración de certeza en cualquier fallo, ya fuera simplemente declarativo, o bien de condena o constitutivo; pero entonces, ni la condena ni la solución constitutiva tenían nada que ver con la cosa juzgada. Podía, así, cambiarse el término de cosa juzgada por el de eficacia de la declaración de certeza, que en cualquier pronunciamiento se establecía.

1094 Cit., p. 22.
1095 Cit., p. 23.
1096 Cit., p. 34.

Se aprecia, dice Liebman,[1097] el error lógico en que incurre este modo de sistematizar la cosa juzgada junto a los otros posibles efectos de la sentencia; ya que se sitúan así en el mismo plano cosas heterogéneas y de cualidad diversa. Al efecto constitutivo de una sentencia se podrá confrontar y contraponer su efecto declarativo, esto es, su eficacia de declaración de certeza, no la cosa juzgada que deriva de esta misma declaración de certeza.

En realidad, la dicha declaración de certeza deriva su fuerza obligatoria, su eficacia jurídica de la naturaleza imperativa y autoritaria del acto que la produce, tal y como ocurre con la sentencia constitutiva o de condena. El modo inmutable de producción es en todas la autoridad de la cosa juzgada, es algo más que aumenta su estabilidad. Identificar la declaración de certeza producida por la sentencia con la cosa juzada significa, para Liebman,[1098] confundir el efecto con uno de sus posibles caracteres.

Hay, a lo largo de la exposición de Liebman, un razonamiento, por cierto coincidente con el de Redenti, en el sentido de que la modificación de una relación jurídica no tiene naturaleza diversa por el hecho de haber sido producida por una sentencia o por cualquiera providencia del Estado. En lo que insiste, sin embargo, es en el hecho de que cuando la misma se produce por una sentencia, adquiere una seguridad particular característica, puesto que está excluida la posibilidad de que cualquiera otra providencia la contradiga o anule su resultado.[1099]

En vista de todas estas dificultades, Liebman procede a considerar la posición que puede asignarse a la autoridad de la cosa juzgada en la teoría de la sentencia. Como la ley puede conferir efectos al pronunciamiento, antes de que pase en autoridad de cosa juzgada, aún prescindiendo de la ejecución provisoria de la sentencia de primer grado, la indiscutibilidad es un carácter no necesario, que puede ser conferido al efecto mismo, sin modificar su naturaleza.

No es posible, dice Liebman,[1100] dudar de que la eficacia de la sentencia pueda y deba distinguirse de la autoridad de la cosa juzgada; y en este sentido, debe verdaderamente aceptarse la distinción formulada por Carnelutti entre imperatividad e inmutabilidad de la sentencia; porque ésta es imperativa y produce todos sus efectos aún antes e independientemente del hecho de pasar en autoridad de cosa juzgada.

De lo anterior, Liebman concluye que la autoridad de cosa juzgada no es un efecto de la sentencia, sino sólo un modo de manifestarse y de pro-

1097 Cit., p. 36.
1098 Cit., p. 37.
1099 Cit., p. 40.
1100 Cit., pp. 56-7.

ducirse los efectos de la sentencia misma, algo que a estos efectos se añade para calificarlos y reforzarlos en un sentido bien determinado. [1101]

d) La teoría de Liebman, que ha influido en los autores mexicanos, [1102] viene a resumirse en la idea de que la cosa juzgada no es un efecto más de la sentencia, sino sólo una cualidad del efecto mismo. [1103]

Corolario de lo expuesto, es que la eficiencia de la sentencia debe distinguirse de su inmutabilidad que es un mandato con cierta cualidad. En esto consiste, dice, [1104] la autoridad de la cosa juzgada, que puede definirse como la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia. La misma no se identifica simplemente con la definitividad e intangibilidad del acto que pronuncia el mandato; es, por el contrario, una cualidad especial, más intensa y más profunda, que inviste al acto también en su contenido, y hace así inmutables, además del acto en su existencia formal, a los efectos cualesquiera que sean del acto mismo.

Hasta aquí, la novedad en la teoría de Liebman parece radicar en una distinción entre mandato: declarativo, constitutivo o condenatorio, frente a efectos del mismo y cualidad especial de inmutabilidad. Pero se impone preguntar si esa cualidad es un efecto más y diverso de los naturales y propios de la resolución como acto que impera, lo cual niega Liebman rotundamente, o un modo de ser que no es efecto pero sí dato externo.

Para resolver las cuestiones indicadas, debe partirse de la separación entre el mero problema terminológico y el ontológico. No importa el nombre si el fenómeno se repite, de manera que no basta llamar cualidad al efecto si resulta consecuencia del supuesto.

Tres parecen ser los datos que combina Liebman: mandato, efecto y cualidad. Pero en su teoría se observa la idea de que estos elementos pueden separarse, y de hecho se encuentran aislados, de manera que el mandato es la imperatividad, el efecto es la condena, la constitución o la declaración, y la cualidad es la cosa juzgada o inmutabilidad.

Que una sentencia carezca de cosa juzgada, o sea de inmutabilidad es innegable; pero que pueda haber un mandato como simple imperativo sin condena, ni constitución, ni declaración, es ininteligible.

Se puede hablar de mandar como atributo, como función, como cuando se dice que a la autoridad compete mandar, sin agregar otra noción. Sin embargo, de ahí no puede seguirse hasta hablar de mandato vacío de sentido, de significación, que es el objeto de conocimiento.

1101 Cit., p. 57.
1102 Cfr. Alfonso Abitia Arzapalo, *De la cosa juzgada en materia civil*, México 1959; o J. Ramón Palacios *La cosa juzgada*, Puebla 1953.
1103 Cit., p. 59.
1104 Cit., p. 71.

Todo mandato, entonces, es o una condena, o una constitución, o una declaración que tienen la modalidad lógica de juicios apodícticos: imperativos. Cabría decir que el mandato judicial es la sentencia que contiene una constitución, una declaración o una condena imperativas.

Si ahora se añade la cosa juzgada: la inmutabilidad; o ésta consiste en una cualidad más del acto de constituir, declarar o condenar, o se trata propiamente de un efecto.

Asiste la razón a Liebman cuando entiende que la cosa juzgada no es un efecto, porque la condena no produce la inmutabilidad de la responsabilidad de efectuar la prestación, sino sólo conduce a la necesidad de realizarla, necesidad que puede ser alterada en la revocación o en la anulación. La cosa juzgada impide esta última posibilidad, pero exclusivamente porque la sentencia tiene la cualidad de ser inmutable.

Ya se le considere efecto, o bien se le estime una cualidad, resulta que la cosa juzgada se asimila a la imperatividad en cuanto modo de ser del pronunciamiento. En realidad el mandato es unitario, porque frente a una sentencia, no cabe el desmembramiento de los modos de ser, para dejar aislado el contenido. Si se hace la desarticulación, lo que acontece es una transformación, y lo que era sentencia, sin el imperativo queda en indicativo, como cuando se dice que puede constituirse una relación, o establecerse una prestación, o valorarse una situación. En ninguno de estos casos se trata de sentencia, ésta surge no en la forma asertórica, sino en la apodíctica: en el imperativo.

Hay, pues, una constitución, **verbi gratia,** como fallo, cuando el constituir es el contenido de un acto que lógicamente, tiene la modalidad de juicio imperativo. Pero hay algo más, la sentencia tiene como contenido la constitución, la declaración o la condena; como modalidad lógica el imperativo, y como estructura la heteronomía. Si en lugar de la estructura que le corresponde, se le cambia por la autónoma, en vez de sentencia se tendrá un pacto o una promesa, un convenio o un acuerdo. Estas formas son también imperativas, pero no se imponen a las partes, sino que éstas se las imponen recíproca y autónomamente. El convenio puede tener por objeto establecer una prestación, constituir su anulación o declarar su nulidad, todo ello sin acercarse al ámbito del mandato o sentencia.

Lo que resta por discutir es si la inmutabilidad resulta una nota cualitativa como quiere Liebman, o se trata de otro carácter lógico. La idea de cualidad significa algo accesorio: una dimensión o un color, por ejemplo. Se puede concebir al objeto con otra cualidad del mismo o de diferente tipo, sin que cambie su esencia: más alto, más oscuro, más frágil, etc. En realidad, lo cualitativo es graduable entre un menos y un más.

Cuando se quiere aprehender esta nota en el pronunciamiento, nota que impide la reiteración del fallo y, naturalmente, su contradicción por otra sentencia, no se busca una cierta estabilidad entre varias, sino la constante y permanente invariabilidad de lo ya juzgado.

El carácter inmutable le viene al fallo de fuera y quizás por esto Liebman se incline a calificarlo de cualidad; pero hay otros datos externos que se atribuyen a las sentencias y no son cualidades sino efectos y consecuencias. De una manera o de otra, todo pronuncimiento tiene el efecto de su cumplimiento, lo cual no es exclusivo de las sentencias y se puede ver en toda relación jurídica. Acatar la ley, el convenio o la sentencia es simplemente realizarlos, hacerlos reales, cumplir su significación. Hay leyes, pactos y fallos que no se cumplen y, entonces, su efecto no se ha producido.

Es en este punto que se vinculan dos ideas provenientes de dos campos divesos: para la teoría pura del derecho, cuando el precepto no se cumple, se pasa a otra noma que significa una sanción; para Carnelutti, toda relación jurídica, desde la más simple a la más compleja, tiene repercusiones en el ámbito subjetivo o personal de los terceros. Todo estos fenómenos se pueden concretar en el término consecuencias. La normatividad jurídica lleva en primer lugar a su efectuación y, posteriormente, a las consecuencias que son resultados posteriores. Así se explica que el efecto de una convención por la que se realiza una transmisión de dominio, consista en la titulación del nuevo propietario; en tanto que la conecuencia puede ser distinta en cada hipótesis, pero siempre asentada en el efecto: la expropiación afectará al nuevo propietario, el contrato de arrendamiento se entenderá celebrado con el nuevo propietario, los herederos del nuevo propietario tendrán derecho al bien así adquirido, los derechos y obligaciones administrativos se referirán al nuevo propietario, incluidas las prestaciones tributarias, etc.

Dentro de esta línea de vinculaciones, la cualidad es algo distinto y corresponde a lo variable de cada relación: precisamente al dato de su carácter constitutivo o declarativo. Si, por ejemplo, se confronta un mandato judicial o administrativo, con otro legislativo, se advertirá que sólo en los primeros puede aparecer la cualidad condenatoria. Aunque las leyes prevean cierto tipo de prestaciones a cargo de los gobernados, no están haciendo algo diferente a lo que acontece en el contrato: constituir una obligación. Corresponde exclusivamente a la sentencia o a determinados proveimientos administrativos, el ordenar el cumplimiento coercible de la prestación insatisfecha.

Por tanto, si se habla de la cualidad del pronunciamiento judicial, lo pertinente es hacer referencia a sus características constitutivas, declarativas o condenatorias, y no al dato de la inmutabilidad. Si la cosa juz-

gada es algo exterior al fallo, no puede ser cualidad en cuanto ésta va unida al contenido de la misma manera que el dato del mandato. Y efectivamente, ha quedado anotado que se pueden crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones, tanto en el pacto como en la ley o en la sentencia; [1105] cada uno de estos datos identifican el contenido de cada relación. Lo que cambia en ellas es su estructura, su cualidad, y su modalidad, y naturalmente su razón de ser o antecedente.

Si una ley ordena pagar una suma de dinero y lo mismo acontece en un convenio o una sentencia, habrá un dato similar en todos: obligación de pago. Ahora bien, por su estructura, se pueden formar dos grupos: una relación de prestación en el convenio, y una relación consecuencial de mandato en la ley y en la sentencia. En cambio, por su cualidad se tendrán otros dos grupos: normas constitutivas en la ley y en el convenio, y de condena en la sentencia. Esto proviene del supuesto, de manera que respecto de la ley, se invoca la aparición del hecho específico al que imputa el nacimiento del crédito; frente al convenio se hace referencia de la voluntad para contraer la obligación, y ante la sentencia se busca la preexistencia de la obligación legal o contractual.

Si se contrastan estos datos con otras características circunstanciales de todas las normas, se podrá advertir que hay diferencias en la condicionalidad, forma, plazo, término y modo de las relaciones. Por ejemplo, hay normas legislativas programáticas, en cuanto están condicionadas a que el legislador ordinario las reglamente; como hay sentencias condenatorias condicionadas alternativamente y obligaciones sujetas a condición suspensiva, resolutoria, etc. Por su forma se separan las leyes del Congreso frente a las del Ejecutivo, las sentencias de juzgadores monocráticos y colegiados, los convenios verbales y escritos. Por el plazo hay leyes transitorias, sentencias que condenan a la privación de la libertad por tiempo determinado o indeterminado, y contratos que pueden cumplirse dentro de cierto lapso. Hay término en las leyes que se expiden mientras se decretan las definitivas, sentencias que precisan el momento de su cumplimiento y contratos que también lo estipulan.

El modo responde a un fenómeno peculiar, inconfundible con los datos anteriores. Su concepto es el de una carga, un peso que se añade a la relación simple o condicionada. No es algo cualitativo que vaya incluido en los datos estructurales, sino la nota agregada eventualmente. La relación modal podría constituir por sí sola un vínculo intersubjetivo, de manera que, por ejemplo en un contrato de arrendamiento habrá un modo cuando se estipule una obligación más, como la de permitir colocar en la azotea del inmueble un anuncio. Esta modalidad se encuentra en el ámbito legis-

1105 Esta última circunstancia tiene dividida a la doctrina, pero el tema es de tal envergadura que deberá ser estudiado aparte y con mayor detalle.

lativo cuando se ordena a los Secretarios del despacho refrendar las leyes del Ejecutivo o sus reglamentos, ya que el refrendo podría constituir una obligación autónoma para otros actos del mismo, de una manera similar a como la dación de fe es obligación autónoma de los secretarios respecto a las resoluciones judiciales.

Al llevar el concepto de modo a las sentencias, se puede comprender cómo el dato de la inmutabilidad es extraño, tanto al contenido como al efecto, a la condición, forma, plazo, término y estructura. La modalidad por la que un pronunciamiento deviene irreformable está determinada por la ley, y en este hecho es que se ubican las confusiones, porque también toca al legislador establecer condiciones, efectos, formas, plazos o términos. Pero mientras la modalidad es una carga o peso que se añade al mandato judicial, el resto son características esenciales o cualificativas del fallo, respectivamente.

Que el modo no es igual a la cualidad, se mira en las ejemplificaciones doctrinarias: el efecto de ejecución provisoria se enlaza a la cualidad de un fallo sujeto a gravamen; pero la consecuencia de la ejecución definitiva se enlaza al modo inmutable de la sentencia. Por tanto, la sentencia puede perder la cualidad de impugnable sin menoscabo de su esencialidad; pero si pierde la modalidad de firme, el caso juzgado estará expuesto a todo tipo de modificaciones posteriores.

e) En las palabras cosa juzgada aparece un problema más, diferente al ya contemplado de su naturaleza modal. Se trata simplemente de la equivocidad o multivocidad de los términos, lo que resulta del hecho de referirse a dos cuestiones bien diversas: la significación del contenido y la inmutabilidad del mandato.

Respecto de la mutación, se puede hablar de una interna y otra externa. La primera acontecería si alguno de los datos invariados en el fallo se eliminara o cambiara; por ejemplo, si se altera el contenido podrá suceder que en lugar de prisión se trate de multa, si se modifica la cualidad en vez de condena se tendrá una declaración o una constitución, y si cambian las restantes circunstancias habrá condena de futuro en lugar de condena simple, retroacción en la sentencia de quiebra en lugar de actualidad o futuridad en la de divorcio, declaración del tribunal colegiado en lugar de declaración del juez monocrático, condena penal indeterminada en lugar de determinada, etc.

La mutación externa acontece cuando el primer acto recibe un impacto de otro que tenga, o distinto imperativo o diferente contenido, o una estructura diversa. Así, cabe que el mandato de una autoridad cambie la orden dada por otra, que el contenido inicial contraste con otro posterior como sucedería si sentenciada la causa en segunda instancia se sometiera

el conflicto a arbitraje, o bien que la esencia se transforme por obra de los mismos sujetos vinculados en el fallo: transacción, novación, o cualquier otro tipo de convenio entre las partes: quita, remisión, etc.

La sentencia de un tribunal, y en general el proveimiento de cualquiera autoridad, como ya lo vieron Redenti y Liebman, recibe un impacto externo en aquellas hipótesis en que la condena encuentra, en el curso de su vida, un acto que declara la incompetencia de la autoridad, como en la negativa a ejecutar la sentencia extranjera. Así como en las resoluciones de sentido contrario, por ejemplo la revocación, o en las que provienen de diferente autoridad, haciendo cesar sus efectos: perdón emanado de distinta fuente de heteronomía: el Ejecutivo indulta al condenado por el órgano judicial.

Todo ello ha sido considerado, aunque en forma diferente, por Liebman, de manera que puede decirse que la inmutabilidad interna responde al principio o cláusula **rebus sic stantibus**, en cuanto la cosa juzgada no impide en absoluto que se tengan en cuenta hechos ocurridos con posterioridad a la emanación de la sentencia: por ejemplo, si el deudor paga la suma debida, la condena pierde todo valor, dice Liebman. [1106] Sólo hay que discrepar en cuanto al ejemplo, porque en él no desaparece la cosa juzgada como modalidad del fallo, sino que ésta se reafirma al no poder iniciarse un procedimiento rescisorio, ni otro de pago de lo indebido, etc.

También alude Liebman al cambio exterior, explicando que si el legislador llegara a variar la concreta regulación de la relación, ya sellada por la autoridad de la cosa juzgada, una disposición suya en tal sentido tendría el significado de una implícita abrogación en la medida correspondiente, de la norma que sanciona el principio de la autoridad de la cosa juzgada. Esto es, una ley nueva puede excepcionalmente y con norma expresa, disponer que tiene no sólo eficacia retroctiva, sino también aplicación a las relaciones ya decididas con sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada; pero esto no significaría un grado mayor de retroactividad, sino por el contrario, una parcial abolición de la autoridad de la cosa juzgada con respecto a las sentencias mismas, cuyo mandato, perdiendo el atributo de inmutabilidad, cedería frente a la nueva regulación dispuesta por la ley para las relaciones ya decididas. [1107]

Un ejemplo de este caso se encuentra en el artículo 27, fracción VIII de la Constitución mexicana, al disponer que se declaran nulas todas las diligencias de apeo o deslinde, transacciones, enajenaciones o remates practicados durante el período que señala la fracción anterior, por compañías, jueces u otras autoridades de los Estados o de la Federación, con los cuales se hayan invadido u ocupado ilegalmente tierras, aguas y montes de los eji-

1106 Cit., p. 43.
1107 Op. cit., p. 72.

dos, terrenos de común repartimiento o de cualquiera otra clase, pertenecientes a núcleos de población. Así se puede admitir lo expresado por Liebman, al decir que el instituto de la cosa juzgada pertenece al derecho público y propiamente al constitucional.[1108]

f) Si se parte de la premisa de que la mutabilidad es la regla normal y la inmutabilidad el caso particular, la problemática suscitada por la doctrina encuentra otras soluciones.

La sentencia, acto unitario por su modalidad es legalmente inmutable, por su cualidad puede ser condenatoria, constitutiva o declarativa, y por su estructura es un acto heterónomo. Como quiere Liebman, en cuanto acto complejo, a más de unitario, suficiente para producir cuantos efectos se conocen respecto a las cosas y a los sujetos: límites objetivos y subjetivos, sus efectos pueden no llegar a realizarse si muda el pronunciamiento, de manera que el instituto denominado cosa juzgada, tiende a prohibir un nuevo juzgamiento sobre lo decidido **rebus sic stantibus.**

De otra manera dicho, aun con la cosa juzgada, la sentencia puede mudar, tanto si cambian sus circunstancias internas, cuanto si sufre un impacto externo, como el constitucionalmente anotado. La inmutabilidad será, más que cualidad otorgada por la ley, una modalidad que ella establece: no se volverá a juzgar sobre el mismo caso mientras duren las circunstancias que permitieron sentenciarlo en ese sentido.

Liebman encuentra que hay posibilidad de cambio cuando se trata de sentencias dispositivas que se refieren a una relación continuativa y cuyos elementos sean, por su naturaleza, variables; pero entonces es igualmente cierto, dice, que también respecto de ellas, la cosa juzgada se forma lo mismo que en cuanto a las otras sentencias y vale mientras permanecen sin variación las condiciones de la relación, siendo posible un cambio sólo cuando y en la medida en que cambien las circunstancias que han determinado la decisión.[1109]

Pero es interesante advertir que la inmutabilidad no se limita a las sentencias y se extiende a los actos administrativos, a los legislativos y aun a los privados conforme al principio **pacta sunt servanda.** Según Merkl la autoridad jurídica consistiría, respecto de todas las decisiones correspondientes a las diversas funciones del Estado, en su inmutabilidad, es decir, en la imposibilidad de destruirlas o reemplazarlas por otras. Tal autoridad estaría ligada a la noción misma de norma, general o individual, pues el concepto de norma implica, en principio, la perpetuidad. Así, para que cualquiera prescripción pudiera revocarse o modificarse, se necesitaría que la ley organizara especialmente una competencia con la mira de

1108 Op. cit., p. 72.
1109 Op. cit., p. 43.

esta revocación o modificación. Para el autor de un acto, sea cual fuere, no existiría el poder de reconsiderarlo sino en virtud de una disposición de la ley positiva.[1110]

Pero debe insistirse en que lo discutido no es si la norma tiene o no carácter imperativo, pues si así no fuera dejaría de ser norma. Lo investigado es la posibilidad legal de mudarla. El acto privado o el público, la norma particular o la general, todos son susceptibles de cambio. No es posible confundir imperatividad con inmutabilidad, porque se iría contra la realidad misma. Para que el imperativo no cambie, es preciso una norma que le haga inmutable. Así se mira respecto a la propia legislación, desde que la Constitución establece que en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.[1111]

En concordancia con lo anterior, el código civil establece que la ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.[1112] Además, contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.[1113] De manera que la validez y el cumplimiento de los contratos no se pueden dejar al arbitrio de uno de los contratantes,[1114] y las disposiciones legales sobre contratos son aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposición especial de la ley sobre los mismos.[1115]

Es, pues, menester la existencia de normas públicas, aun constitucionales, para determinar la inmutabilidad. Lo contrario es el principio normal: la normatividad es mudable por naturaleza social, en cuanto responde a las circunstancias y de ahí que la imperatividad se restrinja a lo circunstancial: **rebus sic stantibus.**

Para que la sentencia alcance la condición de inmutable, es preciso que venga una disposición legal a determinarlo, señalando las circunstancias en que opere este principio, como lo hace el artículo 422 del código procesal civil distrital mexicano, al señalar que para la presunción de cosa juzgada es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, deben concurrir identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

1110 Pedro Lampué, *La noción de acto jurisdiccional*, Trad. Jesús Toral Moreno, México 1947, pp. 84-5.

1111 Art. 72, inciso F.

1112 Art. 9º.

1113 Art. 10.

1114 Art. 1797.

1115 Art. 1859.

g) No todos los códigos determinan ese significado de la cosa juzgada. Por ejemplo, el federal de procedimientos civiles mexicano, en su artículo 354 dice que la cosa juzgada es la verdad legal, y que contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo los casos expresamente determinados por la ley; y el artículo 355 añade que hay cosa juzgada cuando la sentencia ha causado ejecutoria.

Es por esta razón que se ha venido indicando que las palabras cosa juzgada son equívocas, ya que no se sabe en cierto momento, si se habla del contenido del fallo o de su inmutabilidad. Tal vez fuera preferible, como parece haberlo hecho Hipólito J. Paz,[1116] emplear términos nuevos que no den lugar a la confusión. De esta manera, el que una sentencia decida o no sobre el objeto del proceso llevará al caso juzgado. Y si el pronunciamiento, como cualquiera resolución administrativa o judicial, resulta inmodificable por medio de nueva sentencia, se tendrá la inimpugnabilidad, su carácter autoritario.

En apoyo a este criterio, el mismo Paz ha dicho que las palabras cosa juzgada se emplean, a veces para referirse al pleito juzgado, otras a lo que es un efecto de la decisión judicial, cuando no se la confunde con la autoridad que emana de ella o se la identifica con la presunción de verdad anexa a toda sentencia.[1117] Con base en estas apreciaciones, la cosa juzgada es la que bajo ciertas y determinadas condiciones protege para lo porvenir al caso juzgado y asegura su autoridad, es su modo autoritario inimpugnable.

En cambio, el caso juzgado sería lo resuelto por la sentencia.[1118] Significaría el contenido que la sentencia constituye, condena o declara.

Lo que hasta ahora se ha llamado cosa juzgada con el añadido de formal, es para Hipólito J. Paz un dato contingente que puede no presentarse en ciertas legislaciones o en determinados juicios; lo que la sentencia tutela realmente es el caso juzgado, lo resuelto y que por hipótesis implica también el problema llevado al juez: la **res in iuditio deductae**.

Con la terminología tradicional, lejos de aclarar el problema, se ha tornado confuso, porque se ha venido diciendo que la cosa juzgada en sentido amplio es la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales; que esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación de lo dicho y hecho en el proceso; que éste, en virtud de la cosa juzgada se hace inatacable, y que la cosa juzgada no quiere decir

1116 *Efectos del caso juzgado civil sobre la acción penal en el derecho positivo argentino*, Bs. As. 1947.

1117 Op. cit., p. 15.

1118 Id. p. 16, aunque el autor habla de sentencia firme y con ello vuelve a crear el problema superado.

g) No todos los códigos determinan ese significado de la cosa juzgada. Por ejemplo, el federal de procedimientos civiles mexicano, en su artículo 354 dice que la cosa juzgada es la verdad legal, y que contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo los casos expresamente determinados por la ley; y el artículo 355 añade que hay cosa juzgada cuando la sentencia ha causado ejecutoria.

Es por esta razón que se ha venido indicando que las palabras cosa juzgada son equívocas, ya que no se sabe en cierto momento, si se habla del contenido del fallo o de su inmutabilidad. Tal vez fuera preferible, como parece haberlo hecho Hipólito J. Paz,[1116] emplear términos nuevos que no den lugar a la confusión. De esta manera, el que una sentencia decida o no sobre el objeto del proceso llevará al caso juzgado. Y si el pronunciamiento, como cualquiera resolución administrativa o judicial, resulta inmodificable por medio de nueva sentencia, se tendrá la inimpugnabilidad, su carácter autoritario.

En apoyo a este criterio, el mismo Paz ha dicho que las palabras cosa juzgada se emplean, a veces para referirse al pleito juzgado, otras a lo que es un efecto de la decisión judicial, cuando no se la confunde con la autoridad que emana de ella o se la identifica con la presunción de verdad anexa a toda sentencia.[1117] Con base en estas apreciaciones, la cosa juzgada es la que bajo ciertas y determinadas condiciones protege para lo porvenir al caso juzgado y asegura su autoridad, es su modo autoritario inimpugnable.

En cambio, el caso juzgado sería lo resuelto por la sentencia.[1118] Significaría el contenido que la sentencia constituye, condena o declara.

Lo que hasta ahora se ha llamado cosa juzgada con el añadido de formal, es para Hipólito J. Paz un dato contingente que puede no presentarse en ciertas legislaciones o en determinados juicios; lo que la sentencia tutela realmente es el caso juzgado, lo resuelto y que por hipótesis implica también el problema llevado al juez: la **res in iuditio deductae.**

Con la terminología tradicional, lejos de aclarar el problema, se ha tornado confuso, porque se ha venido diciendo que la cosa juzgada en sentido amplio es la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales; que esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación de lo dicho y hecho en el proceso; que éste, en virtud de la cosa juzgada se hace inatacable, y que la cosa juzgada no quiere decir

1116 *Efectos del caso juzgado civil sobre la acción penal en el derecho positivo argentino*, Bs. As. 1947.

1117 Op. cit., p. 15.

1118 Id. p. 16, aunque el autor habla de sentencia firme y con ello vuelve a crear el problema superado.

en sustancia, sino inatacabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido;[1119] pero en seguida se habla de una distinción entre cosa juzgada formal y material.

De la primera se dice que es la fuerza del fallo que impide su ataque o discutibilidad, y de la segunda que es su efecto de firmeza o inmodificabilidad. En resumen, la distinción es incomprensible, y Guasp se ve forzado a decir que la naturaleza de la cosa juzgada formal es la misma que la de todo el instituto de la cosa juzgada;[1120] añadiendo más adelante que la cosa juzgada es, en general, el efecto que produce una decisión procesal al ser indiscutible e inatacable después de emitida. Cosa juzgada material sería la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de la apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esa autoridad.[1121]

Si la cosa juzgada es una, debiera ser única, ya se considerara la fuerza o efecto del fallo. Lo que realmente se busca al separar lo material de lo formal, es distinguir entre el caso y la inimpugnabilidad, de manera que parece preferible hablar de dos conceptos inconfundibles: del contenido del fallo o caso juzgado, y de la irreformabilidad del acto.

Así es que viene a quedar esclarecida la problemática en todas sus dimensiones; contenido: el caso juzgado; límites de la sentencia: los pertenecientes al contenido; efectos: cumplimiento; consecuencias: responsabilidad por el incumplimiento; y modo: inimpugnabilidad en su caso.

Con estas explicaciones se toma conocimiento, además, de la posibilidad de desunir dos fenómenos que pueden no presentarse simultáneamente. Así, en algunos casos no hay caso juzgado, como sucede en el sobreseimiento o absolución de la instancia, en cambio, es posible que la resolución devenga inimpugnable por haberse agotado todos los estadios procedimentales, o por haber decaído el derecho para tramitarlos, por haberse iniciado y haber desistido el impugnante, etc.

Desde otro punto de vista, es posible que haya caso juzgado sin la modalidad de su autoridad inimpugnable, como sucede cuando las sentencias resuelven el fondo pero son susceptibles de recursos. Al disociar el modo de su autoridad y el contenido, se hace posible analizar los efectos del mandato sobre el caso juzgado, o dicho de otra manera, los efectos de la resolución: su cumplimiento provisional, su posible revocación, la suspensión sujeta a garantía, etc. Como todo esto en nada ejerce influencia sobre la autoridad de la resolución que, por su modalidad legalmente es-

1119 Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, Madrid 1956, p. 588.
1120 P. 590.
1121 Cit., p. 594.

tablecida puede estar sujeta a impugnación o no, se concluye que es posible que las sentencias produzcan efectos y hasta consecuencias, sin tener un modo de autoridad inimpugnable.

En resumen, es necesario ya introducir un cambio terminológico indispensable. Hay que hablar en lo sucesivo de: caso juzgado para el contenido de la resolución judicial; y del modo de autoridad del pronunciamiento para referirse a su posible inimpugnabilidad. Ciertas resoluciones no contienen caso juzgado ni el modo inatacable de su autoridad, otras llevan el primer contenido pero no el modo, y unas más vienen sin el juzgamiento del caso pero con modo de inimpugnabilidad. Es por todas estas razones que el estudio del caso juzgado se ha hecho en esta parte del estudio y no después de los recursos, pues la confusión doctrinaria y legal exigía primero la aclaración de cuestiones y luego su ubicación adecuada.

204 Los límites del caso juzgado.

No puede preguntase en qué parte de la sentencia se encuentra el modo de ser inimpugnable, porque siendo un dato extraño a la decisión como tal, lo que debe inquirirse es si en un ordenamiento dado se prevé o no la impugnabilidad, hasta en qué momento y en qué circunstancias.

Pero a esta solución no podría llegarse siguiendo los lineamientos de la doctrina clásica. Para M. F. C. de Savigny [1122] es una tesis muy antigua y sostenida en gran número de autores que la autoridad de la cosa juzgada pertenece a la sentencia solamente y no a sus motivos; doctrina que se resume en estos términos: la autoridad de la cosa juzgada no existe más que para la parte dispositiva de la sentencia.

Esta expresión, comenta Savigny, indica que la ficción de verdad no alcanza a los motivos de la sentencia y se refiere directamente al porvenir. Al despojar a los motivos de la autoridad de la cosa juzgada, no existe recurso jurídico para atacarlos y el superior no tiene que conocer de ellos: el contenido de la sentencia investido de la autoridad de la cosa juzgada es el único que se puede y debe apelar ante un juez superior.

El principio fue discutido por el propio autor, advirtiendo que en él se encuentran confundidas dos acepciones diferentes, cuyo verdadero sentido puede referirse a otras dos cuestiones: cuando el pensamiento completo del juez abraza la relación lógica del motivo y consecuencia, ¿debe también atribuirse a este motivo la autoridad de la cosa juzgada, o atribuirlo exclusivamente a la decisión basada sobre este motivo? Y segunda: desde hace siglos muchos tribunales acostumbran unir a cada uno de sus decretos su justificación explícita, llamada unas veces motivos de la sen-

1122 *Sistema del derecho romano actual*, Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid s/f, Tit. V, pp. 223 y ss.

tencia, y otras razones de dudar y de decidir; trátase de saber si la autoridad de la cosa juzgada pertenece solamente a una de ellas, la dispositiva, o bien a ambas; en otros términos, ¿tienen autoridad de cosa juzgada los motivos de la sentencia?

Para Savigny eran dos cuestiones diversas y la palabra motivos responde en cada una a cuestiones particulares. La primera se refiere a la esencia de las cosas y puede ser planteada siempre. La segunda se refiere a la forma y está subordinada a una redacción especial de las sentencias, redacción cuyo uso no está generalmente adoptado. La segunda sólo tiene valor e importancia cuando, aun sin saberlo, se encuentra en juego la primera: el pensamiento real del juez.

A fin de resolver estos extremos, Savigny se coloca ante las hipótesis en que las sentencias dijeran solamente: se condena al demandado a entregar al demandante una cosa determinada o a pagarle cierta suma; y el demandado queda absuelto de la demanda formulada contra él. En ninguna de ellas habría vestigio de motivos. Pero si debe reconocerse la autoridad de la cosa juzgada, es igualmente inaplicable e inadmisible semejante abstracción. Y Savigny procede a la demostración partiendo de los efectos para lo futuro de la autoridad de la cosa juzgada, y la naturaleza del litigio y la misión del juez.

Por autoridad entiende el efecto de hacer considerar como verdadero el contenido de una sentencia siempre que se presente la misma cuestión ante un tribunal: siempre que haya identidad en lo juzgado y por juzgar.

En las abstracciones presentadas no es posible encontrar la identidad que sirve de base para la aplicación de la autoridad de la cosa juzgada, porque las circunstancias de todo fallo son muy complejas y, así, en una reivindicación habría que considerar: i) la propiedad del demandante, ii) la posesión del demandado, quien puede oponer varias defensas: a) una transacción sobre el litigio, b) un contrato relativo a la cosa litigiosa, como el de arrendamiento, y c) la **exceptio hypothecaria.** Lo mismo acontecería en una petición de herencia, donde podrían oponerse: i) la prescripción, y ii) la transacción. Y en todas las pretensiones personales caben la compensación y la defensa de pago.

La condena en todos estos casos no se hace sino cuando el juez se convence de que existen todas las circunstancias del derecho sustantivo y que son infundadas todas las defensas del demandado, bastando para la absolución el reconocimiento de la ausencia de una sola circunstancia de la pretensión del actor o la validez de una sola de las defensas. La fórmula abstracta de la absolución no enseña, pues, cuál ha sido el pensamiento del juez, de manera que no se sabría si no hay propiedad, si no hay justificación para pretender la reivindicación habiendo propiedad, si hay una transacción, un derecho de prenda, etc.

Resulta imposible, afirma Savigny, oponer a una demanda análoga la autoridad de la cosa juzgada, en tanto sólo se sepa que ha sido rechazada la primera demanda. Toda negativa pronunciada por el juez está investida de la autoridad de la cosa juzgada; pero ante todo es necesario saber sobre qué versa dicha negativa. Se debe estudiar la significación de la sentencia como único medio de aplicar con certidumbre la autoridad de la cosa juzgada.

Y al mismo resultado creyó llegar tomando como punto de partida la naturaleza del litigio y la misión del juez que es la de fijar la relación de derecho litigiosa tan pronto como se lo permita la instrucción del negocio y asegurar la eficacia de su decisión. Pero el derecho reconocido por la sentencia no debe ser protegido solamente contra la violación actual, debe estar también garantizado contra todo ataque ulterior por la autoridad de la cosa juzgada. Esta garantía se consigue fijando los **elementos** de la decisión, por cuyo medio la autoridad de la cosa juzgada protege esta decisión contra todo ulterior ataque. Esta autoridad pertenece a todo lo que el juez quiere decidir, cuya latitud queda abandonada a su apreciación, ya que a veces se decide sobre las defensas antes de entrar al estudio de la demanda, como si el demandado alega no estar en posesión del bien reivindicado, de manera que el juez rechazará la demanda declarando que el demandado no posee, sin hacer pronunciamiento alguno sobre la propiedad del demandante. [1123]

a) Convertida la terminología de Savigny a la propuesta en el número anterior, parece más fácil entender que el problema que se plantea no es ni de autoridad ni de cosa juzgada, sino de los alcances o límites del caso juzgado. Y la pregunta que sensatamente se hace es de si lo juzgado está constituido por los puntos resolutivos o hay que incluir los motivos que Savigny llama elementos, expresión que, lejos de evitar las confusiones como él quería, las suscita.

De todas maneras, está en lo cierto al insistir en que lo juzgado alcanza la justificación expresa, y el ejemplo que pone es también determinante, cuando señala que por lo general las sentencias dicen: se condena a tal persona a devolver a esta otra los cien escudos que le prestó. [1124] Y no importa que la jurisprudencia, en particular la mexicana se haya inclinado en el sentido contrario, limitando el alcance de lo juzgado a la definición de los puntos resolutivos, [1125] porque lo que esta tesis tuvo enfrente fue una sentencia concreta como dijera Savigny y no una resolución

1123 Cit., p. 229.

1124 Op. cit., p. 225, nota A.

1125 Cfr. *Semanario judicial de la federación*, T. CXVI, p. 285.

abstracta como las que ejemplificara. Además, debe recordarse que para este autor, lo que no pertenecía al caso juzgado, eran esos motivos subjetivos. [1126]

Recuerda J. Ramón Palacios [1127] que en la primera época del derecho romano, la sentencia estaba desprovista de la motivación, la cual se introduce en el procedimiento extraordinario; que en el Medioevo no se conocía tampoco la dicha motivación y que no fue sino Raoul Spifana, bajo Enrique II, el primero en alzar la voz contra esta desafortunada manera de juzgar a modo de oráculo, y que a él se unió más tarde Bacon. Pero los legisladores no pararon mientes en ello hasta 1790, en que se convierte en obligatoria en Francia, aunque hubo algún antecedente en el código napolitano de 1774.

Ante este fenómeno histórico, la discusión en torno al alcance de lo juzgado se hizo importante y dividió a la doctrina. Frente a la tesis de Savigny, y luego de recordar las tres identidades tradicionales de: i) la cosa demandada, ii) la causa, y iii) las partes con sus mismas cualidades, Chiovenda [1128] sostiene que lo que determina los límites y objetivo del juzgamiento es la demanda de fondo de la parte actora. Pero esta exclusión de los motivos de la sentencia no debe entenderse, agrega, [1129] en sentido formalista, que pase como juzgado sólo lo que ha sido escrito en la parte dispositiva. Al contrario, para determinar el alcance es necesario remontarse a los motivos para poder identificar la pretensión con la busca de la **causa petendi.** Además, los motivos pueden tener importancia en varios casos, como cuando la ley dispone que se investiguen las razones por las cuales se ha decidido, para ver si la sentencia debe afectar o no a personas distintas de las partes en el pleito: el caso del vendedor no llamado en juicio por el comprador.

A pesar de la discrepancia aparente, en Chiovenda hay una cierta coincidencia con Savigny, porque éste ya excluía, como lo hizo también el primero, los razonamientos que en la mente del juez constituyeron los motivos de la sentencia. En los dos autores se admite que la esencia del juzgamiento está en que no se admite que el juez, en un proceso futuro, pueda de cualquiera manera desconocer o disminuir el bien reconocido en la sentencia precedente.

Sentado esto, Chiovenda admite como lícita una nueva decisión sobre las cuestiones prejudiciales decididas en el proceso precedente, y que no formaron objeto de una decisión sustantiva, sino que fueron sólo resueltas con el fin de pronunciarlas sobre la demanda del actor. Con mayor razón,

1126 Cit., p. 230.
1127 *La cosa juzgada*, Puebla 1953, p. 62, nota 15.
1128 *Principios*, T. II, pp. 470 y ss.
1129 Cit., p. 474.

explica,[1130] el juez no está obligado a considerar verdaderos los hechos tenidos como base de la precedente sentencia, ni las calificaciones jurídicas a ellos reconocidas, por ejemplo, que una relación es comercial o civil. Las cuestiones y las nuevas decisiones acerca de estos puntos sólo están excluidas en tanto en cuanto tuviesen por resultado disminuir de cualquiera manera el bien reconocido. Una cuestión prejudicial puede haber sido objeto de declaración incidental en el proceso precedente; y en este caso se forma también la **cosa juzgada** respecto a ella; pero entonces la demanda de declaración incidental ha dado lugar a un proceso sustantivo autónomo, conexo con el principal.

Si bien se mira, no hay la tajante separación de criterios, pues Chiovenda está analizando la complejidad del acto llamado sentencia, que se limita a juzgar el caso de la demanda. Lo que sí resulta inaceptable es que sea sólo la demanda la constituyente del caso, y esto había sido destacado por Savigny.[1131]

También Carnelutti habla de lo juzgado,[1132] para advertir que el juicio en que se resuelve el proceso, constituye la solución de las cuestiones que en él se presentan, que pueden ser de orden o de fondo. Por ello distingue la hipótesis en que el proceso culmine con un puro juicio de orden, de aquel en que se produzca un juicio de fondo, y sólo a éste le confiere calidad de buen fin del proceso.

Si con el proceso se obtiene el juzgamiento del fondo, se dice que la **res** ha sido juzgada, entendiendo por **res** la realidad sobre la que opera el proceso. Pero las cuestiones de fondo juzgadas no sólo son las expresamente resueltas, sino también aquellas cuya solución sea una premisa necesaria para solución de las primeras, y que, por tanto, se resuelven implícitamente: el llamado fallo implícito. Como las cuestiones de orden no atañen al conflicto, su solución nunca constituye lo juzgado. Y es **iudicata** la **res**, cuando el juez ha formulado el juicio de fondo, tanto en sede contenciosa como en voluntaria, tanto en sede definitiva como en sede cautelar.

Pero ya antes,[1133] Carnelutti había explicado que las cuestiones resueltas por el fallo es un extremo que se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de su solución: parte dispositiva. Cuando el juez declara la validez de un testamento o de un contrato, se entiende que ha resuelto todas las cuestiones de cuya solución pueda derivar la nulidad de los mismos. De ahí que se diga que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva, máxima que ha de tomarse

1130 Cit., p. 473.

1131 Cit., pp. 230 y ss.

1132 *Instituciones del proceso civil*, Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1959, T. I, pp 136 y ss.

1133 *Sistema*, T. I, pp. 318 y ss.

con gran cautela, precisamente porque lo que haya formado la materia de la sentencia, no se puede deducir, por vía de interpretación, sino de la sentencia entera y especialmente de su parte motiva o motivación, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, o en cambio, porque otras que no aparezcan comprendidas en ésta, resulten en realidad consideradas también.

b) El tema de los límites objetivos y subjetivos del caso juzgado es de la mayor importancia doctrinaria, y ha tenido en la práctica resultados trascendentales, al menos para México, como lo muestra el ejemplo del arbitraje internacional sobre el llamado **Fondo piadoso de las Californias.** [1134]

Como ocurre siempre o casi siempre, en este género de disputas, dice Gómez Robledo, [1135] una y otra parte rendían por igual pleitesía al principio en abstracto, pero discrepaban en su aplicación concreta. Tanto los países del **common law,** cuanto los de derecho continental europeo han aceptado la doctrina de las tres identidades: la **exceptio rei iudicatae** sólo puede oponerse cuando la nueva cuestión que se suscita sea, con respecto a la antigua, **eadem quaestio, in eodem negotio et inter easdem personaes.**

Nada podía ser más claro, ni tampoco más oscuro, dice el autor, como quiera que no es tan fácil identificar en la realidad concreta y con evidencia apodíctica, el correlato intuitivo de términos tales como **cosa, causa y personas.** En el ejemplo, en lo único en que no hubo discusión fue en cuanto a lo último, porque obviamente, eran los mismos gobiernos las partes litigantes en el primero y en el segundo arbitrajes. La pregunta que se hizo fue, ¿qué era exactamente lo juzgado por el árbitro anterior, cuál era el objeto de la sustancia? México se apegó a la formalidad de la **cosa juzgada** y los Estados Unidos a su sustancialidad.

Para Ignacio Mariscal, la inmutabilidad de una sentencia y su fuerza de **cosa juzgada** pertenecen solamente a su conclusión, esto es, a la parte que pronuncia absolución o bien condena. Si lo anterior es cierto respecto de sentencia de jueces investidos de autoridad pública, mucho más lo es respecto a decisiones pronunciadas por árbitros que no tienen verdadera **jurisdicción,** ni más facultades que las que les concede el compromiso; de manera que todo lo relativo a la excepción y acción **rei iudicatae,** es de estricta interpretación, sobre todo al aplicarse a sentencias arbitrales, terminaba Mariscal. [1136]

1134 Antonio Gómez Robledo, *México y el arbitraje internacional,* México 1965, pp. 3 y ss.

1135 Cit., p. 77.

1136 Cit., p. 79.

La parte contraria sostuvo que, fuera lo que fuese lo que en definitiva hubiera de entenderse por **cosa juzgada,** ninguna distinción, en lo tocante a su obligatoriedad y alcance, debía establecerse entre la justicia doméstica y la internacional, toda vez que por el compromiso arbitral se constituía en un tribunal **ad hoc** la **jurisdicción** tan entera y plena del negocio, como la que en cada país tienen los tribunales ordinarios. Este argumento parece haber sido aceptado por Mariscal, desde que no volvió a insistir sobre el punto.

Lo interesante en esta contienda es el que los Estados Unidos opusieran a la interpretación formalista y restrictiva, el argumento de que provenía de la costumbre imperante en los países de tradición romanista, sobre todo en Francia, de dividir ordenadamente la sentencia judicial en resultandos, considerandos y decisión final, separando así nítidamente los hechos, el derecho y el acto volitivo del juez; pero en los países anglosajones, agregaban, no pasa así, sino que todo ello: hechos, derecho y decisión, anda más bien indiscriminadamente en el pronunciamiento judicial. Y **prueba** de ello era que el árbitro del primer laudo, desde el primer párrafo dijo que iba a expresar en lo que seguía, las conclusiones a que había llegado, una de las cuales fue el cómputo de la parte del interés anual que debía pagar México, lo que venía en el cuerpo de la sentencia; y si el árbitro no había condenado sino a veintiún anualidades, a que se extendía en lo temporal la competencia de la Comisión Mixta de Reclamaciones, aquella conclusión, aquel **debe** de carácter intemporal o, como dice Robledo, omnitemporal, era en todo equivalente al dispositivo de las sentencias en los países latinos y debía conceptuarse de todo en todo y por la misma similitud, como **cosa juzgada.**

Para la jurisprudencia inglesa y la norteamericana, se añadió, el principio de la **res iudicata** se aplica no sólo a la cosa directamente adjudicada, sino a todas las otras cuestiones necesariamente incluidas en ella. Pero se admitió que ni en el régimen inglés ni en el norteamericano, el razonamiento del juez es **res iudicata,** si bien se añadió que hay una gran distinción entre el razonamiento del juez y su determinación sobre puntos que necesariamente, orgánicamente, están implicados en la sentencia. México, se dijo, confundía dos máximas de contenido tan diverso como la de **res iudicata** y **stare decisis.** La última no postula sino el respeto que en principio debe tenerse por los precedentes judiciales en lo que contengan de interpretación general de la ley; pero nada impide que los tribunales supremos puedan variarla cuando estimen que hasta entonces han estado en el error. Los casos anteriores quedan entonces vencidos o superados: **overruled** por la nueva decisión; y por esto se dice que la norma **stare decisis** es compatible con los **overruled cases.** La **res iudicata,** por el con-

trario es absolutamente invariable, dondequiera y para siempre, concluyente con respecto a las mismas cuestiones entre las mismas partes y sus causahabientes. No hay casos vencidos en el derecho de la **res iudicata.**

Fuera de esta explicación marginal, los abogados de los Estados Unidos tendían a investir del mismo carácter de caso juzgado a los puntos resolutivos y a otros que no fueran consideraciones generales sobre la ley o las **razones** que el juez pueda tener para su decisión. Para determinar con precisión cuáles eran esos otros elementos, se apoyaron en la tesis de Federico Carlos de Savigny que, casualmente, fue el autor que advirtió que la institución no era de derecho natural sino de derecho positivo, tesis que ya ha quedado comentada antes, y contra la cual, México opuso la de Gastón Griolet, [1137] quien no llegó a expresar que la **cosa juzgada** haya de encerrarse exclusivamente en la parte resolutiva, sino que se extiende a la declaración del derecho de las partes. [1138] Lo único en que Griolet se apartaba de Savigny era en estimar que no todas las relaciones de derecho afirmadas o negadas en la sentencia tienen autoridad de **cosa juzgada,** sino sólo las que han sido discutidas o de que depende la parte resolutiva, aserción no muy diferente en verdad a lo sostenido por Savigny; y además, en cuanto Griolet entendía que apenas la relación de derecho puramente como tal, y no los hechos en que se apoya, podrían estimarse como **cosa juzgada;** pero aquí, dice Robledo [1139] es dudoso por lo menos si Savigny habría sostenido en general otra cosa, toda vez que él también habla de **relaciones de derecho** tan sólo. Apenas podría haberse invocado a Griolet por ser quien ubica en Pothier la tesis restrictiva de la **cosa juzgada.**

c) No importa aquí ni el resultado de ese conflicto histórico, [1140] ni su examen crítico, lo que merece atención es el hecho de que el tema de los límites del caso juzgado puede llegar a revestir la mayor importancia para un país y no ya para los individuos aislados.

Además, y esto sí constituye un dato que debe retenerse como algo definitivamente aceptado, es en estas situaciones conflictivas concretas, que se ha venido depurando la que Gómez Robledo llama tesis sustancialista, para distinguirla de la formalista procedente de Pothier y cristalizada en el artículo 1351 del código civil francés, el cual no ha sido respetado puntual y literalmente por la jurisprudencia francesa, al decir del citado Griolet, quien explicaba que una relación de derecho puede tener nume-

1137 *De L'autorité de la chose jugée,* París 1867, obra que, dice Robledo, alcanzó cierta boga en su tiempo, ganando medalla de oro en el concurso abierto sobre el tema por Facultad de Derecho de la Universidad de París.

1138 Cit., p. 86.

1139 Cit., p. 88.

1140 Que por lo demás, puede conocerse en toda su amplitud en la obra de Gómez Robledo, de interés histórico y doctrinario por la confrontación que se ve precisado a hacer de la tesis invocadas en 1902 y las modernas de Jofré, Chiovenda, Carnelutti, Migliore, Rocco y Abitia Arzapalo, Cfr. Op. Cit., pp. 96-101.

rosas consecuencias y ser objeto de sanciones diversas. Por más que en una sentencia no se haya invocado sino una sola de estas consecuencias o que no se haya perseguido sino una sola de estas sanciones, la declaración emitida por el juez se vincula al derecho mismo, de tal manera que sería oponible si se invocara más tarde otra consecuencia de derecho, o se persiguiera alguna otra de las sanciones que este derecho puede recibir. Esta conclusión es conforme a las decisiones de la jurisprudencia y de los autores. Sin abandonar esta teoría, se reconoce que el juez que conoce de la reivindicación a título hereditario, se pronuncia sobre el derecho hereditario; que el juez que admite un hijo a la sucesión de su padre lo declara hijo legítimo; que el juez que no condena sino al pago de un cuarto de la deuda, o a los intereses del capital, afirma, en el primer caso, toda la deuda, y en el segundo, la deuda del capital. Está, por tanto, bien admitido en el derecho francés que la declaración de la sentencia recae sobre el derecho controvertido por entero, y no solamente sobre el derecho controvertido realmente a la condena que se demandó. [1141]

Lo que aún no puede calificarse de comprensible, es el criterio jurisprudencial mexicano,[1142] primero porque suele expresarse en resoluciones de amparo que, por disposición de la ley se limitan a **controlar** el acto sin efectuar generalizaciones, lo que debe entenderse como intrascendencia de las **ejecutorias** de amparo; segundo porque sin acudir a la doctrina más autorizada, resulta que para México ha sido funesta la tesis restrictiva, según se confirma con el caso histórico mencionado; y tercero porque la misma doctrina mexicana se ha inclinado por la tesis sustantivista.

En efecto, José Alfonso Abitia Arzapalo [1143] cita una jurisprudencia mexicana en el sentido de que la materia de la sentencia ha de deducirse en toda ella, especialmente de los decisorios en relación con su motivación; de la cual lo mismo puede resultar una restricción de los términos de los resolutivos que una ampliación, bien porque aparezca que algunos puntos no han sido resueltos ni expresa ni tácitamente, no obstante la amplitud de los decisorios, o porque a pesar de que los resolutivos sean omisos en algún aspecto, su definición cabal aparezca del conjunto de la sentencia.

1141 Gómez Robledo. Cit., p. 90.

1142 Semanario Judicial, Tit. XXXV, p. 1154: *Para que exista la cosa juzgada, es de todo punto indispensable que exista identidad de objeto, de causa y de partes, el alcance exacto de la cosa juzgada lo definen los puntos resolutivos de la sentencia y no las razones en que esa misma sentencia se haya apoyado.* Todo lo más se llegó a decir que *Si los puntos resolutivos no son terminantes y precisos, y por ello se crea la duda acerca del contenido exacto o de los límites de lo resuelto, se advierte la conveniencia, y aun la necesidad de aprovechar la parte considerativa, para concretar el sentido y el alcance de la decisión. Sin embargo, cuando, a la inversa, el punto resolutivo es perfectamente preciso en su contenido y en sus alcances, y determina con exactitud el efecto que debe atribuirse a la sentencia, resulta necesario atenerse sólo a lo que en ésta dice, de manera terminante, la parte resolutiva, y no debe recurrirse a los considerandos del fallo, que parecen contradecir el sentido de lo expresamente resuelto . . . ,* Queja 136/64.

1143 *De la cosa juzgada en materia civil,* México 1959, p. 189.

Pero sin negar la existencia de tal criterio jurisprudencial, bueno será tener en cuenta que se trata de una tesis correspondiente al año de 1949,[1144] que ya no fue reproducida ni en 1954,[1145] ni en 1965.[1146] Tal circunstancia no disminuye en nada la afirmación de Abitia Arzapalo, pero para coincidir con ella, debe acudirse a ejecutorias aisladas que aún no forman jurisprudencia,[1147] postura que entraña el riesgo de ser contradicha con otras ejecutorias, igualmente aisladas y parciales como se mira en la queja 136/64 citada antes.

La jurisprudencia puede ser de gran utilidad, pero tiene que recordarse siempre que, al menos la mexicana, camina sobre conflictos individualizados y difícilmente se eleva a los niveles doctrinarios; además, es cambiante por la naturaleza misma de las cuestiones concretas que revisa, y esto le hace perder sistematización, unas veces conscientemente para no entrar en compromisos teóricos, y otras inconscientemente por no estar obligada a dar coherencia a todas sus decisiones.

Lo que más atrae en este problema es el hecho, ya anotado por Rocco,[1148] en el sentido de que si Savigny llegó al extremo de afirmar que los elementos del fallo forman parte de la sentencia, lo cierto es que la doctrina ha estado dividida, prevaleciendo en general, la idea de que

1144 La Nº 50, del Apéndice al Tít. XCVII.

1145 Apéndice al T. CXVII, Nº 305: *No existe cosa juzgada, cuando se está en presencia del ejercicio de derechos aducidos por terceros, que no han litigado, y a quienes, por esta razón, no puede afectarles lo decidido en una sentencia dictada en un juicio en que no han sido partes*, la que, como se ve, habla de los límites subjetivos.

1146 Apéndice de dicho año, cuarta parte, p. 402. Tesis 124 igual a la transcrita antes, pero la 125 dice: *Para que la sentencia ejecutoria dictada en un juicio, surta efectos de cosa juzgada en diverso juicio, es necesario que haya resuelto el mismo fondo sustancial controvertido nuevamente en el juicio donde se opone la excepción perentoria. Para ello es necesario que concurran identidad en las cosas en las causas, en las personas y en las calidades con que éstas intervinieron*, como expresa Gómez Robledo, la explicación es tan clara que resulta oscura, porque lo que es menester determinar consiste en saber si los *elementos* como les llamaba Savigny, de la sentencia, o sean las motivaciones objetivas y también la relación de derecho para Griolet, forman parte del caso juzgado.

1147 Por ejemplo, la aparecida en el T. LXIII de la Quinta Epoca, p. 3038: *La cosa juzgada no es la sentencia misma, sino el hecho sentenciado, por tanto, al reconocer el juzgador del orden común, que no se ha comprobado la excepción de separación justificada de la mujer, y en ello se funda para conceder alimentos, es indudable que este hecho debe tenerse como cierto, por ser verdad legal, cuando se aduzca como fundamento de la demanda de divorcio, en virtud de que tiene la autoridad de cosa juzgada y por lo mismo, la esposa en tal caso, se encuentra en la imposibilidad jurídica de rendir prueba en contrario y el juzgador en igual situación para estimar esta prueba*, Asimismo podría mencionarse la aparecida en el Vol. XXVIII de la Sexta Epoca, Cuarta Parte, p. 139: *Producen cosa juzgada las cuestiones planteadas en la litis aunque no hayan sido resueltas en la sentencia, pues puede discutirse en doctrina si tiene o no derecho el vendedor, que no ha reclamado todo lo que podía, para iniciar una nueva demanda, mas cuando ya se ha reclamado en la litis anterior y ha consentido la sentencia que decidió el punto, es indudable que la autoridad de la cosa juzgada impide que vuelva a plantearse la cuestión.*

1148 Op. cit., pp. 363-5.

la **cosa juzgada** se forma únicamente con respecto a la parte resolutiva, solución que ha sufrido ciertas restricciones, por no poderse prescindir totalmente de los motivos que son la razón justificativa del pronunciamiento.

No puede establecerse una regla absoluta, termina por decir Rocco, sino que es menester observar cada uno de los casos para ver si la decisión contenida en la parte dispositiva, puede abarcar eventualmente los considerandos, por la naturaleza de la relación o por otras razones. Este criterio entre ecléctico y agnóstico se mira también en Eduardo Pallares, [1149] al admitir que el principio general es que la **autoridad de la cosa juzgada** se encuentra en la parte resolutiva, no en los resultandos, pero sí en los considerandos, en el sentido de que la parte resolutiva que tiene en ellos sus fundamentos, debe ser entendida e interpretada de acuerdo con los considerandos, de tal manera que éstos, en cierto modo, participan de la dicha autoridad inherente a la parte del fallo al que dan vida.

He aquí que todo ha venido a reducirse a las atemperaciones, como les llama Abitia Arzapalo. [1150] Probablemente las dificultades han surgido por el hecho de que las relaciones jurídicas no se presentan aisladas en la realidad, sino que vienen ligándose las situaciones estáticas en el tráfico social. Esto, llevado al esquema jurídico, origina supuestos e implicaciones, finalidades y consecuencias. Así, la petición de herencia puede tener el supuesto de la filiación, la reivindicación implicar el título de transmisión de dominio, de la misma manera como la finalidad de adquirir un bien en la compra puede llevar a la consecuencia de la evicción, o la finalidad en la adopción puede conducir al derecho alimentario del adoptante.

Pero si esta interminable secuencia de situaciones estáticas fuerza a meditar sobre los alcances del juzgamiento, no menos importante es el hecho de que las sentencias, debiendo ser congruentes con lo pedido y demostrado, suelen apartarse en más o en menos y se produce una especie de ruptura entre las motivaciones del fallo y los resolutivos. Como este tema tendrá que analizarse después, por ahora sólo se apunta en calidad de posible razón de la problemática, al lado de las implicaciones jurídicas y de la identidad del objeto del proceso.

d) La doctrina del sector latino no ha llegado a más precisiones, como puede confirmarse en la obra de Devis Echandía, [1151] quien también acude al expediente de la casuística, no sólo para precisar la **eadem res**, sino la **eadem causa petendi**, concluyendo que es la causa real y el verdadero objeto de la pretensión lo que configura su naturaleza, y por tanto, el alcance y sentido de la **cosa juzgada.**

1149 *Derecho procesal civil*, México 1961, p. 366.
1150 Op. cit., p. 188.
1151 *Nociones generales de derecho procesal civil*, Cit., pp. 557 a 582.

Pero como los límites de lo juzgado atañen por igual a lo objetivo y a lo subjetivo, y el problema importante está en lo primero, antes de buscar las bases para su mejor solución, conviene dejar estudiado el segundo punto, más sencillo y precisable.

Aquí se expresa llanamente, como lo hace Devis Echandía,[1152] que la sentencia no produce efectos sino entre las mismas partes, considerando no su identidad somática, sino su calidad de partes. Pero con todo siempre es necesario recordar la distinción que se hace entre partes sustanciales y partes procesales. Para Devis el caso se juzga entre los sujetos del proceso o partes en sentido formal, lo que es congruente con su punto de vista sobre la noción de partes; pero como la tesis no sería aplicable al campo penal, ni siquiera considerando al ministerio público como organización y no como el agente que instó, se tendrá que volver sobre lo ya explicado en cuanto a las partes.

Quedó anotado[1153] que es pertinente hablar de partes de la relación sustantiva, de partes del accionar y de partes del pretender procesal. Lo primero que se ocurre pensar es que esos sujetos que pretenden la sentencia son los únicos a los que afecta el fallo, y así por lo menos lo ha apreciado la jurisprudencia mexicana,[1154] al decir que cuando se está en presencia de derechos aducidos por terceros que no han litigado, no puede afectarles lo decidido en una sentencia en que no fueron partes. Pero esta tesis tiene restricciones o atemperaciones como dice Abitia, pues tratándose del estado civil sólo cabe excepcionarse contra la sentencia cuando el tercero alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo.[1155]

Así pues, la inclinación normal es a considerar el principo de identidad de los sujetos en las partes de la pretensión procesal;[1156] sobre todo considerando que la parte de la pretensión procesal puede cambiar de cualidad, como dice la Corte mexicana, aunque refiriendo el término al título del derecho sustantivo, como sería el que se alegara en el nuevo proceso ser propietario, no por el título del anterior, sino por cesión o sucesión, etc.[1157] Pero siempre quedará un punto de duda, si ahondando en el tema

1152 Cit., p. 582.

1153 Supra Nº 159, H.

1154 Tesis 305, Apéndice al T. CXVIII, p. 571, citada antes.

1155 Sexta Epoca, Cuarta parte, Vol. XXXIII, p. 123.

1156 *La apreciación del juez ad quem, en el sentido de que la ejecutoria dictada en otro juicio alcanza a todos los herederos de la sucesión, por considerar que todos fueron oídos por conducto del albacea, es una apreciación equivocada, porque en el caso existe marcada oposición de intereses entre todos los aspirantes a la herencia,* dijo la Corte en el amparo directo 8285/40, Quinta Epoca, Suplemento de 1956, p. 171.

1157 Amparo directo 1679/58, sexta época cuarta parte, Vol. XXII, p. 182.

se advierte que las sentencias, inclusive las de amparo, establecen la verdad legal respecto de las personas que pretendieron la sentencia, pero no respecto de sus causahabientes. [1158]

Esa duda aumenta cuando se recuerda que en el proceso pueden surgir cuestiones de habilidad, [1159] de legitimación, [1160] de sucesión y sustitución, [1161] de litisconsorcio, [1162] de intervención de terceros, [1163] de coadyuvancia [1164] y aun de tercería. [1165] Es fácil decir en términos generales, que los causahabientes a título universal o singular [1166] y los codeudores o coacreedores de obligaciones solidarias o indivisibles de alguna de las partes están obligadas por la sentencia en la misma manera que éstas; [1167] y también que en la hipótesis de contumacia la identidad de la parte habrá que buscarla en el proceso y no fuera de él. [1168] Sin embargo, ya no queda claro el que sean partes en un juicio aquellas personas cuyo litigio propio ha sido objeto de la sentencia y que hayan concurrido personalmente o por representación, con la excepción del caso del sustituto procesal, que obra por tener un interés propio en el litigio ajeno que es objeto del juicio.

Y esto es así, porque ni la palabra representante abarca todos los casos de sustitución, ni basta decir que entonces la parte será el sustituido y no el sustituto. En efecto, a menos de desnaturalizar la idea de representación: estar en un lugar por otro que puede asistir, se creerá que el legitimado es un representante. Este no actúa por quien pueda hacerlo, sino por quien no puede hacerlo. Legitimado es tanto el tutor como quien ejerce la patria potestad, el gerente como el síndico, el albacea como el ministerio público, el secretario del sindicato como el funcionario de la entidad pública demandada. Frente a estos sujetos no tiene comparación el que cada uno de ellos puede, a su vez, ser sustituido en el accionar procaso del mandatario o el del gestor oficioso. Pero además, no debe olvidarse cesal, de manera que el término parte procesal es equívoco, porque tanto cabe que se refiera a quien acciona realmente o a quien pretende procesalmente.

1158 Quinta Epoca, T. XXI, p. 1524.
1159 Supra Nº 160.
1160 Supra Nº 161.
1161 Supra Nº 162.
1162 Supra Nº 170.
1163 Supra 171.
1164 Supra 172.
1165 Supra Nº 173.
1166 Sin embargo, téngase en cuenta la ejecutoria de la Corte últimamente citada para el amparo.
1167 Devis Echandía, cit., p. 582-3.
1168 id., p. 583.

La verdad está en parte con Devis Echandía cuando concluye que lo importante es la identidad jurídica de las partes y no su identidad física. Sin embargo, la última apenas se encuentra en la gente, porque los entes carecen de ella, y en cuanto a la identidad jurídica, el problema consiste precisamente, en determinarla, no en postularla. Hay identidad jurídica en el tutor, pero de nada servirá si afirma que estuvo mal o indebidamente representado, o el pupilo sostiene que la tutela había terminado. En estos supuestos de sustitución en el pretender procesal es que hace crisis la tesis de la identidad, y por ello debe siempre acudirse al concepto de interés, ya que, según se vio antes,[1169] habrá siempre que establecer si el sujeto pudo y no quiso ir al proceso. La sola contumacia, la simple calidad de tercero, de sucesor o sustituto, son insuficientes si no se demuestra la liga entre la sentencia y la situación personal del sujeto.

Haya estado o no en el proceso, como el ofendido que no pretendió la reparación del daño, el caso fue juzgado también para él, si tuvo interés en perseguir la sentencia y no lo hizo sin justificación. Podrá acontecer que en algunos casos, el causahabiente no se vea favorecido con el fallo. Este caso contemplado en la ejecutoria últimamente citada, tiene su explicación en el interés en obrar y no sólo en la subjetividad.

e) Interés jurídico, interés en obrar; esto es lo que viene a dar la pauta para resolver el problema de los límites: objetivos y subjetivos del juzgamiento.

Se recordará que al revisar las modernas teorías sobre el objeto del proceso,[1170] Karl H. Schwab establece que las piedras de toque son: la acumulación de pretensiones, la modificación de la demanda, la litispendencia y el caso juzgado.

Analizados los tres primeros temas, queda por establecer la relación entre el objeto del proceso y el caso juzgado. Nikisch ha sostenido que el objeto litigioso es la afirmación de un derecho planteada por el actor, sobre la que peticiona una resolución susceptible de dar autoridad al caso que se juzga. Rosenberg opinó que dos procesos tienen el mismo objeto cuando se demanda por la declaración de un mismo derecho o de una misma relación, o se presenta la solicitud sobre la base de un mismo suceso.

Sin embargo, Nikisch se contradijo al afirmar que sólo habrá pluralidad de pretensiones procesales, si el actor plantea diversas afirmaciones de derecho y peticiona una resolución susceptible de autoridad del caso juzgado sobre cada una de ellas. Por ello Schwab estima que la unidad o pluralidad de pretensiones procesales es determinada por la unidad o pluralidad de solicitudes presentadas en la demanda: si se trata de una solicitud, aunque el objeto se base en varios sucesos, el estado de cosas no

1169 Supra Nos. 163 y 164.
1170 Supra Nº 156.

será parte del mismo objeto litigioso. [1171] La solución es más difícil cuando se está ante una pluralidad, pues habrá que estudiar si los hechos básicos originan varias solicitudes. Con todo, estos casos de interpretación de la solicitud son raros. [1172]

El problema, en general, reside en la comprobación de la identidad de las pretensiones. La identidad de la solicitud y de la resolución son la base de la identidad del objeto. La sentencia será caso juzgado en la medida que haya resuelto la pretensión; si el objeto es determinado por la solicitud, la resolución deberá recaer sobre esa petición, y por ello el objeto determina necesariamente el contenido de la resolución. Por tanto, si la parte dispositiva contiene el elemento más importante, necesita ser complementada por los resultandos y considerandos. En autoridad de lo juzgado pasa la resolución de todo el caso.

La idea de Schwab es fundamentalmente correcta, en el sentido de que la solicitud actora determina el programa litigioso, por eso es que todo lo que sirva de base para llevar a la resolución pedida, puede y debe ser expuesto en un mismo proceso. Esta petición es la constante dentro de las variaciones que sufre el objeto litigioso. Pero una vez dictado el juzgamiento, el centro de atención estará en la resolución que alcanza autoridad legal terminando con ese caso para siempre.

Esto lleva a la conclusión de que las sentencias son susceptibles de autoridad de lo juzgado, en la medida en que hayan resuelto sobre la pretensión demandada o reconvenida. [1173] Lo único que debe agregarse a esta opinión es que el objeto no se conforma sólo con la pretensión actora o acusadora, sino con la síntesis que surge al invariar contestaciones y defensas. [1174] Esto es así, se indicó ya, porque hay pretensiones procesales que no pueden invariarse con materiales, y porque la sola pretensión actora o acusadora es insuficiente al fin del juzgamiento.

No puede olvidarse que al juez se le presenta, no un problema sino un dilema, formado por el contraste de pretensiones. Es por esto que ha habido tanta oposición a ver en la resolución de **jurisdicción** voluntaria un caso juzgado, [1175] pues aquí hay simplemente el ejercicio del derecho de

1171 op. cit., p. 118.
1172 cit., p. 124.
1173 cit., 185.
1174 Supra Nº 157.
1175 Cfr. Niceto Alcalá Zamora. *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria* Ponencia general presentada al tercer Congreso Internacional de derecho procesal, celebrado de Venencia, sobretiro del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Año XV, Septiembre-Diciembre de 1962, Núm. 45, pp. 589 y ss., donde se resumen las posiciones contradictorias de once ponentes de los siguientes países: Baur, Alemania; Kralik, Austria; Rammos, Grecia; Carreras Lansana, España; Fix Zamudio, México; Gelsi Bidart, Uruguay; Jodlowski, Polonia; Triva, Yugoslavia; Van Reepinghen y Kringa, Bélgica; Gurvich, Unión Soviética; y Vocino, Italia.

petición, con una sola pretensión aunque los sujetos sean varios como en la adopción. Pero en el proceso, el juzgador no podría concluir el dilema con un solo punto de vista si se le ofrecen dos.

La aclaración no desvirtúa la tesis de Schwab, por más que tienda a corregir un aspecto de la mayor importancia, como el que el objeto no se forma, como él quiere, por la petición actora descrita en la solicitud, primero, porque ya él ha visto que puede suscitarse una cuestión de modificación de la demanda, y segundo, porque el juez no puede desentenderse de la respuesta de la contraparte. Hay, entonces, un punto que no ha merecido la debida atención, ¿qué sucede con la parte de la pretensión actora o acusadora no contradicha por el demandado o acusado?

En el régimen alemán, similar en este aspecto al austríaco, los resultandos deben contener, por ley, las solicitudes de las partes, de manera que ofrecen un panorama de la totalidad de las alegaciones de hecho y el estado del conflicto hasta la vista oral. Dentro de esta técnica, que debe calificarse de óptima, hay la manifiesta fijación de la litis, y por ello es que los autores alemanes pueden hablar de la importancia de los resultandos, lo que no sucede en países en que,como en México, tales resultandos son una confusa mezcla de cuestiones de hecho y de derecho.

En estas circunstancias, se entiende por qué explica Schwab [1176] que el fundamento para aplicar el derecho objetivo generalmente es sólo un fragmento de los hechos consignados en los resultandos: solamente el estado de cosas que el tribunal estima relevante, no litigioso o confirmado, unido a las solicitudes de las partes; lo cual constituye la base para la aplicación del derecho material. Sin embargo el verdadero estado de cosas relevante se desprende de los considerandos, porque ellos contienen sobre todo la aplicación del derecho por el tribunal; mientras que los resultandos forman la parte informativa, los considerandos contienen la verdaderamente decisiva. Así, conjuntamente, resultandos y considerandos fundan la parte dispositiva, la fórmula de la sentencia. La resolución dice que la pretensión procesal a base del material contenido en los resultandos, es fundada o no, en virtud de la constatación del estado de cosas relevante y la aplicación del derecho material al mismo.

Pero debe advertirse que los resultandos no omiten las afirmaciones de las partes, aunque se estimen irrelevantes, porque es factible que el tribunal superior sea de opinión distinta al respecto.

En esto hay que ver una congruencia técnica que responde a la concepción científica del proceso, pues la impugnación al superior tendrá como objeto principal esa estimación de los hechos y la consiguiente inexacta aplicación del derecho, mientras que en casación se verá tan sólo el problema de derecho sin volver a los hechos.

1176 cit., p. 194.

Así observada la situación, nada hay que objetar cuando Schwab explica que el contenido de la resolución pasa en autoridad de lo juzgado, porque el caso es el pronunciamiento del tribunal de que el demandado, a base del material procesal consignado en los resultandos y en virtud de la constatación del estado de cosas verídico y relevante y de la aplicación del derecho material, debe pagar al actor, entregar una cosa determinada o rendir cuentas de un negocio. [1177]

La constatación procesal de los hechos se subsume en la norma aplicable y la conclusión es lo que pasa en autoridad del caso juzgado. La resolución no recae sobre el estado de cosas anterior al proceso, ni sobre una relación jurídica prejudicial ni sobre el derecho material; y esto mismo opina Rosenberg, [1178] al decir que lo único que pasa en autoridad es la conclusión de subsunción y no su premisa principal ni su premisa menor. La premisa principal es el juicio de derecho y el tribunal de apelación está ligado al dictado por el de casación, de la misma manera que éste lo está al juicio de derecho no revisible que dictara el de apelación; sin embargo, no es tal premisa principal la que pasa en autoridad de caso juzgado, pues sobre ella no se resuelve sino que a partir de ella se decide.

Si existiese, dice Schwab, [1179] la posibilidad de exponer en un nuevo proceso hechos que estuvieran en pugna con el estado de cosas en que se apoyó la sentencia, o de presentar nuevas **pruebas** tendientes a lograr una declaración del estado de cosas que fuera distinta a la del primer juicio, o que introdujesen nuevos criterios jurídicos tendientes a demostrar que las reflexiones del tribunal fueron incorrectas, estaría abierta la vía para destruir la resolución pasada en autoridad del caso juzgado sobre el debate y no sobre la pretensión del actor como quiere Schwab.

Ello no quiere decir, agrega el autor, que se haya resuelto con la misma fuerza de lo juzgado sobre los hechos, relaciones jurídica anteprocesales o pretensiones de derecho material, porque la resolución recae sobre el objeto del proceso: es la conclusión de subsunción tomada como un todo, de donde el estado de cosas y razones jurídicas son tan sólo elementos de la resolución. Y no es creíble que se entiendan mal sus palabras, si se agrega que cuando la pretensión de derecho material coincide con el objeto debatido, también sufrirá los efectos de lo juzgado; sentido que debe darse también a las palabras de Rosenberg [1180] cuando afirma que el caso juzgado significa que el actor tiene o no la pretensión sustantiva hecha valer, a base de determinado estado de cosas, porque aquí no dice Rosenberg que tal pretensión no fuera objeto de la resolución. Y esto es

1177 cit., p. 195.
1178 *Tratado*, cit., párrafo 150 II.
1179 cit., p. 196.
1180 *Tratado*, párrafo 150 III.

importante porque al no entrar en el caso juzgado la declaración de hecho o relaciones jurídicas anteprocesales, a menos que estén en liga causal con el objeto debatido, se tendrá que admitir una nueva demanda basada en los hechos no estimados trascendentales al fin de la resolución.

f) El punto de discrepancia frente a Schwab es el relativo a los elementos del objeto del proceso. El autor sostiene expresamente [1181] que ni las relaciones jurídicas que él llama prejudiciales pero que hay que entender como preprocesales para no dar lugar a confusiones con las cuestiones prejudiciales, ni tampoco las objeciones o excepciones que oponga el demandado, pero sí la resolución sobre la compensación de un contracrédito, adquiere fuerza el caso juzgado.

Aceptado que los hechos extraprocesales y que las pretensiones materiales a las cuales se les puede reconocer en algún extremo el carácter de declaraciones con fuerza de caso juzgado, entran en lo resuelto. Pero que las objeciones y las defensas no alcancen esta nota es inaceptable, porque lo contrario significaría que el debate no ha tenido por finalidad sino observar si subsiste en sus términos la pretensión actora. Ahora bien, supóngase que se enjuicia una demanda de reivindicación y se opone la defensa de usucapión que es admitida en la sentencia. Si no hay juzgamiento sobre la usucapión, resultará que el demandado no podrá, por ejemplo, pretender en otro proceso el reconocimiento de su titularidad ni las consecuencias que de ello puedan derivarse, como la cesión de sus derechos.

Precisamente la idea del debate sirve para delimitar el objeto, y por ello, cuando al proceso se lleva parcialmente el conflicto, como en los casos ya considerados por Schwab de una indemnización que puede demandarse por ilícito, incumplimiento de contrato o responsabilidad civil extracontractual, [1182] no puede decirse que si alegadas las tres causas y sentenciado el caso por una de ellas, sin considerar las demás, se pueda iniciar otro proceso por las causas no estimadas. La resolución, asienta correctamente el autor, podrá ser eventualmente incorrecta, pero debe aceptarse por las partes, y no hay razón para restringir el caso juzgado, cabalmente porque la decisión recayó sobre las pretensiones procesales, y no sólo sobre la del actor, como quiere Schwab.

Además, en todo este tratamiento no se ha extendido la atención al proceso penal, y si la tesis de Schwab fuera correcta, el acusado podría intentar la revisión de su caso, alegando que en el primer proceso se atacó inútilmente la acusación con la defensa del temor invencible pero que ahora se hacía valer una legítima defensa. Porque la pretensión actora o acusadora es lo decidido, se debe admitir que lo fue en tanto se debatió,

1181 cit., p. 198.
1182 cit., pp. 200 y ss.

y esto significa que hubo, no meros agumentos para destruir una afirmación sino una verdadera pretensión del demandado o del acusado para alcanzar absolución. Al quedar rechazada esta pretensión procesal, así como en el caso del actor o del acusador, no debe buscarse apoyo en la pretensión material, y debe admitirse que la resolución se dicta sobre pretensión procesal, [1183] así también para el demandado o el acusado, lo juzgado fue el caso en que hicieron valer su respectiva pretensión procesal y no meros razonamientos para destruir u obstaculizar la contraria.

De esta manera es igualmente comprensible que los tribunales de apelación o casación consideren como objeto de la impugnación todos los puntos debatidos relativos a una pretensión estimada o desestimada, porque tanto puede recurrir el actor o acusador como el demandado o acusado por sus pretensiones no vistas o no resueltas.

El criterio aquí expuesto busca congruencia, no sólo en lo tocante al problema de la sentencia que no decide sobre hechos invocados pero no decididos, sea porque no se contradijeron o porque no se atendieron y el fallo deviene finalmente inimpugnable; sino con la cuestión relativa a las causales materiales no hechas valer en juicio y que parte de la doctrina considera como temas implícitos y otra como no juzgados.

Schwab explica que la resolución recae sobre la pretensión procesal, a lo que sólo se añade el plural: las pretensiones. [1184] El tribunal no puede decidir sino a base de este material, aunque tampoco debe dejar de decidir sobre el mismo, so pena de cometer una incongruencia entre el objeto del debate y la sentencia, resultado que no es insólito en la práctica.

Es ahora cuando se aclara que entre la pretensión material y la procesal debe haber relación. El juez decide la primera, pero su justificación, cuando esto es posible como en la mayor parte de los casos civiles y no así en los penales, está en la segunda, la cual es llevada como medio de confirmación de aquélla. De esta manera, al menos en lógica jurídica, la pretensión procesal, cuando se basa en una sustantiva, está delimitada por ésta, y no cabe pedir más de lo debido.

La problemática se extiende a lo que Schwab denomina el efecto de exclusión [1185] y que, de **lege ferenda** permitiría recomendar que todos los hechos que fundan la demanda o la contestación y que las partes pudieren alegar, deberían ser expuestas al juzgador; pero podrían valerse de una nueva pretensión con base en todos los hechos que no conocieron ni pu-

1183 Schwab, cit., p. 203.

1184 Y esta tesis parece finalmente introducirse en la exposición de Schwab, al decir que la resolución deriva del material procesal expuesto al tribunal por el actor y el demandado y determinado por el tribunal en la medida que aplicara su potestad inquisitoria. Cfr. op. cit., p. 215.

1185 cit., p. 221.

dieron conocer: el actor solicita que el tribunal lo autorice para hacerse cargo de un negocio, y funda su demanda en la larga enfermedad del demandado. La demanda es rechazada y posteriormente el actor se entera que el demandado ha malversado fondos. La solución de **lege ferenda** apoya la procedencia de la nueva demanda, y reafirma lo ya expuesto, a saber: que se juzgan las pretensiones procesales conforme al material presentado al juzgador, y que entre ellas y las materiales hay una indudable vinculación que hace pensar en la conveniencia de estatuir que las partes hagan valer en el proceso todas las razones que conocen al momento de la audiencia, porque si no lo hicieren el juzgamiento se extenderá a todo el caso material. Pero ello no obsta para que cambiando los hechos por supervenencia con relación al momento de la fijación de la litis, se pueda promover nuevo juicio en el que no podrá operar lo juzgado en el anterior caso.

Y por lo aquí sustentado, habrá que discrepar nuevamente de lo afirmado por Schwab, cuando indica que el efecto vinculante sólo tiene interés para aquellas demandas que contienen la misma solicitud, y que en otras demandas el estado de cosas y la apreciación jurídica pueden ser atacadas, como si en un proceso se condena a un pago no obstante la defensa de inmoralidad del contrato que no fue atendida, [1186] porque de aceptarse que el demandado tiene posibilidad jurídica de ir a otro proceso demandando la declaración de inmoralidad del contrato, se estaría admitiendo que la sentencia puede limitarse a la pretensión actora, lo que desnaturaliza el objeto del proceso que es el debate.

1186 cit., p. 223.

CAPITULO XI

205 Clasificación de las sentencias. 206 Firmeza del fallo: la teoría de la impugnación. 207 Realización coactiva del fallo: Teoría de la ejecución.

205 Clasificación de las sentencias.

La sentencia es conocida como el acto característico del órgano decisorio, con evidente intención de excluir las voluntades de otos sujetos: tales como los instructores y el jurado, así como a los litigantes cuando son ellos quienes efectivamente proponen la solución, como en la figura de la trasacción, o en los casos en que se les reconoce el derecho de formular un proyecto de fallo, [1187] y se le menciona casi siempre en uno de sus sentidos más importantes: la condena civil o penal.

La fórmula justinianea de la sentencia como el oficio del juez al dar posesión de los bienes, tutores a los pupilos y jueces a los litigantes, [1188] completa el binomio de la función estatal que en su otro miembro definía a la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que es debido. [1189]

Los juicios en el derecho español se dividían en tres clases: el mandamiento al demandado para que pague, entregue la deuda o la cosa que se le pide; el juicio contra el demandado por falta de respuesta o sobre alguna cosa nueva que acontece en el pleito, y no sobre la demanda principal, [1190] juicio que en latín se llamaba interlocutoria porque recaía sobre alguna duda en el proceso; y juicio por definitiva que se da en la demanda principal quitando o condenando al demandado. [1191]

Si por estas definiciones no se justifica el aludir a meras declaraciones que nada innovan, o a resoluciones que crean, modifican o extinguen relaciones anteriores, en cambio la amplia sección de las nulidades y la no menos extensa de las rescisiones, cambios de estado personal y de extin-

1187 Art. 346 del código procesal civil federal mexicano.

1188 *Ulpiano, Libro I de las reglas. El oficio del juez es de mucha extensión, porque puede dar posesión de los bienes, poner en posesión, dar tutores a los pupilos que no lo tengan, y jueces a los litigantes, Digesto,* Libre 2, T. I, *De la jurisdicción, El Digesto del Emperador Justiniano en Castellano y Latín,* le publican D. Manuel Gómez Marín y D. Pascual Gil Gómez, Madrid, 1872.

1189 Juicio en romance, sentencia en latín, decía la ley I, T. XXII de la 3ª partida, es el mandamiento del juzgador a *Alguna de las partes,* en razón del pleito que ante él mueve. *Que pro nace del juyzio, e quantas manera son del,* Ley II, T. XXII, tercera Partida, *Códigos Antiguos de España,* publícalo D. Marcelo Martínez Alcubilla, Madrid 1885, p. 449.

1190 Como la personalidad del apoderado, sobre la tacha del testimonio y las objeciones de los documentos.

1191 *Códigos Antiguos de España,* cit., p. 449.

ción de efectos o transformación de derechos y situaciones, sí aluden a lo que la doctrina concibe como sentencias declarativas y constitutivas, juicios que para resolver tales extremos se conocen desde el derecho clásico romano y en otros anteriores. [1192]

A pesar de los impulsos doctrinarios y jurisprudenciales, los ordenamientos en vigor se apoyan en la idea de la condena, tal como sucede cuando el código distrital mexicano exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas en el proceso, condenando o absolviendo al demandado. [1193] Lo mismo se advierte en el federal cuando establece que estudiadas las excepciones que no destruyan la pretensión, si se declaran improcedentes se decidirá sobre el fondo del negocio, condenando o absolviendo en todo o en parte, según el resultado de la valuación de la prueba. [1194] La idea se repite en los demás artículos relativos: cuando se ordena que no probada la pretensión se absuelva al demandado, [1195] o cuando se manda fijar el importe en cantidad líquida. [1196]

Sin embargo, no hay duda que en la legislación mexicana se aceptan las pretensiones de declaración y de constitución, pues el artículo 1º, fracción II del código distrital así lo menciona, y aun se dice que hay otra especie, que es la de pretensiones preservativas. [1197] Y lo mismo cabe indicar en cuanto al artículo 1º del código federal mexicano; pero cuando

1192 Según Edwin M. Borchard, *Las sentencias declarativas*, en *Revista de Derecho procesal*, Año V, Núms. III y IV, Bs. As. 1947, p. 594, recuerda que se ha dicho que la sentencia declaratoria afirmativa se originó en el derecho de Roma, pero agrega que fue notorio que en muchos casos era necesario establecer de manera preliminar aquellas cuestiones de hecho o de derecho que las partes por sí mismas y mediante convenio, o el magistrado o pretor, a solicitud de algunas de ellas entregaban al arbitrio del *Judex*. Esta decisión no consistía más que en la respuesta del *Judex* al problema sometido, y cuando era incidental o previa a la ejecución ordinaria, se le denominó *Paejudicium*. Concluía en una *pronuntiatio*, no en una *condemnatio*. Por su parte, Chiovenda, *Acciones y sentencias de declaración de mera certeza*, en *Rev. Der. Proc.*, cit., Año V, Núms. III y V, p. 530, expone que en cuanto a los documentos judiciales greco egipcios, los mismos presentan ejemplo de típicas pretensiones de declaración de certeza. En el papiro Magd. 221 Av. Cr., el padre de Sópoli, menor de edad pide que sea declarado nulo un documento librado por su hijo a Demo, conteniendo una ficticia obligación de mutuo por mil dracmas, nunca desembolsados, y por consiguiente, en realidad una donación disfrazada. Es, dice Chiovenda, la moderna pretensión de simulación relativa, e igualmente en el papiro Reinach 7, del 141 Av. Cr., Céfalo demanda que sea declarado nulo un quirógrafo librado a Lisicrate con la obligación de pagar veinticuatro talentos, precio del vino comprado diciendo que éste estaba ya enteramente satisfecho; y un documento por un pretendido resto de precio de diez talentos, sosteniendo que Lisicrate lo había arrancado a los parientes de Céfalo. Aquí se pide una sentencia declarativa de la no existencia de una obligación por pago realizado y de otra por falta de causa.

1193 Art. 81.

1194 Art. 348.

1195 Art. 350.

1196 Art. 353.

1197 Eduardo Pallares, *Tratado de las acciones*, México 1945, p. 83.

estas regulaciones entran en materia, la sentencia condenatoria es la que preside definitivamente las soluciones, y este es el caso en el artículo 140, fracciones III y IV de la ley distrital y en el 1084, fracciones III y IV del código de comercio, o el artículo 7º del procesal civil federal, todos relacionados con la condena en costas, que atiende al vencimiento o absolución de las partes. No sería difícil continuar con la revisión de otros ejemplos, como el caso de la apelación, que se niega al vencedor a menos que no haya obtenido restitución de frutos, indemnización de daños y perjuicios y pago de costas; pero es suficiente con lo anotado, para convenir en que el legislador mexicano piensa en la condena cuando regula las sentencias, como si se tratara de una regla general o predominante.

I a) Al estudiar las cualidades de las sentencias, parece conveniente comenzar por la de condena, vista su prevalencia legislativa, aunque se trata tan sólo de una nota de varios mandatos judiciales.

Inicialmente la condena va, lo mismo en una sentencia de fondo que en una interlocutoria; más aún, condena un simple auto o proveimiento, como aparece en la medida provisional de alimentos y en la corrección disciplinaria; judicialmente, pues, la condena es independiente de la naturaleza de la resolución que la porta, del momento procesal o de la clase de procedimiento en que se dicta, de la especie de derechos sobre que se estatuye y de la naturaleza de la actitud que impone.

Con lo dicho se reconoce la necesidad de diferenciar a la sentencia de otras resoluciones condenatorias, pero debe recordarse que laudo y sentencia son lo mismo, con la salvedad de que el primero es pronunciado por un árbitro privado y la segunda por un juez oficial. Esta circunstancia de pertenecer a un género constituido por las resoluciones, tiene especial interés para la práctica, pues como mandato autoritario, el embargo precautorio, la corrección disciplinaria, el levantamiento del arraigo y la fijación de una caución, son atacables por falta de condiciones que atañen a cualquier procedimiento administrativo; en cambio, la resolución de competencias, recusaciones, excepciones llamadas dilatorias, suspensión o sucesión procesales, versan sobre la garantía de bilateralidad de la instancia, la integración de los grados, la preclusión o el progreso en fases, y su impugnación debe ser procesal.

Lacónicamente, se puede decir que la sentencia de condena es una resolución sobre el fondo del objeto procesal que determina la responsabilidad por una prestación a cargo del vencido. Sin embargo, es útil saber que doctrina, legislación y jurisprudencia podrían hablar de sentencia y de condena multívocamente; pero para ello sirve el tema del caso juzgado. El vínculo que existe entre la sentencia de condena y la situación de aquello a que se condena, es el mismo que puede observarse, por ejemplo, en un acertamiento administrativo cuando se determina un impuesto en

cantidad líquida o se dan las bases para su liquidación. Si mentalmente se extirpa el proceso, que antecede a la sentencia, es factible identificar la relación entre el mandato autoritario en ambos órdenes, con lo situado o situación. Casi intuitivamente se sabe que los jueces están para decidir pleitos, pero cuando las vías procedimentales se complican y la organización exige atribución de funciones ajenas a la prístina competencia, entonces no es fácil, para el lego, entender por qué una inscripción de nacimiento se hace ante el oficial del Registro Civil, en tanto que la rectificación del acta se intenta ante el juez.

Queda, pues, por averiguar la circunstancialidad del vínculo entre la sentencia y la situación, y en primer lugar, cómo se establece. Se trata de puntualizar la forma en que se enlazan: una sentencia que ha impuesto una prestación determinada y el lugar o sitio jurídico en que la prestación se ha de ubicar. A no dudarlo, el sitio preexistía a la sentencia, y en él se ubicaron relaciones: de conducta a conducta, o de hecho valorado jurídicamente a acto legalmente clasificable. Las relaciones preprocesales contenían sendas conexiones interpersonales de pretensiones de derecho material.

En un sitio legal como la familia, aun con su naturaleza institucional que conduce a la invariación de normas de derecho público con otras de derecho privado, la prestación de almientos es una situación originaria, en cuanto no ha provenido del mandato particularizado de una autoridad, sino del cumplimiento del obligado. Esto es, el deudor alimentista encuentra su conducta situada **a priori** en el extremo llamado prestación, de un juicio relacional que señala, en el polo opuesto la ubicación de una pretensión del acreedor alimentario. Pero el valor jurídico de la relación, y por ende la obligatoriedad de la prestación, no están en especie para el sujeto frente al individuo. Ambos han entrado en la relación alimentaria como consecuencia de la vida institucional que tienen; pero la obligación puede cumplirse y el derecho satisfacerse sin necesidad de la intervención de un tercero, ajeno a la propia relación, en cuanto sus actos no irían a satisfacerla sino a ordenarla en ese caso.

Ha preexistido como norma **a priori,** el decreto de un legislador, pero se ha limitado a relacionar las conductas en forma impersonal, por lo que la relación ha sido, en verdad, conceptual y genérica. Una vez que los sujetos dan realización a la norma, el significado de ésta es un objeto, un dato de conocimiento empírico, susceptible de ser contemplado, objetivado y confirmado en varias formas.

Es con ese sitio, y particularmente con la situación de alguno de los actos, que se relaciona la sentencia hacia el futuro. Sin embargo no lo hace **a priori** como podría efectuarlo el legislador, ni empíricamente como lo hacen los sujetos de la relación, sino **a posteriori,** o sea, después de haberse

confirmado la relación alimentaria especial y la obligación de la prestación; pero sin que la sentencia misma se convierta en prestación o en pretensión, sin que la condena signifique situación nueva dentro de la relación alimentaria.

En todas las hipótesis, el problema que resuelve la sentencia tiene como dato interdependiente la cuestionabilidad de la situación: se discute si una pretensión debe ubicarse en determinado sitio lógico o no, por ejemplo, si la pretensión de un trabajador a ser reinstalado en cierta ocupación es procedente, si el menor debe ser reconocido como hijo natural del autor de la sucesión, si la disposición de un depósito bancario es abuso de confianza, o si la multa impuesta es un abuso de poder. Correlativamente se duda de la existencia de la prestación: si el Departamento del Distrito Federal está obligado a dar a conocer el costo de las obras antes o después del cobro de los precios fiscales a los causantes; se niega su validez: el esposo casado en régimen de sociedad conyugal ocultó esta circunstancia al vender el inmueble: o, en fin, se oponen diversos impedimentos: el acusado no es responsable, el patronato de unas obras benéficas está intervenido por una Secretaría de Estado, el contrato de arrendamiento urbano está implícitamente reconducido por ministerio de ley o el contribuyente no puede mostrar su documentación contable por tenerla exhibida como prueba en un juicio fiscal de nulidad.

b) La explicación más fácil se refiere a la sentencia que absuelve, porque entonces la pretensión exigida no debe actualizarse ni la prestación debe cumplirse, de manera que el lugar jurídico en que se intentaba ubicarlas, permanece inalterado en relación al contenido y a los efectos de la sentencia. Se ve que la pretensión no operó físicamente, ni la prestación alcanzó naturaleza material. El ámbito de las dos: la idealidad de los conceptos no fue suficiente para transformar la circunstancia social y la sentencia, de esta manera, aparece como obstáculo ineliminable contra la realización de la situación.

No habrá ya forma legal de situar en la constelación real a los actos significados por la pretensión y por la prestación, por cuanto faltará el mandato imperativo que tenga efectos de título ejecutable. La conexión de esta sentencia absolutoria de lo demandado con el sitio a que alude el problema que resuelve el fallo, es de impedimento definitivo. Se hablará ya de caso juzgado, y se dirá que lo resuelto no puede volver a discutirse: la absolución valdrá, tanto para los litigantes como para los terceros, sean autoridades o particulares interesados en obrar en aquel proceso.

Otro es el cuadro que ofrece la sentencia que condena, porque aquí hay un **plus**, un algo que no existía en las relaciones del caso, ya que si hubiera aparecido con anterioridad, ni el proceso se justificaría, ni la sentencia vendría a decir nada que no estuviera ya expresado en forma de

situación: si se condena al pago de una indemnización porque el inquilino modificó sin autorización las estructuras del inmueble, claramente se infiere que esa indemnización no se impone porque así lo quiera el juzgador, sino porque lo establece la ley, que mientras con anterioridad a la sentencia la prestación era discutida, una vez dictada y sin recurso alguno contra ella, la prestación es forzosa al grado de que su incumplimiento puede conducir a la ejecución forzosa.

Es por ello que surge de inmediato la duda de si la prestación se origina en los hechos anteriores al proceso o en la sentencia. De primera intención se ocurre que, puesto que la sentencia condena a dar, hacer o no hacer lo que ya era debido, la prestación, obviamente, deriva de la relación preprocesal, impuesta quizás por las partes o por el legislador oficial; pero siempre anterior a la sentencia.

La cuestión, sin embargo, no es tan simple; desde luego, debe distinguirse el problema de hechos del correspondiente a las normas. En la hipótesis de que se niegue que la modificación del inmueble se ha realizado, o que existe pero no por obra del inquilino, o que éste contaba con el consentimiento del dueño, etc., se advierte que las razones invocan acontecimientos susceptibles de confirmación. Pero si se argumenta que no hay disposición en el régimen vigente que imponga la indemnización, entonces se discutirán normas jurídicas que no necesitan **prueba** sino demostración.

Con todo, subsiste una diferencia innegable entre que sea el juez quien determine la situación a que lo sean los litigantes. Eso que está de más en el mundo de la juricidad, se llama sentencia y significa una orden irresistible, porque cuenta con los medios de compulsión que no tenía la pretensión del acreedor. Entonces, la distinción radica en la orden misma y no en la situación; está en la calidad del acto del juez, por lo que es sencillo advertir que, si la situación no cambia, que es la misma impuesta por la ley o el convenio, sin embargo la coercibilidad se apoya en la sentencia. Por esto la sentencia de esta clase es título ejectuorio que también significa una prestación para las autoridades judiciales: ordenar el empleo de la coacción contra el condenado rebelde hasta hacer realidad la prestación.

De otra parte, situar la prestación que impone la ley o el convenio privado, significa aplicar el derecho. Esto lo han intentado los justiciables y por ello surge la cuestión, aparece el problema con trascendencia jurídica que sólo el juzgador puede decidir. Por lo tanto, aquí interviene un algo entre el descubrimiento de la norma y su aplicación. Ese algo es la potestad o competencia del juzgador para interpretar.

En este campo, la interpretación no es una tarea semejante a la que efectúa cualquier justiciable o un técnico en derecho, no se trata de desvelar el sentido de la norma, sino de resolver, en vista de dos proposicio-

nes contrapuestas, cuál es la que se ajusta al sentido del precepto. Esto debe ser designado únivocamente como interpretación y sobra el agregarle: judicial. Ni el legislador, ni el administrador público, y mucho menos el justiciable particular, tienen competencia para dar a su criterio la calidad de juzgamiento del caso. Sólo el juez, y ello por la circunstancia de resolver un objeto procesal, un debate.

La sentencia interpreta antes de aplicar, y la condena surge del pronunciamiento que, al acertar la situación, determina la necesidad legal de la prestación, como pudo resolver que la situación no era suficiente para condenar. Pero el cómo de la condenación es distinto en las cuestiones de hecho y en las de derecho, lo que no impide que la situación ordenada en la sentencia sea un algo más, ya que tiene calidad de título ejecutorio, frente a la situación preprocesal que era apenas un deber ser factible, pero no coercible lícitamente.

c) El qué de la condena no puede ser, aparentemente, más que una prestación; pero ahora surge la duda de si ésta es la misma ya decretada por la norma o algo distinto a ella. Según se advirtió, la condena es un título ejecutorio; mientras que la prestación no situada es, cuando mucho un título ejecutivo que puede ser la misma materia a situar y, por ende, susceptible de encontrar una sentencia que le convierta en ejecutorio. Esta condena puede ser cumplida voluntariamente por el deudor y ello hace pensar en que probablemente no caracterice a la sentencia la ejecutoriedad misma sino la prestación, lo que no pasa de ser una hipótesis discutible, pues la sentencia no deja en este caso de ser título ejecutorio por la circunstancia de su cumplimiento espontáneo, y esto explica, por ejemplo, que el vencido pueda repetir contra el obligado al saneamiento que no quiso acudir al juicio, confome lo disponen los artículos 22 y 92 de la ley procesal civil distrital mexicana.

Más aún, al cumplir la sentencia el condenado, no presta lo mismo a que estaba obligado, sino lo que le impone la resolución judicial o arbitral. Por esto aparece como deudor del fallo, con independencia de que materialmente el precio sea semejante al debido antes del proceso. Esto es así porque no cabe incongruencia entre lo pedido y sentenciado, pero el cumplimiento es del fallo y no de la relación sustantiva preprocesal. De ahí deriva que el condenado sea responsable y no mero obligado como en la precedente relación sustantiva. Después de la condena se ha efectuado una transformación y el condenado es ahora posible de ejecución, la cual surge del título resolutivo y no de la deuda preexistente que sin la sentencia jamás habría podido llevar a una instrucción oficial semejante contra el deudor. Hasta en el caso de una sentencia infundada el fallo que no se ajuste a la relación material hasta en tales extremos se verá que el condenado debe soportar la ejecución porque es ahora deudor de lo acertado en el pronunciamiento.

d) La indagación ha de pasar ahora hacia la razón suficiente de la condena, al por qué de su ejecutoriedad. No bastaría decir que la prestación se exige con base en la autoridad del fallo, porque equivaldría a sostener que la condena emanada de un proceso no se distingue de la emitida por la Administración Pública.

Si se careciera de esa serie de actos que se proyectan unos a otros para formar la trama llamada proceso, la condena como sentencia sería indistinguible de la sanción como acto administrativo. Media entre ambos órdenes jurídicos el dato del vencimiento, el condenado después de un proceso ha sido vencido, lo que no acontece siquiera en el recurso administrativo, aun en la hipótesis de que se le permitiera al particular confirmar y alegar, porque la reiteración de la sanción después del procedimiento administrativo no resta ejecutoriedad al primer acto de condena administrativa, ésta era ya ejecutoria y sin proceso, por lo que el segundo acto: la decisión del recurso, es también ejecutorio sin proceso.

La verdad a indagar lleva al análisis de las condiciones en que un sujeto ajeno a los intereses relacionados entre otros dos, puede jurídicamente imponerles una conducta específica. Estas condiciones van implícitas en el mandato y se aclaran al recordar la naturaleza institucional del proceso, que combina los órdenes jurídicos público y privado: en la condena el sentenciador no ve situado su mandato en la relación preprocesal, sino que se limita a originar un título ejecutorio.

En el laudo privado, las partes en contienda han pactado, como compromiso o cláusula compromisoria, la aceptación del laudo mismo, de manera que si éste es un mandato de tercero, a consecuencia del sometimiento la potestad del árbitro es participada, es recibida como facultad de imponer una decisión. El juzgador, en cambio, no recibe de los justiciables esa potestad, porque la ley estatal, como regla de organización primariamente, de un lado separa a los sujetos en autoridades y particulares, y del otro fija lo que se ha venido llamando competencia. La potestad no se explica aquí como el imperio personal de unos sujetos sobre otros, sino como la compartición del poder a través de la división de funciones: el particular queda como titular del derecho de acción y la autoridad aparece como el titular de la dirección del proceso y de la decisión de su objeto.

Por tanto, la sentencia encuentra su razón de ser en la necesidad jurídica de decidir el caso cuestionado en el proceso, con la finalidad, cuando se trata de una condena, de crear un título ejecutorio que servirá para imponer coactivamente la situación resuelta en lo sustantivo. Se constata así que el contenido, efectos y consecuencias del fallo, están en proporción a la razón aritmética que forman la situación y sus límites. Una sentencia no debe acertar sino la situación debatida, y la condena no es,

como pensara Carnelutti, [1198] el sacrificio de un interés distinto al subordinado; en el fallo se acierta en cuanto se da validez jurídica a la situación, sobre la base de una interpretación que consideró los argumentos contrapuestos. Esa interpretación es o debiera ser de un técnico en derecho, de manera que al tomar posición por alguna de las opiniones de las partes, se auxilió con la ciencia jurídica y la jurisprudencia en la aplicación de las normas.

En resumen, la situación de la sentencia representa el contenido de la condena, pero no puede ser algo por completo ajeno a la situación pretendida por las partes disyuntivamente, como sucede en la amigable composición: la condena es la relación jurídica acertada, la misma que la situación preprocesal es a la relación sustantiva. La diferencia no está en el contenido, se aprecia en los efectos y consecuencias: ejecución.

II d) Si **a priori** se puede afirmar que el contenido de la condena es la situación preprocesal cuestionada, es decir, convertida en debate procesal, más el mandato específico ejecutable, resulta factible separar lo que ha de cumplir el condenado y lo pertinente al ejecutor llegado el caso de aplicar la consecuencia. Esto no se observa en todos los pronunciamientos, de manera que hay otras clases de fallos que tienen efectos no necesitados de cumplimiento material por las partes, lo que no impide que las consecuencias conduzcan a una actividad de otras autoridades, como los registradores públicos. Se trata de un grupo de fallos que han merecido la atención de la doctrina por su naturaleza discutible.

Se afirma que el pronunciamiento aplica la ley, unas veces en el simple reconocimiento de las relaciones, y otras en la creación, modificación o extinción de los estados jurídicos; y, por último, en la ejecución forzada de la situación que tutela. De aquí provino una triple división de los fallos judiciales, que habla de declarativos, constitutivos y de condena; criterio que no se mantiene inalterable, de modo que también se habla de sentencias determinativas, [1199] en cuanto se limitan a establecer el monto de una prestación; disolutivas o resolutivas, [1200] cuando combinan la ley, el hecho y el pronunciamiento; resoluciones que condenan a la prestación después de recibida la contraprestación; [1201] fallos que declaran el desistimiento de la demanda, o desligan al demandado de la controversia: como en la denuncia del litigio a tercero, asunción del proceso por el poseedor mediato, y en general, las hipótesis de sucesión procesal; [1202] senten-

1198 *Sistema*, T. I, pp. 26-7.

1199 Paolo D' Onofrio, *Clasificación de las sentencias*, Foro de México Nº 56, p. 80.

1200 Como en los casos en que la ley deja al magistrado libertad para aplicar o crear la norma específica en las relaciones de trabajo; D'Onofrio, cit.

1201 Cfr. Leo Rosenberg, *Derecho procesal civil*, T. II, p. 324.

1202 Así como las sentencias que desligan al demandado de la controversia como en la *Laudatio autoris*, Rosenberg, loc. cit.

cias sobre costas procesales, de ejecutoriedad provisional y las que otorgan plazos para su cumplimiento;[1203] de preservación, seguridad o garantía, como el sector de las providencias precautorias o las que impiden la caducidad en la vía cambiaria de regreso.[1204]

Además, discrepancias terminológicas entre los autores, llevan a distinciones cualitativas: como en el caso en que las constitutivas se denominan sentencias de efectuación,[1205] informativas,[1206] de reconocimiento,[1207] o investidoras;[1208] paralelo al de las declarativas, cuando reciben el nombre de fallos de siempre apreciación,[1209] de simple o mera certeza,[1210] de mero o simple acertamiento,[1211] y aun de constatación o adveración, palabras cuyo casticismo y empleo estudia Alcalá Zamora al traducir el **Sistema** de Carnelutti.[1212]

El número se multiplica con sólo pasar de una materia a otra, y así, en el campo laboral se habla de laudos individuales y colectivos, jurídicos y de naturaleza económica;[1213] en el penal se distingue entre sentencias y medidas de seguridad;[1214] en el fiscal se contaponen la plena **jurisdicción** a la mera anulación;[1215] en lo constitucional se enfrentan los **recursos que Buzaid**[1216] **llama acciones** de inconstitucionalidad y el amparo

1203 Como las que señala uno para el desahucio, loc. cit.

1204 Eduardo Pallares menciona las pretensiones de preservación, similares en cierto aspecto a las que Chiovenda llama de seguridad o garantía, porque tienden a la actuación de la ley por medio de previsión o cautela; sin embargo, distingue dos clases, el grupo de las providencias precautorias, de arraigo y aseguramiento de bienes, y el de la preservación de ciertos derechos. Cfr. *Tratado de las acciones civiles*, cit., pp. 82-5.

1205 Por Langheineken. Cfr. Silva Melero, *La sentencia constitutiva*, en *Revista General de derecho y Jurisprudencia*, México 1932, p. 435.

1206 Para destacar el efecto que no existía o no se había producido antes de la sentencia; Cfr. Pedro Manuel Arcaya H. *Cualidad e interés en las acciones meramente declarativas*, en *Revista de la Facultad de derecho*, Caracas 1957, Nº II, p. 80.

1207 Cfr. Ramiro Podetti, *Las acciones emergentes del Art. 353 del Código de Comercio*, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Bs. As. 1946, p. 559.

1208 Según denominación de Borchard al efecto de titular un derecho o un estado civil a las partes; Cfr. Edwin M. Borchard, *Las sentencias declarativas*, en *Revista de Derecho procesal*, Bs. As. Núms. III y IV, 1947, p. 572.

1209 Cfr. José Alberto Dos Reis, *Teoría de la Acción*, México 1944, p. 148.

1210 Cfr. Luis Loreto, *Estudios de derecho procesal civil*, Caracas 1956, pp. 133 y ss.

1211 Cfr. el prólogo de Hugo Alsina a la obra de Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, Bs. As. 1943, p. XIX.

1212 Op. cit., T. I, p. 181.

1213 Alberto Trueba Urbina *Derecho procesal del trabajo*, México 1944, T. II, pp. 124 a 126.

1214 Para Juan José González Bustamante, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, cit., p. 589, las medidas de seguridad no tienen un carácter aflictivo o intimidante como lo tienen las penas según lo entendieron los exégetas de la escuela Clásica.

1215 Cfr. *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México 1949, resolución del pleno de abril 24 de 1939, en el juicio 339/38. p. 173.

1216 *Da açao directa de declaraçao de inconstitucionalidades no direito brasileiro*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo 1958, Año IX, Núm. 1, p. 230.

mexicano con efectos individualizantes. Y todavía acontece que de una misma sentencia, como la que declara la quiebra, se formulan tesis contradictorias que van, desde la concepción de una naturaleza mixta: **jurisdiccional** y administrativa, hasta un proveído netamente administrativo o un pronunciamiento **jurisdiccional**, el que a su vez puede ser de puro conocimiento, cautelar, ejecutivo y mixto de cognoscitivo y ejecución; distinciones que resultan más complicadas al atribuírseles caracteres de **jurisdicción** voluntaria. [1217]

Dos parecen ser las principales finalidades de la doctrina dominante: demostrar que las tres principales clases de pronunciamiento se encuentran acogidas en las legislaciones que Rosenberg [1218] y Chiovenda [1219] llaman el románico, el germánico y el anglosajón, puesto que, hasta en los países cuyo derecho positivo ofrece resistencia a la diversificación, como Francia, su jurisprudencia se ha encargado de darles eficacia, [1220] en las que se logra, no sólo prevenir los litigios, sino dar seguridad a la formación de nuevas relaciones y autoridad a la extinción o modificación de estados jurídicos. [1221]

Es sabido que la corriente moderna [1222] ubica el origen de la novedad doctrinaria destacadamente en el artículo 231 de la Ordenanza procesal civil alemana de 1877; pero ello no significa que las leyes anteriores en el

1217 Fernando Flores García, *Concepciones de la doctrina italiana sobre la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de la quiebra*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, números 17 y 18, pp. 236 y ss.

1218 *La sentencia declarativa*, en *Revista de Derecho Procesal*, Bs. As. 1947, Nos. III y IV, pp. 557 y ss.

1219 *La sentencia declarativa* en *Revista de Derecho Procesal*, Bs. As. 1947, Nos. III y IV, pp. 543 y ss.

1220 Borchard, *La sentencia declarativa*, cit., pp. 568 y ss.

1221 Chiovenda, op. cit., pp. 529 y ss., explica que en el período justinianeo destacan los procesos provocatorios y de jactancia que completan el cuadro con las *acciones* prejudiciales de la época latina clásica, cita no menos de siete fórmulas y añade que Gallo aludía a otras varias.

1222 Wach insinuaba la figura de Langheineken como uno de los primeros en escribir sistematizadamente, aun cuando, según la cita que hace Alfredo Rocco, también existían trabajos de Holder, Oetker, Kaupp-Stein, Schneider y Kleinfeller; respecto a Hellwig, se considera que es uno de los más vigorosos fundamentadores de la sentencia constitutiva sobre la base de los derechos potestativos, a pesar de la forma en que los presenta Chiovenda en la nota I de la p. 215, tomo I de los *Principios*, al atribuirle una posición análoga a la de Kohler, que combatió *in extenso* esa figura y no obstante la cita anterior hecha en la nota I de la p. 211 donde presenta a Hellwig como autor de la clara sistematización de esta categoría. Cfr. Amílcar A. Mercader, *La sentencia constitutiva. Análisis del criterio clasificador*, en *Revista de Derecho Procesal*, Bs. As. 1947, Año V, primera parte, p. 436. Además de lo doctrina que se ha venido citando, se pueden consultar las siguientes obras; Alberto Vázquez del Mercado, *La cosa juzgada y la defensa de los acredores quirografarios*, en *Anales de Jurisprudencia*, México 1941, T. XXXIII, pp. 267 y ss., Eduardo Pallares, *Esfera de la acción meramente declarativa*, *Foro de México*, 1953, Nº 23, pp. 31 y ss.; Alfonso López Aparicio, *Algunos aspectos de la prueba en el proceso laboral*, en *Foro de México* 1955, Nº 23, pp. 31 y ss; Lorenzo Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, Zaragoza 1949, T. I, pp. 64 y ss.; Valentín Silva Melero, *Las sentencias constitutivas* en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México 1932, pp. 431, y ss.

tiempo desconocieran los efectos declarativos y constitutivos de las sentencias. Para no mencionar sino el derecho mexicano, y con exclusión de la normatividad constitucional, ya Demetrio Sodi [1223] invocaba la expresión del artículo 207 del Código Béistegui, promulgado hacia 1875 a la cual puede añadirse que el artículo 24 de la primera ley reglamentaria del amparo, de 26 de noviembre de 1861, establecía que el fallo tendría únicamente por objeto amparar al reclamante, declarándolo libre de cumplir la ley o providencia de que se quejare, o mandarle que la obedeciera declarando sin lugar su pretensión. [1224]

Sin embargo, es el dispositivo alemán el que provocó el análisis científico y el que incitó la búsqueda de antecedentes históricos que, con Chiovenda [1225] van más allá del derecho romano, y llegan hasta los documentos greco egipcios, en los cuales se da cuenta de procesos por simulación de actos y de típicas pretensiones de declaración de certeza. El mérito, pues, de la doctrina moderna, estriba en haber efectuado enlaces técnicos que exigían una concepción sistemática; porque el señalamiento de consecuencias distintas a la condena, se encuentra, como lo han sostenido Gabriel García Rojas, [1226] o Amílcar Mercader, [1227] lo mismo en autores españoles que franceses; y en México existe el estudio que en el siglo pasado hiciera Rafael G. Linares [1228] sobre las diversas aplicaciones de la pretensión de jactancia, la naturaleza simplemente declarativa del juicio ejecutivo, y en forma particular, el derecho de aseguramiento de los bienes dotales, la limitación de las facultades del marido, cuestiones de filiación y otras más, que ahora se conciben como características de los juicios declarativos y constitutivos.

e) Los servicios que estas clases de sentencias pueden prestar a la evolución del derecho procesal, fueron puestos de relieve en el foro inglés, desde 1846 por Lord Brougham y reiterados en forma por demás gráfica en 1928 en un pasaje parlamentario del Congreso norteamericano, que

1223 *La nueva ley procesal*, México 1933, T. I, pp. 22 y ss.

1224 Naturalmente, la mera declaración de amparo tuvo que ser complementada en la esfera administrativa, y por ello la circular de la Secretaría de Justicia de 8 de Junio de 1968 tuvo por fin obligar a la autoridad Federal a cumplir los fallos.

1225 Op. cit., pp. 529 y ss.

1226 *Información de la Escuela de Jurisprudencia*, en *Revista de la Escuela de Jurisprudencia*, México 1946, Nº 30, p. 515, donde indica que hace más de tres siglos, Paz hablaba de *Acción* declarativa.

1227 Loc. cit., p. 442, donde explica que debe tenerse en cuenta que la noción de sentencia constitutiva fue insinuada o admitida en calidad de concepto incorporado definitivamente al tráfico jurídico por escritores franceses entre los que citan a León Mazeaud, Demogue y Japiot, cuando destacan la obra fundamentalmente activa, constructiva del juez en el acto de pronunciar la decisión, y a Colín y Capitant, Planiol y Ripert, Glasson y Tissier, Garsonnet y Cézar-Bru en el mismo estudio.

1228 Cfr. La revista *El derecho*, México 1891, p. 71.

sirvió para que Chiovenda [1229] y Borchard [1230] coronaran sus relaciones sobre las sentencias declarativas, presentadas al Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en La Haya en agosto de 1932. En cuanto a las constitutivas, baste recordar que para Luis Loreto, [1231] su naturaleza y función contradice el principio de la doctrina clásica, según la cual, la **acción** no es un fin en sí misma; pues en las constitutivas se observa que la pretensión procesal no sólo es un derecho distinto del sujetivo material, sino que es también un derecho autónomo, con condiciones y finalidades propias.

Infortunadamente, los partidarios de la división no siguen el mismo principio de clasificación, y así, unas veces los pronunciamientos se agrupan en dos géneros: constitutivos y declarativos, para subdividir el último en declarativos en sentido estricto y de condena; [1232] y en otras ocasiones se separan las sentencias ejecutivas de las declarativas y éstas incluyen fallos de mera declaración, constitutivos y de condena [1233] Ello sin perjuicio de las muy personales estructuraciones que llevan a cabo procesalistas como Kisch quien añade las sentencias disolutivas o resolutivas, las determinativas y las que establecen el modo de prestación de los alimentos, [1234] o Carnelutti. [1235]

La tesis ofrece, por tanto, ángulos discutibles que han motivado la crítica de autores como Montagne, Smeind, Japiot, Weil, Mortara, Scialoja, Coviello, Alfredo Rocco, Kohler, o Mercader; [1236] cuyas objeciones no parecen haber sido superadas, sea porque la doctrina se ha preocupado más por analizar la casuística y discutir los efectos constitutivos o declarativos de las resoluciones a estudio, o porque ha entendido que las contradicciones encontradas por el grupo antagónico tienen solución en el aumento de especies y no en la reducción de géneros. En contra de la introducción de nuevas categorías de sentencias, se han expuesto diversos argumentos, de los cuales, los que a continuación se resumen parecen ser los más interesantes.

i) Se dice que la norma jurídica está formulada en sentido general para los justiciables, y a propósito de ciertas relaciones, sobre las que impera inmediatamente como todo mandato. No es comprensible que la

1229 Rev. de Der. Proc. Bs. As. Loc. cit., p. 545.

1230 Loc. cit., p. 617.

1231 *Estudios*, cit., p. 135, nota 13.

1232 Borchard, cit., p. 572.

1233 Id.

1234 Cfr. Alfredo Rocco, *La sentencia civil*, México 1944, pp. 219 y ss.

1235 *Sistema*, T. I, pp. 160 y ss.

1236 Op cit., pp. 442 y ss.; Cfr. También H. Mazeaud y L. Mazeaud, *Compendio de tratado teórico práctico de la responsabilidad civil y delictuosa contractual*, México 1945, pp. 118 y ss.

ley sea menos orden que la específicamente dictada por el juzgador. Es probable que surjan dudas sobre el alcance del precepto y sea menester una operación lógica que reconstruya su significación; pero la tarea no es de complementación, porque nada añade al mandato declarado en abstracto. Las sentencias, se concluye, aplican el derecho pero no lo producen, y la posibilidad de resoluciones de mera declaración, confirma que si el fallo cumple otras funciones, lo hace por vía secundaria y accidental. [1237]

Esta crítica lleva implícita su contestación: termina en el reconocimiento de efectos diversos, no sólo a la condena, sino a la declaración y no pasa de expresar una duda respecto a quién atribuir la creación: al legislador o al juez; pero aun este extremo pierde importancia procesal, cuando se observa que ya no se debate acerca de la posibilidad de constituir una relación, sino en lo tocante a la influencia de cada uno de los factores que intervienen.

Aún más, como el argumento pretende olvidar las diferencias entre la declaración legal y la judicial, será suficiente recordar que en el caso del tercer párrafo del artículo 27 constitucional mexicano, se otorga a la nación la facultad de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público. Al estudiar la intervención de la autoridad judicial, Juan Landerreche Obregón [1238] distingue dos casos:

Primero, cuando las modalidades son obligatorias sin ulterior declaración especial, verbi gratia: al imponer la ley a los industriales el deber de prestar sus máquinas a los obreros, para la elaboración de la materia prima propiedad de éstos, la sola expedición del precepto afecta directamente a los obligados. Segundo, la prohibición de modificar los monumentos históricos, artísticos o arqueológicos requiere para su aplicación una declaración expresa en cada caso, por la que se determine que ese inmueble está en la hipótesis legal. Sucede, en consecuencia, que Rocco toma la nota de imperatividad como lo esencial y olvida el contenido discutible que justifica el pronunciamiento individual.

ii) Un segundo argumento, particularmente enderezado contra las constitutivas, sostiene que son el resultado necesario de la creencia de que el particular tiene el simple derecho, denominado potestativo, a la producción de un efecto que la organización estatal no permite se produzca sin la intervención judicial; por consecuencia, la tesis es insostenible, en cuanto un derecho subjetivo que se agota en la facultad de producir determinados efectos, y que carece de otra pretensión, no es concebible como norma jurídica. [1239]

1237 Alfredo Rocco, op. cit., pp. 199 y ss.

1238 *Cuál debe ser la forma de ejercicio de las acciones que el artículo 27 constitucional concede a la nación*, *Jus*, Nº 11, T. II, pp. 378 y ss.

1239 Alfredo Rocco, cit., pp. 209 y ss..

La objeción es válida pero de relativa trascendencia, esto es, llega hasta la parte de la doctrina que utiliza el llamado derecho potestativo como fundamento de las constitutivas; pero en cuanto un sector, del que forma parte Loreto,[1240] postula la realidad de estos fallos al mismo tiempo que rechaza enérgicamente el concepto de derecho potestativo, el argumento de los opositores deja de tener importancia; más todavía, cuando no se niega directamente la noción de la sentencia creadora, sino la premisa de que partieron, entre otros Hellwig y Chiovenda.[1241]

iii) Las constitutivas, afirma Rocco,[1242] niegan la autonomía sustancial de la **jurisdicción,** principalmente respecto al acto administrativo, pues si el Estado, en el ejercicio de la primera, procurara la tutela de intereses determinados por su propia actividad, quedaría negada toda separación entre las dos funciones y se volvería al criterio ya superado de la distinción orgánica. Sobre el particular, debe recordarse que Kisch[1243] confiesa que es indiferente que el efecto a que deben conducir estas sentencias, se obtenga, de **lege ferenda,** por un acto de **jurisdicción** voluntaria.

Como en el caso anterior, el argumento se dirige a quienes postulan con Kisch[1244] la relatividad de la naturaleza de estos pronunciamientos, pero nada definitivo se opone a quienes acepten las sentencias constitutivas y encuentren elementos suficientes para separar tajantemente el fallo que proviene de un proceso, de la resolución que se dicta en la vía de la llamada **jurisdicción** voluntaria. Por lo demás, es factible sustentar opinión favorable a las constitutivas sin que ello implique afirmar que el Estado actúa oficiosamente en la alteración de las relaciones jurídicas.

iv) Por su parte, Mercader[1245] recuerda la afirmación de León Mazeaud, en el sentido de que tanto en el antiguo derecho francés, como en el romano, al lado de la **jurisdictio,** el magistrado tenía el poder del **imperium;** de modo que, si a la vez declaraba y creaba el derecho, ello obedecía a que era árbitro lo mismo que jefe. Pero esa situación no es ya la actual, y cuando el efecto constitutivo se atribuye a las sentencias, surge como condición refleja o creadora del acto que pone fin al litigio.

La tesis es atractiva, pero se limita a ilustrar diferencias de órdenes jurídicos. La historia ofrece dos extremos posibles: el caso en que la constitución opera por obra exclusiva de la potestad del sentenciador, y el supuesto en que no es la sentencia por sí la que crea o extingue, sino la ley que impera sobre el mismo juez.

1240 *Estudios*, pp. 116 y ss.
1241 Loreto, cit., p. 166, nota 5.
1242 Cit., pp. 216 y ss. En contra de él, *Tácito Las sentencias constitutivas*, en *Foro de México*, Nº 23, pp. 44 y ss.
1243 A. Rocco, cit., pp. 217 y ss.
1244 *Tácito*, op. cit., p. 45.
1245 Op. cit., p. 448.

Es incuestionable el interés práctico de la diferencia, pero ambas soluciones dejan en pie la tesis fundamental: las sentencias pueden servir para constituir estados jurídicos, sea que lo hagan por sí mismas, o como condición para que el efecto se produzca.

v) Tanto en las constitutivas como en las declarativas se enuncia la situación jurídica anterior y se crea, simultánea o inesperadamente un estado de derecho **ex novo.** A partir del momento en que una sentencia queda firme, es notorio el cambio del objeto jurídico sobre el que recae la decisión, porque el caso juzgado elimina la incertidumbre, y el bien que antes de la sentencia y durante el proceso fuera litigioso, pierde esa característica y se incorpora definitivamente al patrimonio del litigante favorecido. El tratamiento del objeto jurídico se altera en función de la distinta naturaleza que le comunica la decisión declarativa; los cambios son múltiples y recaen sobre los más distintos sectores del derecho, en cuanto se vinculan a la idea de la validez y eficacia de los actos. Cada una de las constitutivas implica consustancialmente la función declarativa, y la relación jurídica reconocida se refiere siempre a un estado anterior a la demanda, o por lo menos, a la contestación; y la tarea del juez que asume características de labor creadora, no es sino el tramo que desemboca en la individualización de la norma preestablecida. No es ésta una nota que distinga a las sentencias constitutivas, es la operación constante y necesaria de todo fallo declarativo, en cuanto el juzgador discrimina sobre los hechos que aparecen en el proceso y particulariza las consecuencias legítimamente atribuidas a cada uno.

Constitutivas y declarativas devienen en una unidad que no admite diferenciaciones conceptuales y que excluye la hipótesis de especies diversas. En toda sentencia hay creación si con ello se alude al quehacer que integra el acto **jurisdiccional,** porque el pronunciamiento es diverso a los hechos que invocan los litigantes, pero la falta de identidad en ambos términos no lleva a la conclusión de que las constitutivas originen un estado nuevo, en contraposición a las declarativas que nada agregarían al anterior. El juez nada añade ni puede añadir a los datos documentados en el proceso. Si el divorcio no puede constituirse en un acuerdo privado de los cónyuges, es porque existe una condición impuesta por el ordenamiento vigente que limita el derecho de los justiciables; mas ello no altera la calidad de la sentencia en sí, porque el juez se limita a reconocer la conducta de los sujetos y a atribuirles las consecuencias. Es así como en la constitutiva, pueden computarse efectos retroactivos, aunque el nuevo estado no se integre en tanto ella no se pronuncie y pase en autoridad del caso juzgado. A su vez, la pura declaración **jurisdiccional,** recaída por ejemplo sobre la legitimidad y plenitud del dominio o del derecho a la posesión, basta y sobra para constituir desde entonces, en poseedor de

mala fe, a quien continúe excluyendo las facultades inherentes al reconocimiento. El objeto litigioso puede ser cedido con absoluta licitud hasta las vísperas de la sentencia que, con autoridad del caso juzgado, le incorpora al patrimonio del contrario. En consecuencia, cuando los sostenedores de la división, se empeñan en atraer la diferencia de los pronunciamientos, hacia los efectos **ex nunc** de la constitutiva y **ex tunc** de la declarativa, aparece el error más trascendental, dice Mercader; [1246] porque en el supuesto de estados litigiosos, donde es imposible determinar la existencia de créditos líquidos con anterioridad a la decisión, los efectos de la declarativa no son retroactivos; en el ejemplo típicamente constitutivo del divorcio, cuando la sentencia se limita a declarar desestimada la pretensión, se retrotrae en sus consecuencias; y el pronunciamiento que constituye a alguien en hijo o padre de otro, no produce efectos **ex nunc**, porque las consecuencias del parentesco se remontan ilimitadamente en el futuro y se retrotraen plenamente eficaces en el pasado.

f) Queda en reserva el argumento que podría estimarse decisivo, porque su índole de observación lógica conduciría, en caso de prosperar, a un irremediable cambio del fondo mismo de la teoría. En cuanto a las objeciones anteriores, persuasivas y concluyentes, en realidad exceden el argumento, y no sólo suponen efectos constitutivos y declarativos en las sentencias, sino que inciden en el error que han descubierto, aunque en sentido contrario, en cuanto asimilan en uno a ambos pronunciamientos.

Es verdad que este criterio se opone a la existencia de fallos simplemente declarativos o absolutamente constituivos, lo que es ya motivo suficiente para indagar la nota predominante en cada caso, y por lo menos, distinguir las hipótesis por su mayor o menor apariencia declarativa, o por la calidad principal o secundaria de sus efectos constitutivos. A esto debe agregarse la aclaración ya expuesta antes, en el sentido de que lo fundamental no es negar al juzgador la potestad creadora, pues si se ha de reconocer a la sentencia el carácter de factor indispensable para la transformación, los efectos constitutivos continúan atribuyéndose al acto que decide, por lo mismo que en su ausencia, y para los casos que el legislador determina, la transformación no es jurídicamente posible. En cambio, la demostración de que los efectos retroactivos o irretroactivos no van ligados sustancialmente a cierta clase de pronunciamientos, tiene una importancia definitiva para la investigación, lo mismo que para la práctica, por más que sea necesario completar el estudio hasta descubrir la regla que permita anticipar la índole de los efectos en relación a específicos presupuestos, y sobre la base, ya afirmada, de la interpendencia entre la calidad del fallo y su influencia hacia el pasado o futuro.

1246 Cit., pp. 443 y ss.

Mercader, ha censurado la actitud de la corriente dominante al rehuir la polémica sobre este tema, quizás de ello dependa que las incompatibilidades descubiertas en las más autorizadas exposiciones, por Prieto Castro, [1247] no hayan sido eliminadas todavía. Es forzoso reconocer que la ciencia procesal no es el resultado de una mezcla de teorías aisladas, como lo demuestra el hecho de que el análisis de la sentencia haya conducido a la reclasificación de las pretensiones y a la división de procedimientos. Estas consecuencias muestran la íntima e indestructible correlación entre los conceptos, y la univocidad de cada término impide su aplicación a hipótesis distintas.

Por un costoso error, la división de las sentencias se había traducido en una multiplicación de acciones, sin percibir que la autonomía del acto proyectivo respecto del derecho sustantivo, explica la circunstancia de que un único e idéntico instar procesal, sea útil para alcanzar fallos que se separan por la naturaleza del derecho discutido. Se sostiene que el proceso declarativo es incompatible con el de condena, de manera que si el actor está en posibilidad de perseguir ésta, no deben intentar la declaración; pero tanto Chiovenda, [1248] como Rosenberg, [1249] citan los ejemplos de las legislaciones inglesa y norteamericana, en las que sucede lo contrario. Esta circunstancia, que debería utilizarse para afirmar más la unidad procesal, frente a las contingencias de la política legislativa, se invoca como excepción a una regla absurda; la que supone que el proceso es declarativo o de condena, según la sentencia que se busque.

De otra parte, la afirmación de efectos constitutivos, no ha servido para la identificación de la sentencia; por el contrario, se ha dificultado su caracterización, al grado de que Loreto [1250] descubre en las sentencias de esta clase dos pronunciamientos: el que reconoce el derecho del actor a demandar frente al Estado la creación de una nueva relación, y el acto por el que el órgano público lo constituye; pero en el contenido de la primera resolución se encuentran los caracteres de un acto administrativo, que se presenta formalmente como sentencia y que actualiza la voluntad concreta de la ley entre los particulares; actuación que no preexiste al proceso ni se dirige a las partes, sino al juez. Los justiciables, concluye Loreto, podrán discutir si se realizaron o no los hechos, pero la acción no se forma entre ellos, sino contra el Estado. De esta manera, la clasificación erigida sobre la función objetiva de actualizar la ley, lleva al procesalista venezolano a sostener que en todos los casos, la sentencia contiene un pronunciamiento declarativo, y si a él se agrega el acto de constitución,

1247 Op. cit., pp. 60 y ss.
1248 Op. cit., p. 542.
1249 Cit., p. 565.
1250 *Estudios*, p. 174.

cuyo destinatario es el juez, se descubre, como antes lo hiciera Calamandrei, [1251] que en la resolución se suma a la **jurisdicción** un acto no **jurisdiccional.**

Ya se ha dicho que Hellwig y Chiovenda vinculan la pretensión procesal al derecho del poder judicial o potestativo, y que su teoría es rechazada, no sólo por un contradictor de la tesis como Rocco, [1252] sino por un partidario de ella como Loreto; [1253] lo sorprendente es que, por este camino, Goldschmidt [1254] llegue a sostener que la pretensión constitutiva es el tipo de acción sin derecho, ya que cuando su titular puede constituir, modificar o extinguir la relación, por su sola declaración unilateral, no necesita una acción procesal que además no existe. En tanto que para Chiovenda [1255] la eficacia constitutiva depende del mismo derecho que se declara, y que consiste en el poder jurídico del actor para producir el efecto mediante sentencia; para Rosenberg [1256] los derechos de constitución no fundan el deber a una conducta determinada, no son pretensiones, ni debe discutirse la naturaeza material de los derechos que justifican la demanda. Aunque en un estudio general, el fin del proceso se ubica en el caso juzgado, Rosenberg [1257] entiende que las sentencias de constitución realizan el derecho material a la formación y no hay lugar a una declaración con autoridad de caso juzgado, pues no puede demostrarse su efecto característico: la inimpugnabilidad. Y todavía pueden señalarse los peligrosos extremos a que llega la reciente doctrina italiana cuando al estudiar la declaración de quiebra, infiere de las concepciones de Chiovenda, que la resolución es el ejercicio de la **jurisdicción** sin acción. [1258]

No sería exagerado sostener que la concordancia de los tratadistas sobre este tema apenas rebasa la creencia inicial de la existencia de pronunciamientos distintos a la condena. Las aplicaciones de la teoría son casi siempre desconcertantes, por ejemplo, en el campo penal, Fenech [1259] comienza por encontar dos especies de constitutivas que califica de necesarias y facultativas, explicando que cuando la situación base ha de ser declarada para que se produzcan los efectos establecidos en la norma, y es imposible el cumplimiento o la adecuación de la conducta del sujeto a lo querido por la ley, sin la intervención judicial, la sentencia es necesaria, tal y como sucede en el proceso penal o en el civil que declara la inhabi-

1251 *Líneas fundamentales del proceso inquisitorio*, en *Estudios*, cit., p. 333.
1252 Op. cit., pp. 212 y ss.
1253 *Estudios*, pp. 169 y ss.
1254 *Teoría general del proceso*, Barcelona 1936, pp. 26 y ss.
1255 *Principios*, T. I, p. 228.
1256 *Derecho procesal civil*, T. II, p. 23.
1257 *Derecho procesal civil*, T. II, pp. 23 y ss.
1258 Flores García, cit., p. 252.
1259 *Derecho procesal penal*, T. I, pp. 77 y ss.

lidad, supuestos en los que no cabe la realización espontánea del justiciable. En cambio, la facultativa se observa, por ejemplo, en la declaración impeditiva con la que se persigue que la situación base deje de producir los efectos que no están de acuerdo con la realidad, como el divorcio que impide la continuación de las consecuencias del matrimonio, o la declaración judicial tributaria, en donde la actuación no es necesaria para la garantía de realización de la norma.

Sin discutir siquiera la impropiedad de llamar facultativas a la especie de pretensiones que para alcanzar su finalidad deben forzosamente utilizar la acción y justificarse en el proceso, es conveniente observar que las explicaciones de Fenech no concuerdan con la idea de Loreto [1260] al sostener, primero, que donde es factible el acuerdo de los interesados, la sentencia tiene una función subsidiaria, y que son constitutivas las sentencias por las que corresponde sólo al tribunal, emitir actos de los que surgen los efectos de la creación; por donde viene a concluir que el actor no tiene derecho material distinto de la acción, y exclusivamente el Estado puede satisfacer ese interés, ya que los particulares podrán llegar a privar a la pretensión de sentido y objeto, pero no alcanzan a satisfacerla.

La teoría de las constitutivas, saludada con entusiasmo por suponérsele firme apoyo de la independencia entre el derecho material y la acción procesal, permite a sus sostenedores afirmar que la legitimación o cualidad que se atribuye a los sujetos de la relación, es sólo oponible en el fondo para ser decidida en la sentencia final. La idea, sin embargo, no es ampliada para comprender los casos restantes; por el contrario, encuentra inmediata restricción cuando Loreto [1261] y Pedro Manuel Arcaya [1262] descubren ejemplos en que la legitimación debe ser decidida previamente, porque el actor no está llamado por la ley para cambiar el estado jurídico. Sintomáticamente, la limitación encuentra su contrapartida en las hipótesis en que la cualidad coresponde a terceros, como en la nulidad de matrimonio o la imposición de penas.

El mismo tema, desde la perspectiva de las declarativas, ha conducido a la doctrina a enseñar que la **legitimación** atañe a quien se encuentra en la incertidumbre, razón por la que está autorizado para demandar, sin que su acción se condicione a la previa discusión de la cualidad. Pero tampoco aquí es absoluta la tesis, porque no faltan las situaciones en que el sujeto, cuyo comportamiento culposo diera motivo al establecimiento del proceso, no es la persona legitimada para sostener el litigio [1263]

1260 *Estudios*, p. 173.

1261 *Estudios*, pp. 180-1.

1262 Cit., p. 85-6.

1263 Arcaya, cit., p. 84.

En lo que respecta al interés en obrar, Borchard [1264] equipara el de las declarativas con el peligro de pérdida de un derecho o con los trastornos derivados de una incertidumbre. Pero desde ahí llega hasta concebir a esta sentencia como una verdadea certificación; [1265] sin perjuicio de sostener que el interés puede consistir en la amenaza, ya convertida en realidad, de una condena o de una orden que restringe la libertad. Nada similar expone Loreto [1266] cuando entiende que el interés radica en el incumplimiento de una prestación, al grado de que entre el interés en la declaración y el de la condena, sólo descubre la diferencia de un **plus** en la última, que consiste en actuar la orden y crear el título ejectuorio. Hasta el argumento de que declarativas y constitutivas se distinguen porque el interés en las últimas sólo puede ser satisfecho por el Estado, se contrapone a la idea de las constitutivas facultativas y a la explicación de Chiovenda, [1267] de que existe un grupo numeroso de sentencias en que la creación depende del derecho que declaran.

En resumen, declarativas y constitutivas no han servido para separar, definitivamente, el interés cuya tutela normativa da nacimiento a los derechos subjetivos, de ese otro interés en obrar que unas veces se entiende como presupuesto procesal y otras como requisito de la acción, y que para un partidario de la teoría dominante, como Eduardo Pallares, no es distinto del interés sustancial. [1268] Fundamentalmente, pues, la aporía se establece tan pronto como se descubre que declarativas y constitutivas se apoyan en la calidad y el interés, condiciones que al faltar, son susceptibles de justificar también una sentencia que se califica de declarativa. [1269]

g) La cuestión cardinal se ubica en la estructura lógica de la teoría. La íntima trabazón de los conceptos básicos ha forzado a la doctrina a formar tres grupos principales, no sólo de sentencias sino de **acciones** y procesos. [1270] Una primera e ingenua consideración, llevaría a suponer que las **acciones** de un tipo suponen cierto proceso que lleva al pronunciamiento respectivo. Sin embargo, ya Mercader [1271] destaca la incongruencia de postular la existencia de **acciones** y procesos constitutivos que eventualmente conducen a un fallo declarativo. De la misma manera que resulta inexplicable que una decisión se distinga de las restantes por su índole constitutiva, y a pesar de ello, contenga primordialmente un fallo declarativo; de donde se infiere la falta de sustancialidad inalterable en cada

1264 Cit., p. 568.
1265 Cit., p. 569 y nota 6. Cfr. también Loreto, *Estudios*, p. 148, nota 25.
1266 *Estudios*, pp. 157 y 55.
1267 *Principios*, T. I, pp. 229 y ss.
1268 *Reforma necesaria* en *Foro de México*, Nº 70, ene. de 1959, p. 6.
1269 Chiovenda, *Acciones y sentencias*, cit., p. 554.
1270 Mercader, cit., p. 459, ver además notas 78 y 77.
1271 Id., p. 451.

una de ellas, o por lo menos la imprecisión de sus notas definitorias; así como también es inaceptable el ejercicio de una acción y el establecimiento de un proceso constitutivos, que concluyen con un pronunciamiento meramente declarativo.

Es muy probale que no se hayan respetado las consecuencias lógicas de la conexión indispensable, porque así como no puede negarse que el ejercicio de la verdadera acción implica la posibilidad del proceso, y la necesaria presencia de la jurisdicción; tampoco se puede dudar de la existencia de numerosos casos en los que el pronunciamiento final no tiene lugar. La finalidad normal de todo proceso es propiciar la decisión sobre un dilema, ya sea de hecho o de derecho; pero circunstancias de diversa índole pueden hacer innecesaria la resolución de fondo o jurídicamente imposible su continuación. En ambos supuestos, se han ejercido acciones y jurisdicción, se ha desarrollado un proceso y no se ha alcanzado la sentencia. El sobreseimiento propiamente dicho, explica Acero,[1272] cierra el proceso sin posibilidades de reapertura, como el caso de las conclusiones no acusatorias. El sobreseimiento es una resolución diversa de la sentencia, porque no decide el fondo que es la culpabilidad del reo; y antes de condenarlo o absolverlo, aparece palpablemente la inutilidad o imposibilidad de todo debate, sea porque falta la materia delictuosa o la persona con quien deba debatirse. Además de los supuestos de no acusación y de paralización de facto y suspensión legal, durante la cual puede producirse la prescripción, por ejemplo si se dicta la libertad por falta de méritos o por desvanecimiento de datos o en el evento de la fuga del reo, el sobreseimiento ocurre cuando aparecen circunstancias extintivas o remisiones de la pena, como en la muerte del reo o prescripción de la pretensión punitiva. En todas las hipótesis mencionadas, acaba el proceso sin que el reo haya sido juzgado.

De otra parte, el fallo no consiste en un análisis de la existencia de las tres categorías mencionadas, sin que a ello obsten los usos forenses como la práctica de iniciar los puntos decisorios con la oración casi sacramental de que ha procedido o no la acción, porque en la forma afirmativa no pasa de ser constatación inútil, y en la negativa, si la idea significara en verdad que la acción no prosperó, conduciría al absurdo de negar la evidencia del proceso en donde el fallo toma origen.

En realidad, el pronunciamiento resuelve sobre algo, que ha tomado a la acción como el vehículo de su presentación en el proceso, ese contenido tiene exacta indicación en el término pretensión. Efectivamente, al proceso se va para pretender, se insta peticionando, confirmando o alegando, pero pretendiendo inicialmente una sentencia favorable.

1272 *Derecho procesal penal*, cit., 160.

Si el proceso tiene como antecedente, aún en los casos fraudulentos, no un litigio como quiere Carnelutti, [1273] ni una verdadera causa, como expresa Calamandrei, [1274] sino una discrepancia de pretensiones, entonces la sentencia es aquella resolución que termina con la discrepancia. Para que ello suceda válidamente, la oposición de pretensiones debe ser real; pero en la práctica se conocen innumerables simulacions que dejarían sin justificación al mandato judicial, como efectivamente sucede y está pevisto, por ejemplo, en el artículo 93 del código procesal civil distrital mexicano. [1275] Se desvirtuaría la finalidad de la sentencia si fuera un acto independiente del proceso. La circunstancia de que el pronunciamiento deba resolver exclusivamente situaciones cuestionadas, y sin embargo la presencia de colusión de los litigantes, ofrece una paradoja que sólo puede ser destruida, cuando se entiende que el juzgador decide sobre la base de las pretensiones manifestadas por los accionantes, y no respecto de una realidad histórica para cuyo conocimiento exacto está impedido, precisamente porque el conflicto es presentado por las partes y no descubierto por el juez.

Explicaba Wach [1276] que el fin del proceso es la decisión de las relaciones discutidas. Para que la resolución sea obligatoria, es menester que la materia introducida por los accionantes sea la que constituya el fundamento del fallo. Lo no presentado al juez, insistía Wach, [1277] no existe para él; se juzga para decidir sobre la pretensión que se afirma como existente y que se ofrece discutida. Si el derecho no existe, o si realmente no es discutido, el debate es simulado; como podría ser intrascendente si alguna de las partes no estuviera legitimada, es decir, si la discusión entre ellas no pudiera satisfacer la pretensión; o bien inoperante cuando falte el interés, lo que significa, apunta Pallares, [1278] no un presupuesto de la acción, porque entonces se llegaría a la aplicación literal del artículo 1º, fracción IV de la ley distrital mexicana, y se impediría la pretensión con sólo demostrar la insolvencia del deudor, extremo que haría impractible la ejecución; el interés es la posibilidad legal de convertir el derecho sustantivo en sentencia y la obligación privada en responsabilidad pública, con lo que se explica que ahí donde exista una situación cuestionada y sujetos interesados sustantivamente, si la ley prohibe la intervención judicial, como

1273 *Sistema*, T. I, p. 49.

1274 *Instituciones*, pp. 102 y 207.

1275 Miguel Romero Sánchez, *La pauliana contra sentencias que son efecto de fraude de las partes*, Rev. Esc. Nal. de Jurisp. Oct.-Dic. de 1941, Nº 12, México, pp. 382 y 383; del propio autor, *La revocación de los actos en fraude de acreedores*, México 1941, p. 157.

1276 *Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana*, Trad. Rosos Lichstchein, Bs. As. 1958, p. 59.

1277 Cit., p. 72.

1278 *Reforma necesaria*, Cit., p. 5.

en los numerosos ejemplos que cita Buzaid, [1279] respecto a la **acción** de inconstitucionalidad, la oposición no podrá ser resuelta por ausencia de interés en obrar; o como diría Calamandrei, [1280] cuando el caso no puede o no puede ya ser decidido por tercero imparcial, no habrá interés en la sentencia.

El pronunciamiento depende del proceso, de ahí que las condiciones de admisibilidad y procedencia de la acción, influyan en la posibilidad del pronunciamiento; por ello la simulación, la legitimación o el interés, que atañen a la pretensión, explican que se trate de condiciones del fallo. Si el proceso no puede establecerse cuando la ausencia de las condiciones de la sentencia son evidentes, se debe a la dependencia entre pronunciamintos y proceso; pero si las condiciones no son perceptibles desde el principio, no puede negarse, ni el accionar ni la formación de la serie procesal; ni siquiera cuando la sentencia rechaza la pretensión, precisamente porque la dependencia exige que haya antes un proceso para que la resolución final decida en algún sentido.

La íntima relación entre sentencia y pretensión, da lugar a una autonomía del fallo. Así como la dependencia significa que no hay sentencia sin proceso, aunque puede haber proceso sin sentencia, la autonomía justifica que no obstante la procedencia de la acción, y el establecimiento del proceso, se llegue a la desestimación de la pretensión. Seguir un proceso, aunque sólo sea por algunas de sus etapas, significa ejercer la acción. Pero si la sentencia depende **causalmente** del proceso, su contenido se enlaza con la pretensión, de tal manera que son las condiciones de esta última las que determinan el sentido del fallo. La autonomía del pronunciamiento se funda en ese enlace entre pretensión y sentencia, que puede dar lugar a la absolución del reo contumaz. Es la eficiencia de la pretensión y no la eficacia del accionar lo que determina el sentido del fallo; la ley, decía Wach, [1281] concede a las partes amplia oportunidad de hacer uso de sus medios de ataque y de defensa; en ello radica que la sentencia equivocada tenga valor jurídico si se funda en la reunión del material de convicción, llevada a cabo por los accionantes.

h) Es ahora factible entender en qué la sentencia puede ser declarativa, [1282] aunque la pretensión sea constitutiva, y que todo ello en nada afecte a la constante identidad de la acción y del proceso.

No podría decirse que las peticiones, afirmaciones y confirmaciones de las partes, sean indiferentes a las percepciones del juzgador; que la redacción de las actas sea ajena al procedimiento de documentación, ni que la emisión de órdenes y proveimientos en cada grado sean extrañas a la

1279 *Da açao directa, etc.*, cit., pp. 244 y ss.
1280 *Instituciones*, pp. 192 y 196.
1281 Op. cit., p. 114, nota 1.
1282 Rosenberg, *Las sentencias declarativas*, cit., p. 559.

jurisdicción cuando dispone la marcha del proceso. Pero las simples disposiciones procesales se distinguen de las decisiones de la causa o conflicto, no sólo como quería Wach, [1283] por los efectos de inmutabilidad o incontestabilidad o por la autoridad del caso juzgado. Es verdad que ahí donde la colegiación sirve para separar los actos de dirección de las resoluciones de fondo, los proveimientos procesales se diferencian de las sentencias hasta por estar exentos de forma, por no contener el relato de los hechos, ni una parte dispositiva separada; pero como la inmutabilidad incluye a las interlocutorias y con este término se han venido designando, lo mismo decisiones incidentales que accidentales; a menos de ubicar el análisis en el derecho romano, como lo hiciera Arturo Hernández Padilla [1284] al estudiar las innovaciones del código distrital, es casi imposible sostener que el contenido de las interlocutorias sea, como entonces, el grupo variable de resoluciones inapelables, que por ejemplo, ordenaban citaciones, proveían la instrucción y reglamentaban las confirmaciones, con la idea de asegurar la continuidad del proceso y sin prejuzgar del fondo o sin producir el caso juzgado. Las interlocutorias, cuyo nacimiento ubica Hernández Padilla [1285] en el siglo XII y en el proceso común italiano, han adquirido tanta importancia como las sentencias definitivas y ya no es correcto afirmar **a priori** que producen o no el caso juzgado, que son o no inmutables, ni siquiera que se refieran al proceso de conocimiento con exclusividad. [1286]

Por las circunstancias anteriores, y por lo limitado del análisis, sentencias definitivas, de fondo o de mérito y sentencias interlocutorias, deben recibir un tratamiento similar, ya que, además, en ambos casos se habla de declaraciones y constituciones judiciales. Comprendidas aquellas hipótesis en que las interlocutorias son verdaderas interlocuciones, [1287] los proveimientos se destinan a la dirección del proceso, y Wach [1288] mencionaba los que resuelven sobre la prolongación o abreviación de los plazos, la suspensión del proceso, la orden de comparecencia personal, la admisión y asunción de medios de prueba, la redacción de actas, la separación de procesos acumulados o la unión de los separados, el aplazamiento de audiencias y otros similares. La sentencia, en cambio, según afirmaba también, [1289] siempre es de naturaleza decisiva, sobre una controversia que puede ser material o procesal. Las sentencias, incluidas las verdaderas interlocutorias, [1290] son inmutables para el juez, los demás proveimientos, contengan o no materialmente una disposición, son mudables.

1283 Op. cit., pp. 144 y ss.
1284 *El código procesal vigente*, en *Anales de Jurisprudencia*, T. XXX, pp. 793, y ss
1285 Id.
1286 Demetrio Sodi, *La nueva ley procesal*, T. II, p. 153.
1287 Vittorio Scialoja, *Procedimiento civil romano*, Bs. As. 1954, pp. 374 y 386.
1288 Op. cit., pp. 114 y ss.
1289 Cit., p. 123.
1290 Id. pp. 139 y ss.

Es factible separar los actos de jurisdicción que dirigen el proceso, de las sentencias que deciden el objeto del debate. Así como la acción se puede distinguir entre lo que se pretende al demandado y la energía que proyecta el instar, en el proceso cabe separar los actos de dirección que encauzan ese instar, de la sentencia que acoge o rechaza la pretensión. De la misma manera que la pretensión queda en el umbral del proceso y el instar transcurre a todo lo largo de éste, hay ciertos actos del tribunal que complementan el accionar de las partes y otros que al término del proceso, recuperan la pretensión para concederla o negarla. Si la pretensión exteriorizada en la demanda, deriva de la relación jurídica específica, como enseñaba Wach, [1291] la sentencia es atónoma en lo que tiene de juicio sobre la pretensión discutida.

Es a base de esta separación, que sin afectar el sentido unívoco del concepto jurisdicción, se puede creer con Chiovenda [1292] que la sentencia declarativa se convierte en constitutiva cuando de sus efectos surge, no lo que se llama acción, pero si la pretensión del caso juzgado. No tendría mayor importancia tampoco, para la tesis de la identidad del proceso y de la acción, que en ciertas legislaciones la sentencia declare sólo sobre derechos y en otras lo haga también respecto a los hechos; [1293] y ya se entienda a la condena como un **plus** respecto a la declaración, o se vea en la última un **minus,** [1294] las variaciones de contenido y efectos del pronunciamiento son ajenas a la íntima y directa relación entre acción, jurisdicción y proceso.

No podrá afectar el concepto de jurisdicción el que las sentencias que Borchard [1295] llama investidoras, se califiquen en Escocia de declarativas o que algunas que Rosenberg [1296] considera de condena se regulen en la legislación francesa como mero declarativas. Si en Alemania la confirmación de las pretensiones declarativas negativas incumbe al demandado, [1297] y en Italia toca al actor demostrar la inexistencia del derecho; si en Alemania el interés pasivo en obrar depende de que el interés sustantivo del actor se presente fundado, precisamente frente al demandado y en Italia, Inglaterra o los Estados Unidos se exige que el litigio se forme entre los interesados en la relación sustantiva, [1298] debe hablarse de criterios legislativos que influyen en el interés en obrar y determinan la admisibilidad o con-

1291 Cit., pp. 153 y ss.

1292 *Principios*, T. I, p. 228.

1293 Rosenberg, *Las sentencias declarativas*, p. 558 en contra Pallares, *Esfera de la acción meramente declartiva*, en *Foro de México*, Nº 50. p. 10.

1294 Loreto, cit., pp. 158 y ss.

1295 Op. cit., p. 605.

1296 Cit., p. 559.

1297 Rosenberg, cit., p. 565.

1298 Rosenberg, cit., p. 565.

cedibilidad de la pretensión, pero que no afectan al proceso. No significan imposibilidad jurídica de accionar, sino impedimento o condición para la sentencia favorable.

Aislada la fórmula pretensión-sentencia, se explica que Pallares [1299] considere a la petición de herencia, como declarativa en el supuesto en la reivindicación, o de condena cuando se exige la entrega de la herencia; y se comprende que la sentencia de divorcio pueda conducir a la pérdida de la patria potestad, reuniendo una constitución con una condena, sea porque se hayan ejercido dos pretensiones o porque la ley imponga la condena como consecuencia de la primera en ciertos casos; ya que así como se habla de acumulación de causas y de personas, debe hablarse de acumulación de decisiones en un mismo pronunciamiento. Este fallo no va a resolver dos o más procesos, sino las pretensiones deducida en la serie única de instancias proyectivas que concluye con el auto que cita para sentencia. Si la demanda contiene dos o más pretensiones, unas pueden prosperar y otras ser desestimadas, pero no podría ocurrir que el accionar o el proceso, ni la jurisdicción que la dirige, se vieran parcialmente cercenados o retroactivamente mutilados por la mismo sentencia a que dieron origen.

h) Interpretación y situación cuestionada son los datos que individualizan al pronunciamiento emitido después de un proceso. Probablemente entre las partes no haya un litigio, ni como contienda real ni como oposición de intereses; es posible que la misma duda esté ausente y que sea la simulación de un pleito o la necedad por la sombra del asno de que hablaban los atenienses de Aristófanes, [1300] lo que motive ofrecer al juez una disparidad de criterios.

En todo caso, al proceso se llevan pretensiones de sentencia que se contradicen recíprocamente. El fallo debe elegir entre lo pedido por los accionantes y conceder o negar con apoyo en las normas aplicables, invocadas o no por las partes. Optar por uno de los términos del dilema es lo que caracteriza a la interpretación; la sentencia, reconocía Pablo Zayas, [1301] debe ser conforme a lo demandado y confirmado.

La misma decisión en contumacia se justifica porque los hechos alegados en la demanda se suponen confesados, sin que, al decir de Wach, [1302] se considere previamente vencido al contumaz, ni se presuma renunciada su defensa, pues el tribunal se limita a sacar las conclusiones de derecho

1299 *Tratado de las acciones civiles*, México 1945, p. 79.

1300 *Las Avispas*.

1301 *Tratado elemental de procedimientos en el ramo civil*, México 1872, T. I, p. 114.

1302 Op. cit., pp. 206 y ss.

de los hechos afirmados, de manera que bien puede suceder que la sentencia desestime la pretensión. Aquí también el juzgador interpreta un dilema, aunque sólo se limite a la aplicabilidad del derecho invocado por el actor, pues una condena en rebeldía a dar o hacer lo imposible no tendría valor jurídico; una sentencia contra natura, contra el derecho de las leyes vigentes o contra las buenas costumbres no deben valer según se mandaba en las Partidas.

Sobre estas conclusiones el tema se reduce a inquirir si el pronunciamiento declara y constituye porque la relación jurídica existe, o bien si la relación vale jurídicamente porque la sentencia la declara o constituye.

Por lo pronto, el planteamiento excluye la hipótesis de otras clases de sentencias, además de la condena, la declaración y la constitución. Cuando Rocco [1303] termina por afirmar que por su contenido el número de pronunciamientos es indefinido, excede su crítica y cae en el error de confundir la naturaleza de la relación sustantiva con el tipo de responsabilidades que proviene de cada fallo. A su vez, cuando Couture [1304] estudia las sentencias que llama provisorias, condicionales o alternativas, no llega a descubrir nuevas categorías, sino modalidades de subordinación a proceso posterior, de efectos suspensivos o rescisorios y de posibilidad de cumplimiento en uno, de dos o más sentidos, respectivamente. En tanto no se descubra una razón suficiente para multiplicar los tres géneros, la división debe quedar limitada al número que satisfaga las posibilidades de interpretación judicial. Por medio de la sentencia es factbile resolver, a proposición de los justiciables, cuestiones atinentes a: la existencia, la validez y la exigibilidad de una situación controvertida en el proceso. Los centenares de ejemplos que estudia la doctrina [1305] no ofrecen datos de una categoría más, sino complejidades propias de la experiencia diaria.

Ahora bien, Luis Loreto [1306] se opone a la denominación de sentencias de mera certeza, porque desde el plano filosófico y dogmático, esta estimación axiológica no existe para el mundo jurídico, sino consecuencias normativas susceptibles de ser objeto de una declaración; de esta manera destaca perspicazmente la finalidad característica de una especie de pronunciamiento, porque la declaración podrá producir una certeza subjetiva, pero en el plano legal no significa sino el valor jurídico de una situación en que se cuestiona la legalidad de una relación normativa, la condición de ciertos objetos o la posición de los sujetos. La sentencia declarativa valora dos pretensiones, contrapuestas en la estimación que se hace de una misma situación, por ello es que resulta cuestionada.

1303 *La sentencia civil*, p. 223.

1304 *Estudios de derecho procesal civil*, Bs. As. 1950 T. III, pp. 316 y 323.

1305 Además de los autores citados, se puede ver especificaciones casuísticas en Torcuato Castro, *Açao declaratoria*, Sao Paulo, 1944, y A. Malaver, *Acción de jactancia y acción declarativa*, Bs. As. 1945.

1306 Op. cit., pp. 152 y ss.

Si se decide que el hecho, la relación o el derecho son válidos, no será en el contenido ni en los efectos de la sentencia que se origine la situación. La separación de la existencia y la validez permite entender que lo controvertido proviene de una situación preprocesal, que si se declara válida se convierte en indiscutible, y si se invalida queda desvirtuada como dato jurídico, pero no como acontecimiento que pudo dar lugar a consecuencias atendibles por la ley, como la filiación de los hijos en la nulidad del matrimonio.

La declaración que se limita a valorar no puede confundirse con la condena, que imputa una responsabilidad al litigante incumplido y la hace pasible de ejecución forzada. La condena no valora la prestación sino que la exige; es verdad que el mandato tiene el valor jurídico del título legítimo de ejecución; pero es bien distinto que una sentencia valga como orden, a que dé validez a una situación discutida.

Lo que se decide no es el valor de la prestación, y si la doctrina encuentra una declaración en toda condena, ello proviene de que se confunden las consideraciones del fallo con los puntos resolutivos. Las Partidas sólo obligaban a dictar el juicio por buenas palabras, inteligibles sin duda alguna, determinando la absolución o condena del demandado en el todo o en cierta parte de la demanda, según entendiere el juez que fue averiguado y razonado ante él, o poniendo palabras de otra clase, según entendiere que convenía a la demanda que le fue hecha. Después de todo, la motivación de la sentencia, se ha dicho, aparece hacia 1790,[1307] y en todas las legislaciones se conocen ejemplos de fallos dictados en la audiencia que posteriormente se fundan y redactan.

Para que el juzgador exija la prestación se debe estar cierto de su validez; pero a menos de que en el proceso se discutan acumuladamente la validez y el incumplimiento, y por tanto se resuelvan dos pretensiones en un solo pronunciamiento, lo natural es que la condena sea algo peculiar, distinto a la mera declaración unilateral del juez; que sea la atribución de una responsabilidad, que se exija al condenado responder por el cumplimiento en lo civil, o soportar el castigo en lo penal. Es significativo comprobar que en la condena la retroacción no viola el principio constitucional, por ejemplo, cuando se demanda el pago de alimentos pasados. La aplicación de la sentencia es, como en la declaración, siempre en el presente aunque la obligación sustantiva estuviese vencida; la condena responsabiliza al deudor por el cumplimiento de la sentencia y no de la prestación original; en el proceso se ha evidenciado el incumplimiento del demandado y la legalidad de las pretensiones del actor, por ello la sentencia exige y resulta un título de ejecución como mandato autoritario y coactivo, que ordena se dé o haga lo omitido, o se deje de hacer lo indebido.

1307 A. Hernández Padilla, cit., p. 807.

La constitutiva, en cambio, es una reunión de los factoes que definen una situación. No podría existir la modificación, ni se extinguiría una relación en ausencia de un acto específico que, en cuanto toma la forma del pronunciamiento judicial, aparece como la resolución que conjunta los factores imprescindibles para que la novedad jurídica se produzca. Lo peculiar en la constitutiva está en la forma de dar origen a la novedad; mientras en la condena se descubre una relación lógica de antecedente a consecuencia, en la constitución se observa una concomitancia. Es en el fallo mismo que se contienen los datos que la ley impone como condición para la transformación.

No hay necesariamente una declaración como presupuesto, ni como parte de los puntos decisorios, a menos que con una pretensión constitutiva se presente otra declarativa, sea en la demanda o en la contestación. Ya se ha puntualizado la circunstancia de que si el juez lleva a cabo una estimación de las causas de pedir, lo hace como premisa y en las consideraciones. Los sujetos debaten la procedencia de la alteración y el juez interpreta la norma aplicable sobre las confirmaciones que se le han aportado. Si a esta valoración de los hechos se le quiere llamar declaración, el vocablo producirá el equívoco de significar, unas veces la convicción y otras el mandato.

Es obvio que el legítimo cambio de una situación implica la confirmación de los hechos que le condicionan; pero así como la confirmación busca evidenciar las condiciones, la pretensión persigue el cambio, de manera que la sentencia constituye, al decidir lo pretendido y no al valorar la confirmación. Son los puntos resolutivos los que modifican y en ellos no se exige una declaración de la prueba. El pronunciamiento se distingue de la condena, porque no impone directamente a las partes una prestación, y de la declaración se aparta en cuanto no se limita a dar valor a una situación, sino que la origina. Aquí la respuesta es contraria al caso declarativo, que valora lo ya existente. En la constitutiva no preexiste la situación resuelta; demanda y contestación se oponen en cuanto la primera pretende un fallo que constituya, que altere, cree o extinga una situación. Se dice que la sentencia tiene por objeto resolver un problema y no dar origen a un derecho o estado jurídico, y también se afirma que en todo pronunciamiento hay algo nuevo que es el caso juzgado.[1308] Las dos afirmaciones son insuficientes para explicar la circunstancia de que sin sentencia no hay constitución del caso que se debate, con independencia de que el juzgamiento sea un dato nuevo o la cualidad de una orden indiscutible, porque esto es secundario respecto a la pretensión de constituir una situación material.

1308 Mercader, cit., p. 452.

La crítica, se ha visto, utiliza el tema de la retroactividad para demostrar que una situación, supuestamente constituida por la sentencia, va indefinidamente hacia el pasado en algunos casos, de donde se infiere la incongruencia de atribuir al fallo lo que corresponde a los derechos de las partes. La idea es parcialmente correcta pero su aplicación parece equivocada. Con los mismos argumentos se podría decir que el nacimiento no constituye el estado civil porque la filiación estaba prevista.

Creada, modificada o extinguida la situación particular, sus efectos hacia el pasado dependen de la naturaleza de la relación, son consecuencias institucionales que en cada hipótesis deben analizarse. [1309] Lo trascendental en el problema de las sentencias declarativas y constitutivas, no estriba en la natualeza de sus respectivos contenidos, sino en la forma de alcanzarlos; el medio es el proceso y no cualquier tipo de procedimiento. Sentencia declarativa no es lo mismo que declaración administrativa, y no por el órgano estatal que resuelve, sino porque no es igual valorar una situación interpretando la norma a través de pretensiones contrapuestas, que aplicar el derecho autodefensivamente. [1310]

Tampoco son semejantes la sentencia constitutiva y la resolución en la llamada **jurisdicción** voluntaria. En el último caso puede haber una situación que se constituya, pero será negocialmente con la intervención de un juez o de una autoridad administrativa como el oficial del Registro civil en el divorcio voluntario mexicano; pero en estos casos no existe situación cuestionada que exija una interpretación imperativa del tercero imparcial, sino que la autoridad aplica la ley en lo que Calamandrei llamara la administración pública de los derechos privados. [1311]

Finalmente, conviene evitar la confusión del tema de la creación del derecho a través de una regla, sea por analogía o aplicación extensiva de la norma, [1312] con la constitución de una relación con apego al precepto vigente y en virtud de la pretensión vencedora en el debate, que garantiza la igualdad en el accionar de los sujetos interesados. De otra manera no se entendería que Justiniano [1313] prohibiera la interpretación judicial, creadora del derecho, al mismo tiempo que regulaba sentencias que al resolver la cuestión debatida constituyen una relación o estado jurídico. Aunque las instituciones sociales hayan dejado de ser un campo impenetrable para la actividad gubernamental, que ejerce la soberanía a través de sus ma-

1309 Cfr. J. Chiovenda, *Principios*, T. I, pp. 233, y Loreto, cit., p. 177.

1310 Cfr. Fernando Alvarez Tabío, *El proceso contencioso administrativo*, La Habana 1954, p. 262, así como Manuel J. Argañarás, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Bs. As. 1955, p. 51.

1311 *Instituciones*, pp. 113 y ss.

1312 L. Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México 1956, pp. 225 y ss.

1313 *El Digesto del Emperador Justiniano*, Madrid 1872, p. 20.

gistraturas, el proceso significa la garantía individual que limita constitucionalmente los **poderes** públicos. Si en las sentencias constitutivas es el Estado quien coopera con los justiciables para originar o extinguir las rerelaciones y estados jurídicos disputados, respecto a las declarativas el derecho mexicano ha organizado un orden que culmina con el juicio de amparo, mediante el cual todas las violaciones jurídicas son controladas mediante declaraciones que individualmente protegen estudiando la aplicabilidad de los actos y de las leyes.

206 Firmeza del fallo: la teoría de la impugnación.

Al separar en la inadecuada expresión **cosa juzgada** la parte relativa a la decisión sobre el objeto del proceso y la que corresponda a la autoridad de acto inalterable que tiene la sentencia, se propicia un tratamiento más congruente, o si se quiere más científico, de un fenómeno que, no por surgir dentro del proceso tiene en él su mayor importancia, sino que adquiere ésta cuando se le invaría con el pronunciamiento final, sea de fondo o sobre el proceso mismo y aun de sobreseimiento.

En el amplio campo de los derechos de instancia, desde la petición constitucional a la acción procesal, un sector corresponde a lo que se ha llamado las impugnaciones. Su extensión oscila de un máximo en el que se incluyen las reacciones a instancias de parte contraria, hasta un mínimo en que sólo se aluden los ataques a los mandatos de la autoridad.

Tal parece que el dato más expresivo sea el de la resistencia, pero no aquella que constituye una conducta pasiva, sino la que se caracteriza por el actuar positivo. Quienes utilizan el vocablo con generosa significación, llegan a calificar de impugnaciones a ciertos actos generalmente ubicados entre las acciones procesales, como la revocación de negocios de los deudores fuera del procedimiento concursual, [1314] o la negativa de la legitimidad de la filiación. [1315]

La palabra impugnación ha llegado a emplearse para referir la tacha del testigo o del testimonio, para atacar al perito sospechoso de parcialidad, y cuando la queja se ubica dentro de este género, se puede concluir que la impugnación se utiliza también para reclamar el retardo en la administración de justicia y otras faltas contra la disciplina del servicio.

Esta multivocidad del término podría considerarse una riqueza de expresividad, si no fuera porque muchos significados son contradictorios, al menos desde el punto de vista de la pureza metódica que debe presidir

1314 James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, Trad. Leonardo Prieto Castro, Barcelona 1936, pp. 602 y ss. cuyo párrafo 90 se intitula *Ampliación de la responsabilidad-impugnación de actos del deudor.*

1315 Henri Leon y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, Trad. Luis Alcalá Zamora, Bs. As. 1959, T. 1-3, p. 370.

los estudios sistemáticos, tal y como acontece cuando el título III, del libro segundo del código de procedimiento civil italiano, intitulado **De las impugnaciones,** expresa en el artículo 323 que aparte de la regulación de competencia en los casos previstos por la ley, los medios para impugnar las sentencias serán: la apelación, el recurso de casación, la revocación y la oposición del tercero. [1316] Si la regulación de competencias se ha de entender como medida impugnativa, quedarán confundidas en este capítulo la distribución tanto como la solución de cuestiones de competencia, que no siempre llevan a la contienda.

Pero la disposición italiana no alcanza similitud con la previsión del Art. 926 del código distrital mexicano, que habla de la impugnación de la adopción, la cual no puede promoverse en diligencias de **jurisdicción** voluntaria. Entonces resulta que esta palabra va abriéndose en significación, a medida que se pasa de una legislación a otra. Y no sólo esto, sino que la doctrina de un país emplea el término con un significado diverso al que tiene en las demás. En Brasil, José Frederico Marques [1317] se refiere a la impugnación como una disputa entre los acreedores del deudor común que impide la ejecución del crédito, mientras que en Italia, Carnelutti [1318] coloca a la impugnación después de la revocabilidad y de la anulabilidad, para desenvolver el concepto del remedio, pasando de una noción meramente negativa hasta llegar a una positiva que culmina con la reforma. En realidad para este autor el capítulo de los remedios recorrería las secciones de la nulidad, la impugnación, la corrección y la revisión. Y todavía más adelante [1319] clasifica las impugnaciones en reparaciones y revocaciones, las que subdivide en oposiciones, revocaciones, apelaciones y reclamaciones.

Todo este conjunto de datos discrepantes, si no es que de notas contradictorias, justifica el replanteamiento del problema. Lo menos que se puede hacer en este campo es poner orden, sea adhiriendo alguna de las tesis en boga o simplemente sustentadas con acierto, sea buscando el común denominador en las más de ellas, o bien, recorriendo de nuevo el camino para recuantificar el concepto.

Lo más fácil sería invocar, como lo hicieran Carnelutti y José Becerra Bautista, [1320] la etimología del vocablo: impugnar proviene de **impugnare,** formada de **in** y **pugnare:** combatir. Pero se ha venido confirmando que las palabras sirven a la expresión y no al encadenamiento del raciocinio. Si alguna vez, en sus orígenes latinos, impugnar fue sinónimo de luchar o

1316 *Apéndice* al *Sistema* de Carnelutti, T. I, p. 492.
1317 *Institucoes*, cit., T. V., p. 351.
1318 *Sistema*, III, p. 573.
1319 Id., p. 620.
1320 *El proceso civil en México*, 1963, pp. 17 y ss.

atacar, para la ciencia procesal no basta recordar el primitivo significado, porque el jurista pule su terminología para efectuar invariaciones precisas y los sinónimos suelen estar reñidos con la certeza del concepto.

a) Hay en la impugnación un dato que no debe olvidarse: el dinamismo de la instancia. La impugnación es la aplicación del instar con un fin particular, individualizado. La peculiaridad que singulariza a este tipo de instancia es aquella pretensión de resistir la existencia, producción o los efectos de cierta clase de actos jurídicos. En cuanto resistencia activa, plasmada en una instancia, la impugnación recuerda otros ejemplos de actividad dinámicamente regulada, particularmente a la acción procesal; pero aun en el supuesto de que ciertas manifestaciones impugnativas utilicen a la acción, todavía queda por esclarecer la diferencia.

Es interesante observar cómo, a partir de la imponderable aportación de Bülow respecto a los presupuestos procesales, se ha ido formando una evolución de estas nociones, al grado de que ya se ha distinguido entre requisitos constitutivos de la pretensión como contrapuestos a los presupuestos procesales.[1321] En la base de estas figuras aparece la pregunta sobre las circunstancias prácticas que deben realizarse para que el juez pronuncie una providencia favorable a la pretensión.[1322] En otros términos, se inquiere por las condiciones en que puede constituirse y desarrollarse determinada relación jurídica que la doctrina ha limitado a la acción y al proceso.

Probablemente porque la impugnación ha sido confundida con la acción en cuanto acto, y con el proceso en tanto procedimiento, es por lo que no se ha profundizado en la aplicación de la condicionalidad a este aspecto del sistema procesal.

Sin embargo, cabe sospechar que es por este camino que puede encontrarse la naturaleza de la impugnación y sus notas distintivas de otras instancias o derechos dinámicos. Podría decirse que la coloración del objeto a conocer le viene a dar su condicionalidad, porque lo sustantivo del acto: la instancia, parece repetirse en otras manifestaciones, como la petición, la denuncia, la querella, el reacertamiento administrativo, la queja y la misma acción procesal.

Pero antes de indagar sobre las condiciones de la impugnación, es indispensable analizar el concepto mismo de condiciones, puesto que la doctrina suele mencionar apenas dos casos: los requisitos y los presupuestos, y no siempre resultan ni absolutamente precisos ni suficientemente significativos, porque no abarcan el total de las circunstancias en que se realizan los actos o los procedimientos.

1321 Piero Calamandrei, *Instituciones*, Bs. As. 1943, pp. 181 y 270.
1322 Id. p. 180.

La idea de la condicionalidad en el derecho procesal ha sido ya desarrollada antes,[1323] de manera que ahora bastará repetir que si la tesis de Bülow no se mantuvo en su puridad, fue debido a que el autor cometió dos errores: situar a los presupuestos como condiciones previas al proceso, y observar sólo el momento constitutivo de éste. A pesar de sus contundentes argumentos y su erudita investigación, la experiencia vino a demostrar que el ataque a la relación procesal no se limita al inicio de la serie sino que puede surgir durante su posterior desenvolvimiento. Algunas cuestiones, como las vinculadas con la habilidad del actor y con la existencia misma del litigio, son condiciones que han de anteceder al acto de demandar; pero otras como el tiempo de hacerlo, la forma, las cauciones de que hablara y los documentos que han de acompañarse a la demanda, son circunstancias actuales como pueden serlo de la réplica o de las confirmaciones.

Un último grupo de condiciones está fuera y frente al acto respectivo, son como los carriles en que debe deslizarse el vehículo, como los puentes y túneles que debe atravesar. Se trata de elementos que van al encuentro del acto cuando se produce y para darle eficacia. El resultado de esta revisión es una clasificación en tres sectores: condiciones previas que pueden llamarse supuestos, condiciones actuales que han de recibir la denominación de requisitos y condiciones inminentes que deben conocerse como los presupuestos.

Los supuestos se caracterizan por anteceder al acto de que se trate, ya sea la relación que constituye la demanda, o aquella que se ubica en la jurisdicción, y aún del mismo proceso. En cambio, los requisitos auxilian a la regular aparición del acto, le acompañan en el presente de su manifestación. Los presupuestos, a su turno, son el cúmulo de datos que deben estar previstos, que deben consignarse normativamente de antemano para que el acto consiga su efectividad.

Uno de los motivos de la confusión reinante en la actualidad, ha sido el hecho de que ciertas condiciones operan como supuestos en un extremo y como presupuestos en el otro. Así, para la acción el presupuesto es la jurisdicción y la consiguiente reacción. A su turno, para la jurisdicción el supuesto es la acción y el presupuesto la reacción. El sujeto que ejerce la jurisdicción tiene legalmente conferida una competencia, que para la acción es presupuesto en tanto que para la dicha jurisdicción es meramente un supuesto. Este juego flexible de la condicionalidad puede ser entendido en cada caso si se le presta la debida atención.

b) La instancia dinámica que implica la impugnación, tiene una condicionalidad peculiar, por lo mismo que en su ámbito se imponen datos legales que no puede regir para otros actos. La conveniencia de clasificar

1323 Supra Nº 127 y 128.

las condiciones en requisitos, supuestos y presupuestos, no es meramente didáctica, porque basta llegar hasta el fenómeno impugnativo para confirmar que en la práctica, tanto como en la teoría, su identificación y su regulación no tendrían la eficacia adecuada si se les considerara en absoluto aislamiento.

En toda impugnación aparecen como supuestos ciertas conductas ajenas al titular de la instancia: resoluciones u omisión de ellas. Combatir el acto o la abstención es el motivo de la impugnación. Si el análisis se limitara a estos datos, carecería de suficiencia, porque el ataque a las conductas ajenas se puede efectuar sin verdadera y propia impugnación; pero en este caso se trata de conductas impositivas, de mandatos, de actos u omisiones de una función autoritaria. Un solo ejemplo puede bastar a la inteligencia de este fenómeno: el ataque a la omisión del tercero puede vincularse con el juzgador que retarda la emisión de la sentencia, o con el demandado que deja de reaccionar. La impugnación se limita al primer caso, porque se trata de una autoridad o de un particular que actúa en una función autoritaria como es dirigir la serie procesal del arbitraje; pues en la hipótesis del demandado procede simplemente el acuse de la contumacia, una denuncia o una petición, según el régimen que establezcan los códigos vigentes.

Los requisitos de la impugnación atañen al tiempo, forma y contenido. Es conocido el caso de impugnaciones que no tienen plazo fijo para ejercerse, como la queja por incumplimiento en el amparo mexicano; pero estos extremos reciben su explicación de la política legislativa que persigue una tutela particular. Lo normal es que toda impugnación deba hacerse en tiempo cierto, hay un plazo para instar que puede consistir en el transcurso de horas como en la revocación judicial, o elevarse hasta años en la revisión que tiene ascendencia hispánica.

Además, se requiere una forma, una determinada consistencia del acto, que puede limitarse al anuncio como en la apelación mexicana, o alcanzar las exigencias de una demanda como en el recurso administrativo que aquí se ha venido denominando el reacertamiento. Por su forma, el acto se aparta de otras instancias en su mera exterioridad; y esta forma puede incluir el lugar de presentación, aunque no es constante este requisito, y no faltan ejemplos de impugnaciones que pueden entregarse por diversos medios: correo, telégrafo o a través de otras autoridades, al tenor de lo que sucede en el amparo mexicano muy particularmente.

En cambio el contenido, es el dato que individualiza a la impugnación. Unas veces queda en la simple manifestación de voluntad de combatir como en la ya indicada apelación civil mexicana; pero otras llega hasta la minuciosa expresión de hechos y fundamentos de derecho: motivación, expresión de agravios o conceptos de violación.

El territorio de los presupuestos comprende diversos aspectos. Ante todo se encuentra la competencia del destinatario del acto: necesariamente una autoridad. Después, el modo de sustanciar, una vía adecuada a la impugnación. Y por último, un objeto que enlazado al supuesto de la conducta combatida, da el resultado eficiente de la instancia.

Es menester advertir que el presupuesto de la competencia no conduce a la búsqueda de una autoridad en todos los ejemplos, pues hay extremos como el caso del arbitraje privado, en que la facultad para resolver una impugnación se encuentra atribuida a otro particular; pero entonces se tendrá en cuenta que este sujeto está actuando en una función pública sin por ello alcanzar la calidad de funcionario estatal. Por lo demás, hay varias funciones públicas realizadas por sujetos privados que van desde la hipótesis del voto hasta las certificaciones médicas, las bancarias, las de los corredores y los notarios públicos, etc.

Por su parte, el procedimiento hace pensar en la diversidad de vías, según que se vaya ante el propio sujeto de la conducta impugnada, es decir la vía horizontal en la terminología de Jaime Guasp, [1324] o que se ascienda al superior jerárquico; la vía vertical es distinguida por el mismo Guasp en virtud de que se puede ir al superior o al grado supremo.

En cuanto al fin, la impugnación tendrá que distinguirse en el tipo de conducta que se persigue: una mera censura, una verdadera crítica o un típico control. Tal vez esta materia sea la más relevante, porque permite deslindar los medios conocidos y al mismo tiempo, intentar una sistematización con mayor adecuación.

Quien censura destruye, no se limita a detener los efectos, ni se queda en la valoración. El censor acomete la anulación, hace desaparecer la conducta impugnada, la califica de nada jurídica y la lleva a su desaparición.

La crítica tiene una particular manifestación. No sólo en el orden jurídico, sino en el más general de la conducta humana, un crítico es quien, colocándose en la posición del criticado, intenta rehacer, reproducir su actividad. No tendría sentido que el crítico fuera una persona lega en el tema que analiza, pero tampoco cabría conferirle simple potestad de anular. En el momento en que el crítico estudia la materia impugnada, asume el papel que el criticado tuvo cuando efectuó el acto: aquí, cuando resolvió. Es por ello que el crítico puede llegar al mismo resultado o a uno diverso: modificación o revocación, llamada en la doctrina española la reposición.

Tema aparte es el del control. No hay duda que la palabra está todavía en el período de cuantificación. Más aún, en virtud de las transformaciones sociales y políticas que se contemplan en los Estados modernos, el control suele entenderse como inspección, vigilancia, fiscalización o valoración.

1324 *Derecho procesal civil*, cit., p. 1383.

Pero en éste, como en todos los casos en que la terminología tiene importancia determinante, es obvio que ha de comenzarse por individualizar una entre varias significaciones comunes del término. Se trata de un momento arbitrario, que se ha presentado siempre a los estudiosos de cualquiera rama o ciencia, y que por ello mismo está expuesto al rechazo de los doctrinarios y a la natural reserva de los legisladores. Pero nada de ello puede impedir que en la inacabable tarea de la investigación, el estudioso continúe buscando, encontrando y proponiendo neologismos, restricciones de significación en viejos términos, adecuaciones entre el sentido corriente y el elegido.

Con esta intención se hace aquí la proposición de limitar el término control a una de sus conocidas significaciones: verificación. No se niega que control se haya empleado también con mayor o menor razón para aludir a otras cuestiones que muchas veces resultan excluyentes entre sí, ni se desconoce que otras disciplinas tienen el mismo motivo para sugerir un determinado contenido como sucedería en política o en economía, en física o en sociología. Pero lo importante está en trabajar técnicamente con el sentido seleccionado, es decir, en combinar siempre el mismo significado en todas las invariaciones que exija la ciencia respectiva.

Así pues, aquí se toma la palabra control como la verificación entre dos resultados: uno previsto de antemano y otro encontrado **a posteriori**. Cuando en una planeación, o simplemente en una regulación cualquiera, se dispone la consecución de un fin preciso, basta considerar el producto obtenido y contrastarlo con el buscado, para decidir si hay o no ajuste. El control, así entendido, aun limitado al campo jurídico puede tener varias aplicaciones, desde el autocontrol efectuado por los órganos del Estado cuando uno se encarga particularmente de verificar si los actos de los otros se ajustan o no a la Constitución, hasta el realizado por vía disciplinaria dentro de una misma jerarquía o competencia, como acontece cuando el titular de un ramo revisa los resultados de las tareas encomendadas a sus subordinados. En esta parte del control comienza ya a percibirse una cooperación de los justiciables, al permitir que sus quejas sean motivo para averiguaciones que permanecen delimitadas dentro de la actividad oficiosa de la estructura orgánica.

Pero el control que ahora importa es el realizado a base de impugnaciones, porque aquí la autoridad analiza la conducta atacada mirando la consecuencia o resultado concretos. Si se trata de sentencia, el control permite confrontarlas con la norma aplicable sin tener que repetir el enjuiciamiento. Lo mismo la casación que el amparo logran un control ajustando la regla que debió respetarse al pronunciamiento emitido. Si existe adecución, el controlador rechaza la impugnación, pero en el supuesto contrario desaplica el fallo, no lo anula ni lo revoca sino que se limita a impedir su eficacia.

La censura que va en la nulidad del pronunciamiento combatido significa la eliminación del acto como supuesto normativo. El resultado es que no hay caso juzgado. Por su parte, la crítica va más allá y sustituye, no se limita a eliminar sino que modifica o revoca, es decir, pone otra resolución en lugar de la impugnada. En cambio en el control hay un obstáculo, un impedimento que separa el resultado de su eficacia. En la antigua Roma se conoció el fenómeno con la **intercessio** y en los derechos modernos se habla de la revisión alemana, la casación francesa y el amparo mexicano. Estas instituciones tienen entre sí grandes diferencias, sobre todo la última respecto a las dos primeras; pero no se trata de sostener que no hay evolución en cada campo, sino de identificar el objeto de conocimiento a base de sus notas más características. Tal vez la casación sin reenvío haya perdido ese dato controlador de que se viene hablando, y así resulte que la casación española en lo penal, tenga más de una tercera apelación que de simple control; lo prudente será indagar en qué situación ha caído cada figura, estudio que no es motivo de rectificaciones teóricas, sino de confrontaciones empíricas. También del amparo se ha dicho que es una casación en lo civil y en lo penal, y sin embargo hay una fuerte oposición a esta tesis, lo que importa en todo caso, es averiguar lo esencial de las instituciones y parangonar sus coincidencias sea en el procedimiento o en el resultado.

c) En virtud de la condicionalidad que rodea a las impugnaciones, se puede intentar una sistematización, comenzando por las instancias y mirando a los supuestos, los requisitos y los presupuestos.

Hay, desde luego, un tipo de impugnación que se aparta del resto por su misma consistencia; esto tiene ya una explicación razonable, en cuanto se trata del accionar procesal, que antes de significarse por las condiciones, se identifica por su proyectividad. Si la apelación es una impugnación que se hace utilizando a la acción, lo único que tendrá que averiguarse es la diferencia entre la acción del primer proceso y la acción del segundo, y esto llevará a contrastar las pretensiones y no las instancias proyectivas. En todo caso se podrá decir que no hay apelación sin previo proceso, pero son notas prácticamente secundarias frente a lo decisivo que es la trilateralidad de sujetos, la bilateralidad del instar y la contraposición en el pretender.

Fuera del caso de una instancia de tales calidades como es la proyectiva, el resto de las impugnaciones se confundiría en la sencillez de la relación dinámica que es un simple actuar hacia la autoridad. Probablemente otras instancias tendrían un tratamiento similar si se mirara tan sólo a la estructura jurídica, porque entre petición y reacertamiento, denuncia y querella o queja, no habría principio de división, a menos de atender a circunstancias concretas. En la práctica es frecuente con-

fundir una petición de audiencia con un reacertamiento administrativo, y apenas se puede encontrar un punto de apoyo, si se mira a la respectiva condicionalidad de los ejemplos.

Además de la clasificación sugerida por Guasp, entre recursos horizontales y verticales, se ha hablado también de tipos ordinario, extraordinario y excepcional,[1325] y aun de remedios frente a recursos.

A esas clasificaciones ya consagradas doctrinaria o legalmente, se han añadido, si no es que debieron sustituir a las que no se apegan al cuadro positivo de las legislaciones, otras que siguen criterios diversos. Así, se separan remedios y recursos, especialmente porque se advierte que las condiciones de operación varían de un extremo a otro. Pero la separación no resulta el producto de una teoría precisa y acabada, y apenas se informa que en los casos en que se busca la reparación de un perjuicio por errores que puede rectificar el mismo órgano, se emplea un remedio, sin que ello sea algo definitivo ni general, porque, explica Alsina,[1326] el recurso de reposición, por ejemplo, no siempre se funda en un error y de él conoce el juez de la sentencia.

Todavía más, en la doctrina alemana se designan remedios a figuras tan variadas como la solicitud de reposición en caso de contumacia, la oposición contra la sentencia contumacial o la oposición contra el mandamiento de embargo.[1327] Estas oscilaciones en la clasificación, no ya de las impugnaciones, sino de los simples recursos, llegan hasta su diversificación por razones tales como la índole de las resoluciones combatidas;[1328] o bien como un trasunto de los tipos horizontal y vertical, de recursos que van al **a quo** o al **ad quem**, es decir, devolutivos o no devolutivos, y también considerando al sujeto, en recurso de las partes o del juzgador.[1329]

Resulta forzoso inquirir si tales clasificaciones tienen, no sólo un punto de partida plausible, sino una justificación por las necesidades metódicas o técnicas. Si, por ejemplo, un recurso y un remedio tienen supuestos se-

1325 Op. cit., p. 1381 pero esta idea parece encontrar su exposición primera en la obra de Alcalá Zamora y Castillo *Los recursos en nuestras leyes procesales*, en *Estudios de derecho procesal*, Madrid 1934, pp. 64 a 65, donde señala como ordinario la reforma-reposición, reforma y súplica, la apelación y la aclaración si se estima como recurso; extraordinarios serían la queja cuando se utilice contra una injusticia tan manifiesta y contra un abuso del cargo tan patente, que traigan consigo la responsabilidad judicial, o por lo menos la corrección disciplinaria si el recurso prospera; cit., p. 45, la nulidad, la casación-nulidad en lo contencioso administrativo y la revisión en el código del trabajo, y la responsabilidad. Como excepcionales menciona a la revisión y rehabilitación, la audencia llamada de rescisión.

1326 *Tratado*, Bs. As. 1961, T. IV, p. 190.

1327 A. Schönke, *Derecho procesal civil* p. 299, para quien son recursos sólo la apelación, la casación y la queja, pues los remedios no originan la competencia de un tribunal superior y carecen del efecto devolutivo.

1328 Incidentales y de trámite, de fondo y definitivas y de fondo firmes, Cfr. Alcalá Zamora, *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua*, cit., p. 164.

1329 Id.

mejantes, condiciones similares y presupuestos iguales; siendo la misma su naturaleza no se alcanzaría la razón de ser de tal separación. Si un recurso no devolutivo puede ser horizontal o vertical, no se aprecia por qué han de consignarse en renglones diferentes.

Hay otros problemas más serios respecto a estas clasificaciones, entre los que destaca el que se hable de recursos excepcionales cuando se está frente a resoluciones inimpugnables, lo que viene a presentar una paradoja vista por los mismos autores que han sostenido la tesis.[1330]

Dos obsevaciones complementarias merece lo anterior. La primera que el concepto de recurso ha variado de la antigua idea de la doble instancia hacia un concepto nuevo del doble proceso; y la segunda, que no toda impugnación ha de caer en la noción del doble proceso. Ya Bülow,[1331] advertía que todo el derecho procesal civil estaba basado en los conceptos de oposición y derecho de impugnación.

Esta enseñanza de Bülow fue recogida y amplificada por Calamandrei, quien estableció que entre la preclusión de las impugnaciones ordinarias, y el impedimento de un juicio ulterior diverso sobre el punto decidido, existía la misma diferencia que se contemplaba entre el caso juzgado material y la autoridad inimpugnable de la sentencia.[1332]

Cabe imaginar, añadía el autor, un ordenamiento en el que contra la sentencia regularmente pronunciada en primer grado, no se dé recurso alguno de instancia ulterior, como en el derecho romano de la edad clásica carente de jerarquía burocrática; sobre esta hipótesis se puede pensar en el caso de una sentencia nacida con defectos de actividad; si se trata de

1330 Mientras Alcalá Zamora, *Examen crítico*, cit., p. 164, indica que la clasificación dominante establece la posibilidad de unos recursos excepcionales, caracterizados más bien como acciones impugnativas autónomas, los cuales se singularizan por romper la unidad del proceso con el proceso recurrido, y por dar lugar a una nueva tramitación que no afecta tanto a la firmeza de la resolución, sino a su autoridad de caso juzgado, ya que constituyen un ataque al proceso principal, en vista de una acción autónoma distinta que se ventila en proceso independiente, categoría de los recursos excepcionales que, a diferencia de los medios ordinarios y extraordinarios de impugnación de una sentencia, podría explicar cómo ciertas sentencias son firmes, esto es irrecurribles, y sin embargo admiten frente a sí esta clase excepcional de ataques, como el llamado recurso de revisión, Guasp, en la op. cit., pp. 1381-2, explica que la categoría de los recursos excepcionales, configurados como acciones impugnativas autónomas, se basa en la concepción del recurso no excepcional como mera continuación o apéndice del proceso principal en que se dictó la sentencia recurrida. Ahora bien, agrega, esta concepción es equivocada por cuanto ningún proceso de impugnación se identifica con el proceso principal en el que se imite la sentencia recurrida, sino que todos los procesos de impugnación son independientes y distintos, aunque conexos y ligados funcionalmente al proceso principal de que parten. No hay posibilidad, por tanto, de que el recurso excepcional, que designa a aquel que ataca a una resolución firme, se configure como una acción impugnativa autónoma, pues todos los recursos son acciones impugnativas autónomas y la ruptura de la unidad del proceso es característica de ellos.

1331 *Civil prozessualische Fiktionen und Warheiten*, en *Archiv, Für die civ. praxis LXII*, pp. 75 y ss., citado por Calamandrei en *Vicios de la sentencia y medios de gravamen* en *Estudios*, p. 422, nota 4.

1332 Cit., p. 425.

elementos esenciales sin los que la palabra sentencia no podría ser empleada, el estado de hecho puede constituir una sentencia aparente sin efectos de derecho, debiendo hablarse entonces de verdadera y propia inexistencia; en todo caso, el interesado no intentaría modificar una situación jurídica positiva, sino que se dedicaría a hacer reconocer y mantener la situación negativa, ejercería una pretensión de declaración de mera certeza negativa.

Pero si el defecto de actividad no figura entre los que producen la inexistencia procesal del fallo, éste nace y tiene vida, de manera que la ley puede conceder a la parte un derecho de impugnación que no será declarativo sino pretensión constitutiva, que con efectos **ex tunc** provoque la sentencia anulatoria.

Por último, cabe que resultando la sentencia de un proceso regular en sí, haya decidido sobre un material no recogido de acuerdo con la libre disposición de las partes. Si la recolección del material no se ha hecho en condiciones de paridad y se ha perjudicado a una de ellas, contribuyendo a la imposibilidad de la defensa válida, entonces esta sentencia perfecta según el derecho estricto, es impugnable por contraria a la equidad, y la ley concede la restitución contra sus efectos, la destrucción del estado jurídico creado por el pronunciamiento y la parte ejercerá otra vez una pretensión constitutiva, similar a la de la sentencia anulable, aunque con motivos diversos, como el vicio extraño al proceso, pudiendo hablarse de sentencia revocable.[1333]

Más adelante, y para completar el cuadro impugnativo con los medios de gravamen. Calamandrei ofrece una síntesis en que se distinguen tres grupos:

i) Vicios que atribuyen a la sentencia desde su nacimiento un carácter negativo de ineficacia, los cuales forman dos hipótesis. En la primera faltan elementos constitutivos del acto procesal y hay inexistencia del fallo. En la segunda hay falta en la sentencia procesalmente válida, de un contenido capaz de decidir la relación controvertida, como en la nulidad de sentencia. Contra este primer grupo se da una pretensión de declaración negativa de certeza.

ii) Vicios que no impiden a la sentencia adquirir prácticamente plena eficacia, pero la exponen a perder su efecto si el interesado acciona para modificar la situación producida. Se distinguen también dos hipótesis En la primera el defecto de actividad en la construcción del proceso no implica falta de elementos constitutivos del pronunciamiento, hay anulabilidad de la sentencia. En el segundo hay presencia de influencias extrañas al proceso que han obstaculizado la libertad de una parte en la resolución del material de la litis, y hay revocabilidad de la sentencia. Contra este segundo grupo de vicios se da una acción de impugnación de carácter constitutivo.

1333 Op. cit., pp. 422 a 433.

iii) Simple defecto de juicio que da lugar a una sentencia injusta y que provoca un remedio que califica el autor como medio de gravamen: típicamente la apelación. [1334]

Así pues, los llamados recursos excepcionales vendrían a ser medios impugnativos para atacar el contenido lógico del fallo, aunque la situación formal del acto fuera inderogable. Pero entonces, esta clasificación y las demás ahora aludidas, aun la misma de Calamandrei, no ofrecen suficiente apoyo para una sistematización, principalmente porque acuden a circunstancias de hecho, a criterios de legislación positiva variables y hasta contradictorios. Baste pensar que la apelación, medio de gravamen típico para Calamandrei, se emplea constantemente para impugnar vicios de procedimiento; y que los medios de control se han estimado como anulaciones de sentencia injusta y no sólo de la viciada procesalmente. Calamandrei, [1335] ejemplifica la nulidad de sentencia con el caso del fallo procesalmente perfecto, que sin embargo tiene un contenido incapaz de decidir la relación controvertida en modo obligatorio; pero acontece que este fenómeno, generalmente de incongruencia, está tutelado también por la aclaración de sentencia que se califica de simple remedio.

d) La idea de buscar la sistematización del cuadro impugnativo ha de comenzar por desprenderse, así sea transitoria o provisionalmente, de las distinciones contenidas en las leyes vigentes de cualquier país.

Ante todo, en virtud de los supuestos, tendrá que pensarse en impugnación siempre y cuando se trate de una conducta autoritaria. Esto elimina cualquier otro tipo de oposición, contradicción, debate o resistencia a la conducta de un particular. Pero debe recordarse que los sujetos privados también efectúan actos autoritarios cuando se les encomienda un arbitraje, de manera que si contra el actor no cabe accionar impugnativamente, sí es adecuado hacerlo contra el árbitro.

Cuestión especial será la de esclarecer si contra el perito designado por el tribunal, contra el secretario y otros auxiliares de la administración de justicia, cabe la impugnación. La doctrina ha calificado de órganos parajudiciales a los sujetos que sin ser jueces y aun siendo partes o interesados, adoptan determinadas resoluciones y acuerdos en el procedimiento, como los síndicos, los interventores o el consejo de familia. [1336]

Desde luego, no parece que tengan aplicación a estos casos los verdaderos recursos, que al decir de Alcalá Zamora, [1337] son actos de parte que

1334 Op. cit., pp. 438-9.

1335 Cit., p. 437.

1336 Cfr. Alcalá Zamora, *Panorama*, cit., pp. 192 y 323 nota 502.

1337 *Examen crítico*, cit., p. 181.

atacan resoluciones del juzgador. Pero si se trata de resoluciones que pueden adoptar simples órganos parajudiciales por lo menos debe hablarse de impugnaciones.

Nuevos problemas se presentan al observar que existen actuaciones judiciales no procesales. La doctrina coloca como género a las primeras y como especies a las diligencias o sean los actos de sustanciación o tramitación, y a las resoluciones como actos de decisión.[1338] Pero no solamente las actuaciones de trámite, sino las mismas resoluciones pueden quedar fuera de la relación procesal, como cuando se trata de materias orgánicas, disciplinarias, administrativas y aun legislativas o reglamentarias.

Resulta de lo anterior que el supuesto será siempre una conducta autoritaria, aunque el sujeto de ella no sea propiamente una autoridad, siempre que ejerza una función pública. Pero la conducta puede ser positiva y manifestarse en actos, u omisiva en las abstenciones, de manera que no podrán asimilarse hipótesis tan diversas como la negativa a lo pedido con la omisión que puede entrañar simple falta de respuesta o el incumplimiento de un deber, como se mira cuando no obstante el impedimento no se excusa el funcionario, o cuando no vigila a los auxiliares y cae en la negligencia.

Con independencia de la denominación que reciban las impugnaciones, es indiscutible que la diferencia de supuestos fuerza a realizar una separación entre ellas, comenzando por las que atacan conductas positivas o actos, frente a las que combaten meras abstenciones. Sin embargo, es necesario advertir que en el derecho positivo, la ausencia de una teoría de la impugnación, ha permitido asimilar diversos tipos de impugnación por el procedimiento implantado. En algunos casos, esto no sólo es posible sino plausible si, al menos, se hacen coincidir los resultados como acontece con el amparo, que siendo procedente contra actos y omisiones, termina con una sentencia que en todos los casos es pronunciamiento sobre la aplicabilidad del derecho; de manera que frente al acto realiza una desaplicación y ante la omisión conduce a la aplicación.

En orden al procedimiento, la cuestión de política legislativa está en determinar, por ejemplo, cuando debe ejercerse una instancia simple y cuándo una proyectiva. Si para atacar un acto se ha de utilizar una inconformidad o un proceso, es problema que el legislador debe resolver, porque todavía no hay una ciencia exacta sobre el particular. Pero un primer paso para alcanzarla está en la tipificación de los supuestos, en vista de que cada uno debe provocar su medida correctiva. Esto se evidencia al convenir en que los actos pueden ser modificados, anulados, reformados

1338 Alcalá Zamora *Panorama*, p. 292, nota 222.

y desaplicados, pero no así las abstenciones ante las que sólo puede ordenarse la conducta contraria. Y no debe confundirse la omisión con la negativa, porque ésta puede corregirse eliminándola, modificándola, concediendo lo negado y aun impidiendo las sanciones por llevar a cabo la actividad prohibida. Pero la simple abstención no puede ser eliminada de la misma manera y la correción tiende a provocar el actuar.

e) Efectuada la primera separación entre actos y omisiones, conviene advertir que si las últimas no admiten subdivisiones, como no sea por la cantidad: omisión total frente a omisión parcial; el acto engloba diferentes manifestaciones que han de separarse.

Por lo pronto se debe atender a la materialidad y distinguir entre el mandato y la operación, pues en unos casos la autoridad se dirige a los individuos y en otras actúa sobre las cosas.

La operación puede lesionar derechos o intereses de terceros y exigir la impugnación; sin embargo, no es igual el hacer sobre la materialidad de los objetos físicos, que el hacer sobre las relaciones jurídicas. La operación se limita al primer campo, pues en el segundo se trata del actuar legislativo, como cuando se hace o expide un reglamento que no transforma la realidad por sí, aunque impera sobre las conductas.

La operación incluye lo que la doctrina ha llamado hechos, como detentaciones y aprehensiones de personas sin previo mandamiento. No hay duda de que el hombre está en la materialidad natural y que, por ende se modifica la constelación física si el individuo es impedido de actuar libremente. Asimismo, en muchas ocasiones un agente de la autoridad procede a decomisar bienes por propia decisión, y también aquí se estará frente a una operación.

Hasta qué punto una operación sea el supuesto jurídico de una impugnación, es el resultado de conceptuar a la conducta como autoritaria o simplemente acto arbitrario. La doctrina habla de actos privados, de meros hechos o, como se expresa en algunas legislaciones iberoamericanas, como Colombia o Panamá, de actos no acusables.

En México, la jurisprudencia ha establecido que no cabe el amparo frente a autoridades de hecho, y con ello se ha significado que el acto y aun la operación podrán ser materia de un juicio penal, pero no de la impugnación a través de la queja constitucional. En esta misma línea de exclusiones se deben mencionar ciertos actos inimpugnables, calificados como discrecionales, o como actos políticos y también se agregan los actos privados de las autoridades legítimas.

Vista una discusión demasiado generalizada, sobre la diferencia de las conductas autoritarias, según sean generales o particulares, se han separado los actos por antonomasia de las leyes. En puridad, es bien difícil

establecer entre ellos un límite por la cantidad, ya que hay leyes exageradamente particularizadas y actos de evidente generalidad; de ahí que se haya llegado a la concepción del acto regla.

Parece que la solución ha de buscarse en la complejidad de los elementos, y, como ya se ha manifestado antes,[1339] la ley puede distinguirse por el acto de su imposición y no por su contenido más o menos general, abstracto o impersonal, notas que vienen a completar el primer dato y que no sirven aisladas para lograr una definición adecuada. Como sea, deben separarse actos y leyes, porque las últimas presentan problemas de impugnación que no tienen paralelo en los primeros. Las leyes pueden ser combatidas con la instancia del particular hasta un cierto límite y en los países de régimen constitucional, es precisamente la Constitución el límite preciso.

Otro problema, no menos importante, se encuentra en esa circunstancia que ha llevado a hablar de leyes autoaplicativas. Desde luego la primera cuestión está en el nombre, por lo que si se varía la terminología cambia el panorama. Lo que acontece con este tipo de normas es que al expedirse constituyen situaciones jurídicas para los particulares, y al hacerlo, es primer destinatario de la ley el sujeto agraviado, a él corresponde hacer, no hacer o dar, sin que se precise el acto de la autoridad administrativa o judicial.

f) En la revisión de las condiciones, la de menor influencia en la sistematización de conceptos parece ser la que corresponde a los requisitos.

Naturalmente que comprendiendo los datos atinentes a la forma, al lugar y al tiempo de la impugnación, los requisitos pueden determinar la procedencia de la instancia y su ausencia provocar la inadmisión. Pero lo que aquí interesa es que los requisitos operan ahora como lo han venido haciendo en todo el fenómeno procedimental. Si, por ejemplo, se habla de un plazo de veinticuatro horas para instar impugnativamente, esto puede vincularse con el procedimiento de censura, de crítica o de control sin que, teóricamente, haya razón alguna para preferir otras delimitaciones según se trate de un tipo de impugnación o de otro.

En el procedimiento distrital mexicano se observa que la sanción disciplinaria puede impugnarse oralmente en tanto que la aclaración de sentencia debe hacerse por escrito. La revocación ha de intentarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación, mientras que la nulidad de una actuación ha de reclamarse en la subsecuente. La incompetencia del juzgador se impugna ante él o ante otro de su jerarquía según se inste por declinatoria o inhibitoria; pero la queja por negada apelación se ha de interponer ante el superior inmediato. Si se trata de la queja

1339 Supra Nº 77.

constitucional, el amparo puede presentarse ante la responsable, ante el juzgador del amparo, por correo, por telégrafo y a veces por conducto de los jueces comunes.

Si se prescinde de otros requisitos menores o contingentes, como el idioma, las horas hábiles, los documentos que acreditan la personalidad o fundan el derecho, y las copias que deben acompañarse, queda como fundamental el atinente a la razón de pedir.

La denominación intenta abarcar otras calificaciones, como agravios, conceptos de violación, fundamentos de la pretensión, interés en obrar y aun perjuicio jurídico. Todas estas expresiones miran al mismo objeto de conocimiento y sólo se distinguen por la ley aplicable. No hay, pues, tratándose de impugnaciones, una tajante separación que permita distinguir las instancias por este motivo.

Por tanto, la tipificación a base de requisitos sería relativa, no permitiría **a priori**, que es lo que necesita la ciencia, una clasificación útil, y sólo se alcanzarían características de menor entidad. Es cierto que mirando a la técnica, algunos tipos impugnativos se enlazan a requisitos que no pueden variar como la forma escrita en los procedimientos escritos, o la oral en los procedimientos verbales; pero si fuera a tomarse como nota trascendental una circunstancia tan relativa, en lugar de hacer teoría se formaría una enciclopedia interminable.

Tal vez, y esto podría ser tema de erudición que alentara la investigación, se podría formar un catálogo de plazos, otro de formas, uno más para el lugar o sede de los actos, etc. Y la indagación no dejaría de tener utilidad, porque al menos se vería que hay un caos en punto a los requisitos, y que lo mismo se puede establecer un plazo de decadencia de quince días como de cinco, de tres días como de veinticuatro horas. El por qué el legislador llega a estos resultados es algo que todavía permanece en lo ignorado; pero desde luego lo aconsejable sería formar el cuadro y estudiar la circunstancia social, económica y de trabajo que permitiera sugerir las mejores soluciones.

g) Si de lo menos importante se pasa a lo más, se llega al presupuesto: la resolución buscada.

Ningún valor tendrían los supuestos y los requisitos si en la sistematización faltaran los presupuestos, esas condiciones que previstas de antemano en el plano normativo se han de encontrar después del instar respectivo, caso por caso.

En puridad no existiría la instancia si faltaran dos de los presupuestos: la vía y la competencia. Cabe llegar al extremo de sostener que en el concepto vía va incluida la competencia, porque jurídicamente no hay camino por donde transitar si, por hipótesis, el mismo se forma con el agre-

gado de los actos de autoridad. Pero como se trata de un auténtico complejo, resulta que sus elementos son escindibles en el análisis teórico y, de un lado se observan las conexiones, en tanto que del otro se percibe la facultad atribuida a la autoridad.

En la competencia se engloban necesariamente dos tipos de actividad de la autoridad: la dirección del procedimiento o proveimientos, y la decisión de la pretensión. Es la última clase de actos la que interesa sobre manera, porque aquí radica la separación entre la censura, la crítica y el control.

Al reunir el total de las condiciones, se propicia una caracterización del acto impugnativo que puede quedar establecida en los siguientes términos: La impugnación es el derecho de instancia legalmente condicionado para obtener la censura, la crítica o el control de una conducta autoritaria.

En esta descripción han quedado encerrados todos los elementos constitutivos del concepto. Se trata de una instancia, porque como todas las manifestaciones de esta clase, hay un derecho perteneciente a una relación dinámica, cuyo ejercicio es el supuesto de una pestación resolutiva, cuyo contenido no alcanza a predeterminar.

Las instancias son, debe recordarse: [1340] i) la petición, ii) la denuncia, iii) la querella, iv) la queja, v) el reacertamiento y vi) la acción.

Todas refieren una pretensión, la cual se enlaza o conecta con una prestación resolutiva. Todas concurren a instaurar un procedimiento, aunque ninguna puede predeteminar el sentido de la resolución, es decir todas provocan la prestación resolutiva, pero ninguna tiene en sí el dato de la forzada concedibilidad de la pretensión. Se tiene derecho a que recaiga resolución, pero no se puede decir, con la sola pretensión referida en cada instancia, que esa solución será necesariamente favorable al pretendiente. La concesión de lo pedido es el resultado de la eficiencia de la pretensión, y si la pretensión es insuficiente o está deficientemente confirmada, la resolución será desfavorable. Sin embargo hay que dejar bien precisado que sin instancia no sería posible transitar el camino que separa lo pretendido de su concesión. La instancia, como ya se ha visto en lo tocante al proceso, puede ser ineficaz y entonces no llegará siquiera a ser admitida, y esto imposibilitará el que la pretensión llegue siquiera a ser atendida.

La impugnación está legalmente condicionada, porque faltando la normatividad positiva, aunque se esté frente a una conducta ilícita, el justiciable no podrá combatirla jurídicamente. Es la condicionalidad de la impugnación lo que la distingue de otras instancias y lo que le permite ser clasificada. Pero como en todas las figuras jurídicas, la condicionalidad ofrece tres ámbitos: el de los supuestos, antecedentes **sine qua non**

1340 Supra Nº 71.

del pretender; los requisitos que son condiciones actuales de expresión, condiciones que acompañan a la instancia, y los presupuestos o condiciones externas **per quam** de la procedencia del instar.

h) Se entra ahora en la parte más trascendente del tema: la sistematización.

Hasta aquí ha habido un análisis, un recorrer los conceptos y su ubicación en el derecho. Se ha intentado encontrar las bases de la posterior construcción, se ha realizado una tarea metodológica; pero no se ha llegado al pragmatismo del sistema, al punto en que la teoría sirve a la práctica, aunque no a un derecho positivo en especial.

Lo último es algo que resulta indispensable atacar, porque son ocupaciones diversas al realizar una invariación **a priori**, proponer una distribución de **lege ferenda** y llevar a cabo la exégesis y tecnificación del derecho positivo. El teórico no puede recibir el apoyo jurisprudencial o el dogmático de la ley vigente, lo cual está al alcance de la mano del axiólogo, de quien busca la reforma inmediata de una legislación. Mientras el tratadista de un ordenamiento concreto busca sus antecedentes, concordancias e interpretaciones, el teórico ha de bajar a la norma en vigor sólo ocasionalmente y para ejemplificar.

En la teoría del derecho procesal, tarea que se ha venido intentando a todo lo largo de estas páginas, lo que priva es la idea de alcanzar una exposición completa, congruente y verificable de todas aquellas nociones o conceptos que constituyen esta rama. Probablemente o quizás con toda seguridad, muchas de las ideas expuestas no concuerdan con las soluciones de una legislación en particular y, a veces, con ninguna. Ello se explica por la hipótesis de trabajo. El teórico tiene que buscar más la congruencia de sus datos que la correspondencia con una normatividad que, finalmente, puede resultar acientífica, inverificable y causante de las anomalías innegables de la práctica.

La teoría, por exigir verificación, no puede estar contra la experiencia, no puede ignorarla ni desacatarla. Pero hay que reconocer que experiencia no quiere decir práctica de una norma. Es sabido que las necesidades sociales están lejos de ser satisfechas con las actuales regulaciones, de manera que ignorar o silenciar el criterio de un legislador o de muchos, no es igual a renunciar a la comprobación de las tesis.

Y todo esto explica el por qué en punto a la impugnación no se quiera volver sobre las leyes actuales o pretéritas. Hasta hoy se han conocido composiciones más o menos extensas de medios impugnativos, y se puede decir que ni el legislador ni la jurisprudencia pueden ofrecer siquiera un catálogo concreto. En ningún ordenamiento se ha expuesto razonablemente un elenco de impugnaciones. No hay sino multiplicación de medios,

tal vez el perecimiento de algunos de nombres anacrónicos, o el surgimiento de otros que tienen del pasado el sonido pero no el contenido. Al mirar los cuerpos legales: procesales y administrativos, y hasta los sustantivos, se van descubriendo figuras y variedades que pueden alcanzar cifras asombrosamente elevadas; pero inquirir por su justificación sería del todo inútil. Se han creado recursos, remedios, objeciones, observaciones y obstáculos de toda índole, pero sin contenido alguno.

De manera que puede decirse que la teoría del derecho procesal seguirá empleando un lenguaje metafísico si una parte importante, un capítulo decisivo de su temario, carece de precisión y exactitud, de verificación y de congruencia con el resto.

La tarea no es sencilla, y no porque el problema sea irresoluble, sino porque la tradición de los nombres pesa tanto, que es necesario combatir al mismo tiempo prejuicios y lugares comunes, viejas creencias y esa propensión del ánimo a conservar lo conocido aunque malo, para evitarse el esfuerzo de operar con nociones que en principio son puras abstracciones. No es sino al llegar a la verificación experimental, que se puede ofrecer un atractivo; pero arribar a este punto sin la teoría es tarea imposible. Parece más cómodo seguir hablando enunciativamente de los recursos que se encuentran en las leyes, más práctico conocer las condiciones en que operan, que buscar su simplificación y sistema; pero esto último debe hacerse y es trabajo que no se puede postergar.

i) El problema a resolver queda planteado en los siguientes términos: si hay un número determinado de resoluciones que son el necesario presupuesto de toda impugnación, ¿por qué se conocen tantas variedades? ¿Es posible efectuar una reducción de instancias impugnativas que se adecúe al número de resoluciones posible?

La nomenclatura de las impugnaciones es tan elevada, que cualquier recuento corre el peligro de quedarse corto. Hay nombres que parecen vivir sólo en la historia: primera y segunda suplicación, recurso de injusticia notoria, **querela nulitatis, restitutio in integrum,** el rescindente y el rescisorio, etc. Otros se atacan por ser neologismos, extranjerismos o barbarismos, como reconsideración o reacertamiento. Y, en fin, los más son ambiguos o equívocos como revocación, inconformidad, etc.

Se está, pues, frente a una constelación de nombres en la que es menester poner orden y concierto. Ya se ha visto que la doctrina propuso clasificaciones tales como recursos y remedios, medios horizontales y verticales, devolutivos y suspensivos, ordinarios, extraordinarios y excepcionales. Sin embargo, los principios de división son incongruentes, lo que permite asimilar o distinguir caprichosamente las instancias. Revocar puede ser horizontal o vertical, devolutivo o suspensivo, ordinario, extraodinario o excepcional, dependiendo todo de datos contingentes que dejan la esen-

cia intocada. Nadie puede decir, **a priori**, si una inconformidad o una revisión van al **a quo** o al **ad quem**, suspenden o no, son ordinarias, extraordinarias o excepcionales. Lo mejor es buscar una ley, un reglamento y hasta circulares o instructivos internos de la Administración pública, para indagar estos datos. ¿Por qué una reconsideración tendría que ir al superior jerárquico y no a la autoridad que hizo el primer acertamiento? Por lo demás, debe recordarse que hay el ejemplo del recurso que pudiera parecer fundamental: el de inconstitucionalidad, que según la legislación correspondiente, puede incoarse como instancia autónoma en un procedimiento **ad hoc**, o puede tramitarse incidentalmente. A lo dicho debe agregarse, por último, que de una legislación a otra y de un Estado a otro, el medio impugnativo que significa determinada palabra, cambia en reglamentación, vía, autoridades competentes y consecuencias; y el ejemplo está en el **amparo**, nacido en Mexico, pero llevado a otros países iberoamericanos con resultados disímbolos en su técnica y en sus condiciones de ejercicio.

j) En el intento de sistematización, conforme al planteamiento hecho antes, se debe dejar resuelto el caso particular del proceso impugnativo.

La acción es una instancia que puede hacer referencia a cualquier tipo de pretensión: declarativa, constitutiva o de condena; y la pretensión impugnativa no puede buscar algo diferente a estas metas. La censura, por lo mismo que anula o nulifica, será según el caso resolución constitutiva o declarativa. La crítica porque crea, extingue o modifica, no puede ser más que constitutiva y, si después de extinguir o modificar, que para ello sirve la revocación, llega al resultado de imponer una prestación, será de condena. Y el control, con su objetivo verificador, con la peculiaridad de no pasar del ámbito de la determinación aplicativa, tendrá que volver a la especie declarativa, lo cual sucede con el amparo y la clásica casación, aunque no con la modificada como la que en materia penal permite que en España se practique sin reenvío.

La denominación de procesos impugnativos no es novedosa; Carnelutti, Guasp y Becerra Bautista entre otros, han destinado sendos capítulos a la materia; pero no han cimentado adecuadamente la clasificación, tal vez porque no distinguen la acción de otras instancias. Si por lo común se vincula a la acción con el conflicto entre justiciables, no puede olvidarse que frente a la sentencia o el laudo, se impugna accionando en un segundo proceso o serie de instancias proyectivas. No hay dificultad en advertir que el objeto de este segundo proceso es el acto autoritario, ni tampoco en reconocer que la segunda serie se inicia a partir, no de la sentencia sino de la acción llamada apelación. Lo que sí interesa es comprender que hay instancias que atacan los actos de la autoridad y no son acciones procesales, sino de otro tipo que debe descubrirse.

k) Superado el problema que podría representar el que la acción sea medio impugnativo, el resto viene simplificado, porque en realidad, la multiplicación de nombres oculta un cuadro demasiado simple de impugnaciones. Algunos casos no pueden quedar incluidos, como el de la tacha de testigos, las pretensiones revocatorias de actos del justiciable por razones de fraude, etc., no por falta de elementos cuantificativos, sino porque no se trata de impugnaciones, ya que carecen del supuesto ineliminable del acto autoritario.

Pues bien, se tienen tres presupuestos: resoluciones de censura, de crítica y de control, y cinco instancias: petición, denuncia, querella, queja y reacertamiento.

De entre ellas, hay dos que se autoeliminan porque no parten del supuesto del acto autoritario, y son la denuncia y la querella. En la primera, además, hay una mera participación de conocimiento, y en la segunda, aunque es una declaración de voluntad, va contra otro justiciable, sin importar que tenga el carácter de autoridad, porque no se le ataca en su actuación autoritaria, sino en la comisión delictiva, en esa conducta transgresional que iguala a todos los hombres ante la ley penal. La querella podrá implicar un abuso de autoridad, pero siempre será contra el delito. Por ende, no hay querella si se trata de abuso, exceso o desvío de poder, nociones propias del campo administrativo, que significan ilegalidad del acto. La querella va más lejos, y llega a la ilicitud penal.

l) El campo de observación se ha reducido, y en este momento la situación es la siguiente: tres posibles resoluciones frente a tres posibles instancias, excluyendo a la acción que puede utilizarse siempre para un proceso en que las primeras tengan lugar.

Censura, crítica y control, están frente a petición, queja y reacertamiento.

Desde el punto de vista del procedimiento no hay cuestión grave que resolver, porque todas se reducen a la política legislativa sobre forma, tiempo y lugar, medios de comunicación y eficacia de las conexiones.

Aunque ahora podría hacerse uso amplio del arbitrio o discrecionalidad en la invariación de los términos, hay ya un límite prefijado para las conexiones, mismo que impone la congruencia. Censurar es anular o nulificar y para lograrlo es adecuado peticionar.

En cambio, la crítica es un volver sobre el trabajo realizado, es un ponerse en el lugar del primer funcionario. Lo que se pretende es la modificación o revocación. De ahí que lo pertinente sea buscar un reacertamiento, es decir, un volver a acertar, un reponer las cosas en el estado que tenían al iniciarse el procedimiento que condujo a la resolución

impugnada. Si la violación se efectuó en el acto resolutivo, entonces bastará criticar éste, pero si tuvo lugar en el desarrollo de las instancias, lo pertinente será reponer el grado hasta antes de la infracción.

Por último, el control trabaja confrontando resultados. Aquí no se quiere que la segunda autoridad nulifique o anule, ni que revoque o modifique, sino que admita que el resultado a que llegó la primera es inadecuado frente a la norma, y la constriña a buscar el correcto. Este sentido se puede lograr a través de la queja, declaración de voluntad que siempre ha tenido una finalidad disciplinaria. La queja constitucional de amparo, por ejemplo, busca que el juzgador confronte esos resultados y llegue a un fallo declarativo de aplicabilidad: que desaplique el acto ilegal para que la responsable llegue a otro resultado, que inaplique la ley inconstitucional para que la responsable no afecte al quejoso, o que aplique la norma para que la responsable se conduzca dentro de lo debido.

Se comprende que si la censura y la crítica son susceptibles de confiarse al mismo órgano emisor del acto atacado, el control no puede encomendarse sino a distinta autoridad. De otra parte, censura y crítica sólo son posibles en la vía llamada horizontal, cuando no se trata de actuaciones que definen, es decir, que ponen término a la competencia del **a quo**. En caso contrario, se impone la vía vertical y la atribución será del **ad quem**.

Sobre estas bases, el legislador queda en libertad para optar por la impugnación adecuada, teniendo siempre presente que en el proceso no sólo se acciona sino que también se insta en las restantes formas. Lo que ha de presidir la elección, será la circunstancia de que el procedimiento que llevó a la resolución atacada sea o no procesal, y en el último caso, lo pertinente será regular la acción impugnativa.

m) De admitirse la sistematización propuesta, acontecerá que el cuadro de las impugnaciones se reducirá a pocas fórmulas: peticiones, reacertamientos y quejas por un lado, y el proceso impugnativo basado en la acción por el otro. El empleo de cada medio dependerá de los siguientes factores: tipo de conducta autoritaria, perjuicio sufrido y trascendencia de esa conducta.

Algunas aplicaciones permitirán observar el alcance de lo expuesto. La invariación ha de utilizar los elementos de cada condicionalidad de la siguiente manera: i) actos, omisiones y leyes perjudiciales injustificadamente, más ii) censura, crítica o control; darán iii) peticiones, reacertamientos, quejas o acciones impugnativas.

Ciertas figuras quedarán excluidas por no ser instancias impugnativas, como el llamado recurso de responsabilidad de la ley distrital mexicana,[1341] o el calificado de remedio que no pasa de ser petición no im-

1341 Arts. 728 y ss.

pugnativa de aclaración de sentencia.[1341] En otros casos, una misma palabra significa situaciones diversas, como la recusación que enderezada contra el juez, tiene la finalidad de una queja, en tanto que promovida contra el perito judicial no pasa de una denuncia de impedimentos, pues la conducta no es autoritaria.

En principio, la acción impugnativa tiene un supuesto más que las instancias restantes, y es el perjuicio de tercero. Cuando la crítica, la censura o el control se persigan frente a la esfera jurídica de otro justiciable, será necesario el proceso impugnativo que regula la bilateralidad de la instancia.

Cuando esto no ocurra, censura, crítica y control irán en instancias simples de petición, reacertamiento y queja. Los restantes medios, como la suspensión que en ocasiones cita la doctrina, no tienen carácter impugnativo sino cautelar, precautorio o provisorio. Una protesta, como la que ampliamente consideraba el anterior artículo 161 de la ley de amparo, medio que recibió el nombre de amparoide, no es propiamente una instancia impugnativa, sino cuando se intente ver en ella el ataque al acto autoritario. Y tampoco lo será la llamada apelación preventiva del código distrital mexicano, que no pasa de ser un anuncio o medio preparatorio de una posible impugnación posterior.

Queda anotado que la sistemática impugnativa es la base para revisar cualquiera normatividad positiva. Lo importante está en que con su auxilio se logre una reforma de las leyes, meta factible si se considera que en la actualidad, ningún recurso, ningún remedio, ningún medio impugnativo puede lograr otra finalidad distinta a las ya anotadas. La reducción de las instancias vendrá a redundar en economía de esfuerzo y en una mayor facilidad para las invariaciones técnicas.

207 Realización coactiva del fallo: teoría de la ejecución.

No hay novedad en el señalamiento de los obstáculos que ofrece la terminología, cuando sus imprecisiones impiden, en lugar de propiciar, la inteligencia correcta de un vocablo. Con todo, es imposible pasar de largo ante tal deficiencia que la doctrina debiera haber superado. La palabra ejecución adolece del mal generalizado, con la circunstancia de que, cualquiera sea la rama que se elija, este término se emplea al mismo tiempo en dos o más sentidos. Desde los más elementales apuntamientos de derecho procesal,[1342] hasta las más connotadas obras de constitucio-

1342 Art. 84 de la misma ley.

1343 Aurelio Campillo Camarillo *Tratado Elemental de Procedimiento Civil*., Jalapa 1924, op. cit., p. XXXIII.

nal,[1344] o de administrativo,[1345] ejecución puede ser: cumplimiento, promulgación, reglamentación, ejercicios de facultades, aplicación de normas, efectuación de órdenes, eficacia de los actos y un cúmulo más de significados, que hace insuficiente cualquier diccionario de sinónimos[1346] limitados a sentidos tales como: realizar, efectuar, hacer, cumplir, verificar, ajusticiar, matar, tocar, embargar, etc.

En contraste con la multivocidad desbordada, teoría y práctica del derecho terminan por coincidir en un sentido especial de la expresión cuando aluden a la realización forzosa o forzada.[1347] Procesalmente la coerción se localiza en un procedimiento distinto al de la prestación espontánea;[1348] administrativamente, la compulsión separa al ejercicio normal de la intervención de la fuerza pública[1349] y, en general, la coacción es nota bastante para percibir el supuesto de la ejecución, al grado que resulta tautológica la calificación de ejecución forzada.

a) Explicaba Vallarta[1350] que apremiar no es lo mismo que violentar, según el sentido que a **torticero** había dado la ley 1, del Título 10 de la 7ª Partida, porque lo reprobado es la falta de derecho, el abuso de la fuerza o la injusticia. Cuando la autoridad obrando según su competencia obedece la ley, no hace violencia; de ahí que, por ejemplo, los casos de expropiación o de empleo de la facultad económico coactiva, no sean procedimientos ilegítimos, ni violen la garantía de audiencia, al decir de importante tesis jurisprudencial.[1351]

El principio llamado de aplicación concreta[1352] y con el cual se intentan justificar las anteriores ejecuciones, no es exclusivo del campo fiscal porque significa que la norma sale de su abstracción y vive en la modificación forzosa cuando la circunstancia individual varía y no se cumple espontáneamente con la consecuencia regular. Pero para efectuar la concordancia entre la situación de hecho y el contenido legal, es mentester llenar condiciones que varían de lo civil a lo penal, de lo laboral a lo disciplinario y de lo judicial a lo administrativo. Mientras el acreedor de una sentencia civil no puede ejecutar directamente, el titular de la pretensión punitiva

1344 Tena Ramírez, op. cit., p. 464.

1345 Merkl. op. cit., p. 31; Fleiner, op. cit., p. 174 y M. M. Díez, op. cit. p. 203.

1346 Alberto Ruiz Cárdenas, *Nuevo Diccionario de Sinónimos de Palabras Afines*, México. 1956. p. 118.

1347 Ayarragaray *El principio de Inmaculación*, p. 14.

1348 José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, *Derecho procesal civil*, p. 304.

1349 Fraga, *Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 94 y 266.

1350 *La Facultad Económica Coactiva*, op. cit., 74.

1351 Cfr. Servando J. Garza *Las Garantías Constitucionales en el Derecho Tributario Mexicano*, Méx. 1949 p. 28.

1352 Id.

está organizado para aplicar la sanción;[1353] y en tanto que la corrección disciplinaria alude a una jerarquía funcional, como la que ostenta el juez no sólo respecto de las partes sino de terceros,[1354] la ejecución administrativa se basa en la simple competencia por la cual, el agente, sin ostentar superioridad jerárquica sobre el particular, puede molestarle en sus derechos y aun privarle de ellos,[1355] como en el descubrimiento y aprehensión de efectos introducidos de contrabando.

La ejecución alude al empleo de la fuerza y no a la simple afectación del derecho como quería Chiovenda,[1356] al concebir al título subjetivo como instrumento para actuar sobre la relación privada, susceptible de ser expropiado en supuesta ejecución ideal. La coacción ha de trascender hasta los hechos, pero debe ser aplicada por tercero y no por obra del mismo responsable; no cabe hablar de autoejecución en los casos que cita Pallares,[1357] de los artículos 810, 2286, 2879 y 2664 del código civil; porque ahí se contemplan ejemplos del ejercicio de una facultad legal actuada autodefensivamente y no de la realización forzada de una responsabilidad a cargo del particular.

Algunas veces la conducta impuesta por la ley es alcanzada contrariando la voluntad del obligado, como en las medidas preventivas; pero aunque haya en ellas una actividad material que obstaculiza el libre proceder del particular, no alcanzan la categoría de ejecuciones, y para Carnelutti[1358] ni siquiera son sanciones sino simples medidas, entre las que incluye a la interdicción y a la inhabilitación, emparentadas en alguna forma con las de seguridad. En otras ocasiones, la medida es francamente represiva porque alcanza la sanción; pero la ejecución no reside en la mera determinación de la pena.

Según Carnelutti entre restitución y pena corre la diferencia del sacrificio del interés subordinado por la norma, y el sacrificio de un interés distinto.[1359] Sin abordar el análisis de esta especificación, lo cierto es que coacción y sanción van por distintos caminos, como lo sostiene Fritz Fleiner,[1360] no por razones de competencia según parece explicarlo, sino porque la sanción vive primordialmente en el plano de la decisión y cuando pasa al momento de la realización, pierde características ejecutivas si puede ser cumplida espontáneamente. Este dato es sumamente importante

1353 JJ. González Bustamante, op. cit., p. 105.
1354 Artículo 62 y 63 del código Distrital.
1355 Manuel Rivera Silva, op. cit., p. 57.
1356 *Ensayos*, p. III, p. 342.
1357 *Vía de Apremio*, cit., p. 12.
1358 *Sistema*, T. I, p. 25.
1359 Id. p. 27.
1360 *Derecho administrativo*, cit., p. 163.

para dilucidar si en determinada hipótesis el responsable cumple o es ejecutado. Colocar al sujeto en situación aflictiva, como la imposición de una multa, no es ejecución directa ni indirecta, la supuesta coacción moral que ello pudiera implicar queda en el campo de lo que Carnelutti [1361] llama la sanción, con la idea de implicar castigos y premios. La ejecución no es un simple constreñir, orillar, sino llevar a cabo sobre la voluntad del responsable lo dispuesto por la norma o la instrucción, siendo indiferente su anuencia, inhibición o rebeldía.

La ejecución no es violencia, pero tampoco puede irse al extremo opuesto, como lo hace Pallares[1362] cuando supone que hay una ejecución no forzada al invocar el caso juzgado, tratándose de inscribir o cancelar registros; y mucho menos la hay al admitir pruebas o peritajes en daño del condenado, pues aquí se está en la característica de la jurisdicción como dirección del proceso. Ejecución callada, sin estrépito, aparece cuando los trabajadores al servicio del Estado, sufren un descuento, pues lo forzoso no está en cualquiera obligación sino que se encuentra en la realización para destinar parte del sueldo al patrimonio de la institución que administra las pensiones civiles. Carece, pues, de razón Pallares, cuando piensa que por equidad no debe negarse al sentenciado la facultad de pedir la ejecución en su contra; [1363] y asiste la misma a Chiovenda [1364] cuando explica que el derecho es algo que favorece al sujeto, de manera que nadie puede sostener el privilegio de no tener razón y ningún condenado puede exigir su ejecución.

La ejecución sale del campo de lo privado por la prohibición constitucional que se ha venido confundiendo con una exclusión de la autodefensa. Ya la doctrina había descubierto que en la ley 176, libro 50 del Título 17 del Digesto, se destierra la potestad particular de ejercer fuerza en el derecho; pero ello no significa que ejecución y autodefensa se identifiquen. Cuando en el sistema español se ordenaba que el mandato se entregara al ejecutante y no al alguacil, [1365] se propiciaba la realización coactiva por medio de las partes, mas no se dejaba en ellas la ejecución sino la instrucción; el acreedor no actuaba sin autorización oficial, al contrario, con ella justificaba la intervención del agente público. La prohibición constitucional convierte en ilicitud la autoejecución, porque se caracteriza por una conducta en contradicción con la idea del derecho y la máxima de la conducta justa; es ilícita porque no constituye el medio idóneo para el fin razonable según determinado valor jurídico.

1361 *Sistema*, T. I, p. 26.
1362 Op. cit., p. 38.
1363 Op. cit., p. 45.
1364 Op. cit., p. 16.
1365 Gómez Negro, op. cit., p. 209.

La ejecución se aleja tanto de la violencia o fuerza injustificada, como de la autodefensa susceptible de utilizar una compulsión, y aun de la misma autoejecución, como forma ilícita de coaccionar para tomar el lugar de un centro equidistante de las otras manifestaciones de hecho, y aparecer como el funcionamiento de la tutela declarada en forma coactiva. [1366] La ejecución es una fuerza que modifica la circunstancia externa, pero se trata de una energía controlada por la legalidad, que realiza a través de ella la transformación ordenada en la norma. Esa alteración no es la obligación impuesta primariamente, sino la consecuencia contenida en lo que, para distinguirlo de la primera prestación, debe llamarse responsabilidad, es el resultado de la falta de cumplimiento voluntario, entendiendo siempre que lo principal es dicho cumplimiento, pues en los casos de descuentos o retenciones de tributos, es indiferente que el contribuyente quiera o no pagar, sino que no haya pagado. Es cierto que puede haber deuda sin responsabilidad en la que se denomina moral, con lo cual queda demostrado que podrá haber pago pero no ejecución, la que, por otro lado, si se presenta en los casos de responsabilidad sin deuda del fiador, se reputa medida coercitiva, dice Sodi, [1367] porque obra sobre un derecho activo como sanción del comercio jurídico. Ejecución, pues, es un operar sobre las cosas o las personas, con la fuerza suficiente para alterar sus derechos en la medida de la responsabilidad determinada en el título autoritario correspondiente.

b) Según Merkl [1368] hay una innegable relación de igualdad entre la ley y ciertos actos administrativos y judiciales. Se trata del condicionamiento legal progresivo que constituye la pura naturaleza ejecutiva, de donde se infiere que la idea directriz radica en asimilar las funciones, cuestión superada por el derecho procesal, pero que subsidiariamente lleva al problema de la autoaplicación de la ley. Sobre este particular, ya Fleiner [1369] expone que gran número de derechos y deberes públicos son delimitados por una declaración de la autordiad, por lo que no provienen directamente de la expedición de la ley sino de un acto específico, conocido como la orden, o según dice el autor, el negocio unilateral de derecho público, [1370] que tiende a crear, modificar o suspender una relación jurídica pública. Ley y decreto establecen reglas, la orden origina una relación específica, [1371] por más que la orden no necesita del apoyo del ciudadano sino de la disposición legal. [1372]

1366 Ayarragaray, op. cit., p. 67
1367 Demetrio Sodi, *La nueva ley Procesal*, cit., T. I., p. 382.
1368 Op. cit., p. 42.
1369 Op. cit., p. 147.
1370 Id. p. 148.
1371 Id. p. 150.
1372 Id. p. 154.

Pero la orden de un funcionario y el mandato de la ley obligan al jurisdiccionado, utilizando al procedimiento de la sanción o de la ejecución por vía coercitiva especial; [1373] y en este punto, tanto las autoridades judiciales como las administrativas, hacen efectiva la denominada colaboración de poderes, de la que nace la verdadera fuerza pública que sistematiza el funcionamiento de ambas esferas, [1374] en el único sentido posible de la legalidad: actuación coercitiva para suplir el cumplimiento y control de la compulsión. Aunque la responsabilidad vaya a satisfacer exclusivamente intereses privados, la colaboración de poderes significa que el ejecutor hace efectiva la instrucción incidiendo coactivamente en la esfera jurídica del ejecutor. A través de sus órganos, el Estado cumple hacia el acreedor civil [1375] y hacia el administrativo, noción que quizás por la escasa edad de esta disciplina no se ha profundizado en la misma expedición que en lo procesal, aunque ello es más una ventaja que un defecto, porque así puede confirmarse si la ejecución es algo peculiar de la **jurisdicción** como supone Chiovenda [1376] o pertenece a una rama autónoma que podría denominarse, según Merkl [1377] el derecho ejecutivo y que abarcaría por igual lo que ya se ha calificado de derecho judicial [1378] y el administrativo, unificando las normas que condicionan la compulsión en los dos campos, ninguno de los cuales puede sentirse despojado de un capítulo, que si encuentra su mejor desarrollo doctrinal en lo procesal, tiene sus primeras manifestaciones en lo administrativo, [1379] y en algún momento ha exigido una interpretación jurisprudencial que distinga los procedimientos. [1380]

Las funciones del gobierno implican el poder y el ejercicio de éste, decía a principios de siglo Eduardo Ruiz, [1381] suponen la idea de mando para hacerse obedecer. La vida institucional, aunque por tal se entienda apenas el conjunto de reglas de derecho relativas a una determinada situación de hecho, [1382] reclama la discriminación de las reglas privadas y las públicas, especialmente cuando el derecho está en trance de litis [1383] y la resolución sólo puede efectuarse en la imposición forzada, porque aquí destaca la circunstancia de que no es la obligación privada la que da nacimiento a la compulsión, sino la responsabilidad acertada como mandato de orden público.

1373 Id. p. 172.
1374 Ayarragaray, op. cit., p. 80.
1375 Ayarragaray, p. 67.
1376 Chiovenda, *Ensayos*, T. I, p. 67.
1377 Op. cit., p. 125.
1378 Enrique Aguilera de Paz y Francisco de P. Rives y Martí. *El derecho Judicial Español*, T. I. pp. 1 y ss.
1379 Calamandrei *Instituciones*, p. 10.
1380 Cfr., Apéndice al T. CXVIII, p. 1479, amparo promovido por la Cía. Ganadera y Textil de Cedros, S. A.
1381 *El Derecho Administrativo*, p. 187.
1382 Vicente Gella, Agustín, *Los títulos de crédito*, México, 1948, p. 90.
1383 Id., p. 91.

Mucho se ha escrito sobre la naturaleza jurisdiccional de la ejecución judicial, sin embargo, los propios adeptos de esta construcción compleja, enseñan que la demanda puede desembocar en tres situaciones diferentes, ninguna de las cuales es en sí misma procedimiento compulsivo: i) En caso de proceso irregular, hay apenas el derecho a obtener una providencia sobre el proceso; ii) si éste es regular pero la pretensión carece de fundamento, el reclamante tiene derecho a una providencia de fondo que rechace la demanda y iii) si el proceso es regular y la pretensión fundada, se tiene derecho a la providencia de mérito favorable. [1384]

Es inexplicable la insistencia en confundir la función jurisdiccional con la potestad jurídica, sobre todo cuando se tiene presente que, el decir de Weill, es un principio fundamental el de que los árbitros no tienen potestad pública alguna y no pueden asegurar ellos mismos la ejecución de sus sentencias; [1385] y que, conforme al derecho procesal civil internacional, la **lex fori** determina las condiciones de la ejecución, tanto las generales constituidas por el título como las especiales de los medios de realización y la idoneidad de los bienes. [1386] Arbitraje y proceso extranjero son procesos y en ambos, la jurisdicción se ha manifestado proveyendo el accionar de las partes; por donde se infiere que nada ha faltado al tercero imparcial, se llame árbitro o juez extranjero, para realizar su función. Pero el ejecutar, como alteración física de la circunstancia, no está en sus atribuciones; al juez puede faltarle competencia judicial cuando se le sustrae la potestad de ejecutar, sin mengua de su plena potestad jurisdiccional, y esto es lo que se observa tratándose del Tribunal Fiscal de la Federación en México. De otra parte, la ejecución aparece en toda su plenitud en el procedimiento administrativo, destacando la característica unilateral de su imposición, sin importar que a ella siga el control de un proceso, o que esté prohibida la posterior discusión como en la expropiación agraria. [1387]

Es verdad que en principio, toda orden supone la posibilidad de hacerla cumplir y por ello contiene la garantía de su eficacia en la ejecución; pero ni siempre dicha garantía importa una coacción, [1388] ni es necesario que se alcance por medios compulsivos. La garantía, dice Sánchez Viamonte, [1389] es el instituto creado en favor del sujeto para que utilizándolo, pueda alcanzar de inmediato la eficacia del derecho individual. Mas ante la resistencia del deudor no se habla de dos medios, uno sucedáneo del otro, sino de dos procedimientos, el primero procesal, encaminado a la obtención del

1384 Calamandrei, op. cit., p. 279.
1385 Op. cit., p. 10.
1386 Gaetano Moreno, op. cit., p. 23.
1387 Cfr. Angel Caso, *Derecho Agrario*, Méx. 1940, p. 215.
1388 Cfr. Alsina, op. cit., T. I, p. 37.
1389 El *Habeas corpus*, Bs. As., 1945, p. 18.

mandato que contenga una sentencia que asegure directamente la responsabilidad por el crédito insoluto, y el segundo tendiente a la realización de hechos que, a su vez, asegure la efectuación del pronunciamiento.

En el procedimiento procesal es ineliminable la actividad jurisdiccional y por ello Chiovenda reconocía que la relación de conocimiento se cierra normalmente con la sentencia que resuelve la cuestión de fondo, excepcionalmente con la que declara no poder pronunciarse sobre él, con la amigable composición, la renuncia de los actos o la perención; en síntesis, antes de que comience la ejecución de la responsabilidad acertada en el fallo.[1390] Esa jurisdicción, lógicamente no puede definirse como potestad pública, desde que la pueden actualizar los árbitros privados, los tribunales extranjeros y los internacionales; lo que sucede es que también pueden ejercerla los órganos públicos, como el legislativo en los casos del Gran Jurado, el Ejecutivo en el contencioso administrativo, y naturalmente el judicial, pero en el contencioso judicial, porque otras atribuciones como la jurisdicción voluntaria, ni son procesales ni son ejecutivas, sin que importe la diferencia entre lo civil y lo penal, porque aquí también hay contienda entre el ministerio público y el acusado, y también se busca una interpretación heterónoma.

Probablemente la confusión al asimilar el acto jurisdiccional y la competencia judicial, haya nacido cuando en el siglo XIII, al decir de Ayarragaray,[1391] se estampó el concepto de **officium judicis** para suplir la carencia de la **actio judicati**, y se dotó al juez de la potestad suficiente para ejecutar su propia sentencia. Quizás se pensó que con ello se ampliaba el círculo de atributos que permitía ya al juzgador aplicar sanciones, que unas veces eran netamente procesales, como la declaración de confeso del accionante o su estado en contumacia; pero en realidad se le dotó de competencia para invadir eventualmente la esfera patrimonial de los particulares. Conocimiento y ejecución parecieron definir un tipo de función pública, pero nunca se perdió la potestad coactiva que correspondía a otras autoridades; así, la llamada facultad económico coactiva vivió fecundamente en el apremio, aunque algunas veces, como en el artículo 3º de la ley mexicana de 1837, llegara apenas al embargo para dejar el paso al conocimiento del juez de hacienda.[1392] La compulsión de este apremio se remontaba doctrinariamente, invocando el concepto de regalía, por la cual se entendía que la entrega de los bienes era simple reversión hacia el dominio del soberano,[1393] la ejecución era, pues, unilateralmente administrativa sin precedencia alguna de lo jurisdiccional y ni siquiera de lo judicial.

1390 *Instituciones*, T. I. p. 63.
1391 Op. cit., p. 33.
1392 Vallarta, op. cit., p. 84.
1393 Id. p. 87.

Basta observar los distintos sistemas judiciales positivos, para confirmar que si toda ejecución es el ejercicio de un poder público, no basta atribuir potestad o competencia a un órgano para suponerlo ejecutivo. El **astreinte** nació y vivió en la práctica judicial francesa, desvinculado de un texto legal específico, dice Beceña, [1394] y amparado en el hecho de no estar prohibido y de presentar gran utilidad práctica. En realidad, su aparición se debió a la ausencia de un verdarero poder coactivo en la judicatura competente pero no para sancionar. No es aceptable, entonces, que se conciba a la **actio judicati** como facultad implícita de la acción ejercida en el proceso, según tesis de Castillo Larrañaga y De Pina. [1395] Es evidente que puede accionarse sin posibilidad de exigir la ejecución, por ejemplo, contra el Estado. [1396] La pretensión de ejecutar una sentencia es inoperante en México cuando se trata del fisco y, por ello Sodi [1397] se oponía a llamarle procedimiento de ejecución. Por tanto, si por **actio judicati** se entiende el caso juzgado, es cierto que se produce como resultado de la pretensión procesal; pero si se alude a la ejecución, su autonomía respecto al proceso llega a la misma abstracción, o sea, que puede sustraérsele o abstraérsele toda la serie de actos procesales, para fundarla exclusivamente en la sentencia, resolución que en su cualidad imperativa es idéntica a cualquier mandato administrativo ejecutorio.

Poder público y modificación física confluyen para dar lugar a la ejecución. La ausencia de cualquiera de ellos la hace jurídicamente imposible. Pero abundan casos parcialmente semejantes, hipótesis en que por ejemplo hay alteración de los hechos sin que pueda descubrirse la potestad autoritaria, como cuando una empresa corta el suministro del servicio eléctrico, del servicio telefónico, etc., o cuando la fiduciaria vende el bien para pagar la deuda del fideicomitente o, en fin, cuando la prenda es vendida por el mutuante, como sucede en México en el caso del Nacional Monte de Piedad. Aunque cercanos, estos casos no son de ejecución, sino que se refieren a efectos previstos por las partes, y no hay en ellos aplicación del poder público y ni siquiera compulsión, aunque sí pueden percibirse alteraciones de hecho y de derecho realizadas autotutelarmente.

c) No hay certeza doctrinaria acerca de las condiciones que deben anteceder a la ejecución. De una parte, Fleiner [1398] afirma que la coacción y la sanción van por caminos diferentes, lo que le permite calificar de errónea a la concepción que mira en las lesiones a intereses administrativos supuestos delitos, y que busca el empleo de sanciones donde basta la

1394 *Magistratura y Justicia*, op. cit., 84.
1395 *Instituciones*, p. 312.
1396 Vicente y Gella, op. cit., p. 382.
1397 *Procedimientos Federales*, México 1930, p. 8.
1398 Op. cit., p. 173.

coacción. Por otra parte Salvatore Satta [1399] sostiene que entre la ejecución y el interés que se quiere tutelar, hay una condena que implica la modificación jurídica que muda la fuente de la obligación y a ésta misma, contrariando la realidad y la naturaleza simplemente declarativa del fallo. En consecuencia, para uno de estos autores la coacción no presupone la sanción, mientras que para el otro sucede lo contrario.

Es obvio que la ejecución necesita justificase, ya sea en la sentencia judicial o en la instrucción administrativa. Fleiner mismo observa que a la coacción precede generalmente la conminación [1400] y tratándose de relaciones privadas, Furno habla de la ejercitabilidad de la acción **in executive** cuando la prueba legal es estimada por el orden jurídico como suficiente para fundar la aptitud de la vía; [1401] en otras palabras, la suscripción de una letra de cambio podría parangonarse al allanamiento respecto al procedimiento de realización forzada para el caso eventual de incumplimiento. Así, se podrán discutir las características penales de la actividad administrativa sancionadora; pero no cabe duda que la ejecución de una multa [1402] y la ejecución de una sentencia tienen que coincidir en la necesidad del justificante que es su supuesto. Deslindadas las nociones de obligación y de responsabilidad, es claro que sólo puede llevar a efectos de ejecución la segunda, sea porque así se prometió o porque la ley lo impone; [1403] de ahí que pueda no existir en realidad obligación primaria y sin embargo deba cumplirse el mandato como creador de la responsabilidad. [1404]

Si la ejecución es la realización forzada de una responsabilidad, para llevarse a cabo necesita de condiciones previas, que determinen: i) cuál es la responsabilidad, ii) quién es el responsable, iii) quién puede exigir la responsabilidad, iv) qué circunstancias de hecho deben modificarse, y v) quién debe efectuar la alteración.

Aunque estas condiciones puedan completarse haciéndolas constar en el título, ninguna de ellas puede substraerse porque se caería en concepciones erróneas como la de suponer que las sentencias constitutivas también se ejecutan porque a continuación siguen trámites para su inscripción administrativa. [1405] El ejecutor es siempre un agente que cuenta con la fuerza pública para vencer oposiciones, llámesele simple colector de impuestos o **sheriff.** [1406] El encargado de un Registro Público no sufre la compulsión de alguaciles, ujieres o actuarios fiscales; y, por otra parte, la modi-

1399 *Diritto Processuale civile*, op. cit., p. 49.
1400 Op. cit., p. 174.
1401 *La prueba legal*, op. cit. p. 204.
1402 S. J. Garza, op. cit., p. 154.
1403 Vicente y Gella, op. cit., p. 142.
1404 Id. p. 70.
1405 Castillo Larrañaga y de Pina, op. cit., p. 303.
1406 Vallarta, op. cit., p. 44.

ficación de los registros no implica perjuicio alguno para el registrador. El ejecutado, según Satta,[1407] se encuentra en estado de sujeción tanto respecto a quien pretende la ejecución, como del órgano facultado para la actuación; en la inteligencia de que éste puede no ser el mismo que acertara la responsabilidad, pues como señala Porrás [1408] la regla de que las sentencias deben ejecutarse por los funcionarios con poder jurisdiccional, no es absoluta y una autoridad administrativa o una judicial distinta de la que conoció, por disposición de la ley pueden llevar a cabo la ejecución, razón que también puede esgrimirse para recordar que si la jurisdicción por comisión no está permitida en el derecho mexicano, sí lo está la ejecución por delegación.

Pero la determinación de estas condiciones no es la misma para todos los autores, Sodi [1409] la limita a cuatro elementos: un sujeto de la pretensión, un órgano de la ejecución, un objeto de ella y un título. En todos los casos se habla de la necesidad del título y ello es natural, porque en él se contienen los elementos a los que la ley condiciona la orden para proceder contra el ejecutado. La comprobación meramente extrínseca que el ejecutor verifica respecto del documento, dice Furno, [1410] no le pone en contacto con un juicio histórico normativo sino con la voluntad concreta de la ley que le manda actuar sin importarle ninguna convicción.

Este título, sea como acreditamiento del derecho o como medio de certeza, tenga el carácter de ejecutivo convencional o de ejecutorio judicial, tiene la función de elemento constitutivo de una pretensión de coaccionar. La garantía contra la compulsión sufre una excepción ante la eficacia del título, dice Ayarragaray, [1411] su fuerza en todas las legislaciones es de tal naturaleza, que puede no intervenir el beneficiado con la sentencia en la ejecución, [1412] aunque quede responsable de las consecuencias como promotor de los hechos. [1413]

Con todo, la doctrina ha pasado desapercibida la existencia de una tercera clase de título: el ejecutante. La administración, dice Manuel María Díez, [1414] tiene dos privilegios para la realización de sus decisiones: el de efectuarlas sin intervención previa del juez y el de la ejecución de oficio. A este privilegio se le llama ejecutoriedad, y debido a él los actos administrativos imponen deberes o restricciones a los justiciados, que pueden realizarse aun contra su voluntad. Dicha ejecutoriedad parte del principio opuesto del que impera en el derecho privado, ya que los particulares tienen

1407 Op. cit., p. 61.
1408 *Derecho procesal del trabajo*, p. 310.
1409 *La nueva Ley procesal*, T. I., p. 381.
1410 Op. cit., p. 203.
1411 Op. cit., p. 105.
1412 Cfr. artículo 534 del código distrital mexicano.
1413 Ayarragaray, cit., p. 211.
1414 *El acto administrativo*, p. 203.

prohibida la actuación violenta, mientras que la administración puede tutelar directamente sus intereses sin el auxilio de otras autoridades, lo que no implica excepción a la condición del título, y así se ve que el artículo 16 constitucional mexicano, exige una orden escrita debidamente fundada y motivada.

La ejecución es legítima sólo en los términos del título, en el cual han de constar las restantes condiciones; pero además, el procedimiento coactivo produce efectos que son los resultados especiales de la compulsión. Puede suceder, según Satta,[1415] que el obligado detente un bien de otro, que detente un bien que deba dar a otro, que no conserve un bien que deba dar a otro, o que, en fin, deba hacer o no hacer para otro cualquiera cosa que constituya un bien, o no consienta el cumplimiento. Si los dos primeros casos llevan a la ejecución directa, el tercero lleva a la indirecta y el cuarto a un proveimiento constitutivo que no es ejecutivo ni jurisdiccional, por lo que parece lógico sostener que no todas las obligaciones producen efectos ejecutivos. Estos sólo se advierten en el campo patrimonial, cuando la modificación es real, aunque puede ir más allá afectando al sujeto en su libertad personal. Timbre de orgullo para México, escribía Vallarta,[1416] es el haber prohibido la prisión por deudas aunque fueran fiscales, el apremio militar, las dietas diarias, la responsabilidad de los ayuntamientos y el remate de los bienes embargados por sólo las posturas que cubrieran el crédito, crueldades todas inventadas por la avaricia de la administración. Sin embargo, esta última ha continuado utilizando medidas tales como el embargo preventivo, la clausura de establecimientos, la declaración de interdicción en el ejercicio profesional, la prohibición de circulación de automóviles, la privación de derechos públicos, la exclusión del infractor respecto a un servicio público, la eliminación de las listas de electores, de las Cámaras de comercio, de ciertas comisiones fiscales de conciliación, la prohibición de importar, la declaración de nulidad de las operaciones, la publicación de la condena, la confiscación de bienes, la reversión, las multas y hasta la detención del individuo; aunque ciertamente, esas sanciones están menos generalizadas que en otros regímenes extranjeros.

De todas maneras, a través del título se produce el efecto que menciona Ayarragaray,[1417] esto es, se delimita el campo operatorio y se ejerce la coacción sobre un objeto determinado, que puede ser la misma persona o una cosa. Condiciones y efectos se unifican ante el título, por ello la ejecución queda primeramente acertada en el documento, antes de alterar la realidad. De otra manera no hay ejecución sino violencia, no se consigue el fin legal de realizar o hacer real una responsabilidad a cargo del sujeto ejecutante.

1415 Op. cit., p. 28.
1416 Op. cit., 25.
1417 Op. cit., p. 76.

d) Una institución que no regulara el rito público para hacerla efectiva sería insuficiente. La vía de ejecución, dice Foignet [1418] es un procedimiento que tiene por fin asegurar la realización del derecho a través del rigor. La vía se liga al procedimiento general, ante las obligaciones y a los mismos privilegios en la distribución del producto y la venta después del embargo.

En principio, parece que el acreedor tiene derecho a la ejecución de la misma obligación, y por ello la figura del **astreinte** se concibe como un medio indirecto; [1419] pero si se reflexiona en que todas las prácticas han tendido a afectar intereses diversos al primariamente subordinado, resulta que la ejecución se efectúa en un procedimiento que abarca algo más de la conducta identificada por la relación sustantiva, ello sin mengua de que en lo penal la relación sustantiva no implique una prestación específica. Baste pensar en la intervención de depositarios, agentes de la policía, cerrajeros, peritos, etc., todo lo cual, por lo menos, significa un gravamen extra, de modo que por ejemplo en España, el deudor corría con los gastos de traslado de objetos y su anotación, pero el pago de auxiliares, peritos, pregoneros y el papel de reintegro se sufragaban a cuenta de recargos. [1420] Es interesante recordar que en el viejo sistema español, bajo pena de nulidad, el mandamiento de ejecución se entregaba al acreedor para que lo hiciera ejecutar. [1421]

En el orden civil se ha llegado a considerar que la ejecución es una serie de procedimientos encaminados a llevar a efecto, por embargo y venta de bienes, una obligación previamente declarada. [1422] Se ha pensado también que el ejecutivo es un juicio sumario introducido en favor de los acreedores para conseguir sin más dilación el cobro de sus créditos, atendidas la verdad y la equidad. [1423] Sin embargo, no todas las apreciaciones concuerdan con la realidad jurídica; desde luego, es inadecuada la calificación de serie porque no en todos los casos se sigue un orden consecutivo estricto. Además, ni siquiera en el campo judicial se puede hablar de juicio, aunque se trate de la esfera patrimonial. Las simples sanciones económicas contenidas en las medidas disciplinarias, se aplican por el juzgador sin formar proceso, lo que no impide que después de impuestas, se oiga al perjudicado en un procedimiento revocatorio. Por último, las ejecuciones personales abundan en el proceso civil, como expedientes de policía para asegurar la marcha de la serie, y entre otras, se pueden citar las que contiene el artículo 385, fracción I del código distrital mexicano, que au-

1418 *Voix d'ejecutión*, París, p. 1.
1419 Fiognet, cit. p. 4.
1420 Fermín Abella, *Manual de apremios*, Madrid 1892, p. 30.
1421 Jordán de Asso, *Instituciones de Castilla*, Madrid, p. 328.
1422 Jesús López Portillo y Rojas *Enjuiciamiento Civil Mexicano*, T. I., p. 153.
1423 Manuel del Castillo Velasco *El Juicio Ejecutivo*, México, pp. 141.

toriza al juez para apercibir a la parte de ser conducida por la policía si lo estima conveniente. Estos casos no resisten una separación sutil entre lo disciplinario, lo administrativo y lo penal, porque las ejecuciones personales son de tanta importancia, que se ha propuesto invertir el valor y así, en lo penal, se destaca el derecho penitenciario destinado al estudio del hombre más que a la realización de un castigo. [1424]

La ejecución viene a ser un procedimiento que aparece específicamente en dos campos: el judicial y el administrativo; pero no debe olvidarse que el artículo 16 constitucional permite en ciertas condiciones que los particulares efectúen la detención del delincuente **in fraganti.** Hay una comunidad de notas en los dos primeros casos, porque aparece la compulsión, el título, el agente, la responsabilidad y el ejecutado. Esto explica la necesidad de una vía segura, tanto para los sujetos pasivos, como para los ejecutantes. Esa vía es de orden público, es una secuencia legalmente establecida que une diferentes actuaciones en un mecanismo que le da homogeneidad por la finalidad única. Esto le acerca al proceso en el aspecto procedimental, pero hace falta, naturalmente, el dato trascendental de la proyectividad de las constancias que no pueden tener lugar en la ejecución.

Es comprensible que la doctrina haya equivocado las compulsiones, y al ver el procedimiento en los dos campos, hable de un juicio: el ejecutivo, y piense que se trata de una secuencia mixta con una fase de conocimientos. [1425] Sin embargo basta recordar que la sentencia de remate se ha concebido como la resolución que decide si ha lugar o no a llevar adelante la ejecución sin pronunciarse sobre la relación material, pues se dice [1426] que la controversia sobre el crédito es una cuestión prejudicial, para concluir que de ser así, el juzgamiento sería sobre la procedencia de la ejecución. Chiovenda, [1427] ha sostenido que si la pretensión ejecutiva existe y se cita al deudor, como en la expropiación de inmuebles, el objeto del proceso no es dicha pretensión, sino la admisibilidad del acto ejecutivo; y Gómez de la Serna [1428] enseñaba que el ejecutivo se distingue del declarativo porque en aquél se supone la existencia cierta de un derecho que en el segundo se duda, y así no le llamaba juicio sino procedimiento para asegurar bienes.

La certeza del crédito es indispensable también en lo fiscal, y por ello las oficinas recaudadoras han de practicar liquidación y dictar un acuerdo que inicie el trámite coactivo. [1429] Y el mandato de autoridad competente

1424 Acero, op cit., p. 443.
1425 Enrico Tullio Liebman, *El Juicio Ejecutivo*, en *Estudios en honor de Hugo Alsina*, p. 400.
1426 Liebman, op. cit., p. 401.
1427 *Principios*, T. I, p. 401.
1428 Op. cit., p. 14.
1429 Op. cit., p. 366.

es igualmente indispensable en lo penal, al grado de que Beling [1430] habla de título ejecutable y afirma que con la admisibilidad de la ejecución punitiva nace la facultad del Estado de realizar la pena. Sin embargo, la ejecución en lo penal tiene caracteres que le apartan grandemente de la civil: por lo pronto la privación de libertad no tiende a satisfacer una pretensión individual sino un fin público, en seguida, no hay una realización de un contenido determinado, sino una privación de libertad con propósitos que estudia el derecho penitenciario; además, la ejecución no la hace ni el ministerio público ni el juez, sino un órgano de la administración que se limita a vigilar la estancia del condenado en cierta localidad, en la que se lleva a cabo una actividad que varía desde el ocio absoluto en las celdas de incomunicación, hasta trabajos, de cortes y realizaciones sociales de muy diversa índole, tema sobre el que se volverá más adelante.

e) Porque la ejecución es un procedimiento público, establecido por la necesidad de obtener la realización aun a costa de la compulsión sobre el responsable, debe aceptarse con Liebman [1431] que la falta de un procedimiento ejecutorio romano, obedeció a que el **iudex** era un particular y carecía de imperio, de manera que su sentencia era privada, situación que perduró hasta la desaparición de los dos momentos **in iure** e **in iudicio.** A su vez, en el derecho germánico, la modificación real fue una actividad privada del acreedor, usando su fuerza sobre los bienes del deudor para hacerse el pago; de ahí que fuera este último quien compareciera ante juez reclamando persecución injusta, por lo menos, hasta que las necesidades del comercio y la navegación hicieron surgir el **processus executivus.** Furno [1432] sostiene que el origen de los títulos ejecutivos extrajudiciales, remonta a la época comunal en que había frecuente interferencia de función entre el juez y el notario, lo que explicaba la eficacia inmediata de los instrumentos autorziados por el **iudex chartularius.**

Al repudiar la iglesia la defensa privada, resurgió el principio romano de que la ejecución debía estar presidida por el conocimiento, aunque en ciertos casos éste pudiera ser limitado o postergado. La **actio iudicati** comienza a llamarse **actio in factum,** hasta que en el siglo XIII se prescinde de ella para reconocer al juez la facultad indispensable que incluía la realización coactiva de sus sentencias. El pronunciamiento ya no es una constancia del crédito, ni base de la **actio,** el juez tiene potestad para actuar la ley con prescindencia del derecho de crédito. [1433]

1430 Op. cit., p. 366.

1431 *Le opposizioni*, p. 12.

1432 Op. cit., p. 205.

1433 Liebman, op. cit., p. 15.

Lo que atrae la atención, dice Furno,[1434] es el nombre que **se da** a los documentos: **instrumenta guarentigiata** o **confessionata,** una de cuyas variedades **ex causa cambii** es remoto antecedente de la letra del mismo nombre. La doctrina veía en ellos una confesión y aplicaba el principio **confessus habetur pro iudicato** que ocasionaba la inmediata ejecución. Documentos notariales y judiciales se equipararon por motivo de organización de los oficios y el juicio ejecutivo vino a originarse en el derecho común o romano canónico.

El uso medieval de no citar a juicio al deudor y apoderarse de sus bienes por la fuerza, parece surgir del pacto de precario, porque teniendo el acreedor la posesión natural y civil, lejos de agredir al deudor, se consideraba perturbado con la renuencia de éste. Podía, entonces, entrar en posesión de los bienes, sin efusión de sangre, práctica que Baldo remontaba hasta los griegos, en cuanto concedían al acreedor, aunque no hubiere pacto, un derecho semejante, y ante la resistencia, le otorgaban un recurso parecido al **unde re.**[1435]

En resumen, el pacto ejecutivo, conforme al espíritu de la Ley 3ª C. de **pignoribus,** cuando el acreedor acudía ante la autoridad, se seguía según el procedimiento pactado, que los tratadistas extendieron abarcando los demás contratos. El acreedor pudo comparecer ante el juez protestando que lo hacía por deferencia y dejando a salvo sus derechos derivados del convenio. El nombre de **voie parée** y sus esquivalentes **executionis paratam** o aparejada ejecución, se formaron por corrupción del participio **partam** empleado en la Ley 40-D. de **minoribus,** donde se habla de **executionem partam ex causa iudicati.** Cuando se extendió la práctica de obtener directamente del juez la orden de prestación, que abría a la ejecución, apareció el **mandatum de solvendo,** que se acompañaba y justificaba con la **clausula iustificativa** para permitir las oposiciones. Este mandato diferente al de **processus executivus** y al documental que se dictaba previa cita del deudor con ejecución parada, se distinguió por el nombre **mandatum sin clausula** o **cum clausula et si quis,** siendo consideradas por separado estas formas.

Al aparecer la Clementina Saepe, sus disposiciones se aplicaron a la ejecución y se reconoció que el **ius executivus,** derivado de la sentencia, se podía obtener sin la declaración judicial de la subsistencia del crédito. Se afirmó que la sentencia tenía ejecución **parata.** La ejecución **officium iudicis** procedió ante el juez de la sentencia, la **vía parata** ante otros jueces, por la innovación contenida en la sentencia. En todo caso, al mandamiento precedía a la execución, y en forma especial, después de la su-

1434 Op. cit., p. 205.

1435 Fco. Villalobos, *El enjuiciamiento convencional* México 18, p. 112.

basta.[1436] La ejecución sin intervención judicial, o incidentalmente con ella, sustituyó en Italia al **processus executivus,** y en España se hace remontar al Fuero Juzgo,[1437] que declara que si el demandado confiesa la deuda, el actor no necesita **prueba** y el juez debe acoger la demanda y dar sentencia por escrito para que ninguna duda venga después.[1438] Por último Podetti afirma que la ejecución cambiaria y el proceso monitorio, son formas residuales del **processus executivus,** y que ya en los antecedentes españoles aparece una reserva de **prueba** para el período posterior al cumplimiento de la obligación.[1439]

f) Aun quienes pugnan por la tesis monista del proceso que incluye la llamada fase ejecutiva, reconocen que a diferencia de la cognición, el procedimiento sirve para actuar una situación jurídica, para llevar a cabo actividades prácticas necesarias a la modificación del estado de hecho y a la remoción de lo que se considere contrario a derecho.[1440] Se trata de obtener la conformidad de lo que es con lo que debe ser, y para ello basta la pretensión de coaccionar, si bien en ocasiones a ella debe preceder el conocimiento que establece la adecuación entre lo pedido y lo certificado. La certidumbre necesaria es, en todos los casos, proporcionada por el título.[1441]

El procedimiento español, que con variaciones explicables se sigue en Iberoamérica, por su traza, su disposición, su contenido y efectos de la resolución, es heredero directo de **processus executivus.**[1442] En estas condiciones, cuando procesalmente se piensa en la ejecución, se toma en cuenta su liga más o menos estrecha con el conocimiento; pero a medida que se ensancha el campo de observación, se advierte que la ejecución es un procedimiento con plena autonomía, lo que en nada impide que eventualmente pueda depender de un conflicto sometido a proceso. De una manera particular, el carácter del acto administrativo lleva de inmediato a pensar en el procedimiento de ejecución;[1443] por tanto, no es extraño que hasta la tesis conservadora de Chiovenda[1444] admita que, luego de la sentencia de autorización para vender, que agota el acto autoritativo de coerción, sigue un acto administrativo que es el vender, realizado por el juez que al levantar el acta de remate, efectúa una relación administrativa contractual.

1436 Ayarragaray, op. cit., p. 35.
1437 Ley 23, T. I, Libro 2º
1438 Podetti, *Tratado de la Ejecución*, p. 20. Fairén Guillén destaca la antigüedad del ordenamiento sevillano de 1360, Cfr. *Estudios*, pp. 533 y ss.
1439 Op. cit., p. 43.
1440 Carnelutti, *Instituciones*, p. 159.
1441 Id.
1442 Manuel de la Plaza, *Derecho procesal civil español*, T. II, p. 523.
1443 Y así lo ha visto la jurisprudencia mexicana en la tesis que aparece en la página 1028 del tomo CXIV, del Semanario Judicial.
1444 *Ensayos*, T. I, p. 347.

El procedimiento de ejecución está tan emparentado con la actividad administrativa como con la judicial, y por ello se destaca de ambos órdenes para adquirir consistencia individual que ha hecho pensar en una disciplina distinta como es el derecho penitenciario. Debe advertirse que la ejecución puede no estar precedida del proceso, como se ve tratándose de la ejecutoriedad del acto administrativo, puede estar ligada con el proceso en una manera simultánea en lo judicial, según se mira en el embargo precautorio o en el llamado juicio ejecutivo, y por último necesariamente depende del proceso en lo penal pero no así en lo disciplinario ni en las medidas de apremio. Su característica innegable es la de ser una actividad compulsoria, lo que descarta la posibilidad de una válida resistencia del ejecutado. Es verdad que la Constitución garantiza la pacífica posesión, el normal disfrute de los derechos y la libertad personal como la no sujeción de la conducta propia a la imposición ajena; pero ninguna contradicción existe frente a la legitimidad de la coacción, porque ésta debe ejercerse ahí donde ha habido extralimitación del responsable. La cuestión consiste, por tanto, en puntualizar los límites de los derechos individuales: el subjetivo, el familiar, el administrativo, el estatuto personal y el de instancia. Las relaciones derivadas de ellos y coordinadas en las figuras institucionales respectivas, suelen llevar a consecuencias de responsabilidad que se ubican en la normatividad pública, donde la coacción es frecuente.

A ese procedimiento de ejecución, como a toda ritualidad legal, le es adecuada la variedad de ideas directrices de la sistematización normativa que se llaman principios generales o como quiere Robert Wyness Millar [1445] principios formativos. Pero no se trata de las nociones rectoras del proceso, y en este punto cabe aclarar que Millard engloba principios procesales con procedimentales. En la ejecución no hay bilateralidad de la audiencia, porque o está pospuesta para cuando se realice el proceso jurisdiccional, o se ha anticipado en ese proceso al que la doctrina quiere distinguir con el calificativo de cognición. [1446]

En cambio, puede hablarse de presentación de parte o investigación oficial, según que el beneficiario del título o la autoridad competente abran el procedimiento; con ello queda esclarecido que este principio no es exclusivamente procesal y que se refiere al conflicto y no a la serie de instancias proyectivas. En la ejecución puede haber impulso de parte, especialmente cuando el ejecutante es la propia Administración; pero en realidad el impulso siempre es oficial, por cuanto quien debe prestar la ejecución es el ejecutor mismo y no los titulares de derechos privados. Hay un orden consecutivo, pero no una preclusión ni una acumulación eventual,

1445 *Los principios formativos del procedimiento civil*, p. 43.
1446 Liebman, *Sobre el juicio ejecutivo*, op. cit., p. 399.

porque el título siempre estará determinando los límites de la realización. La demostración está en que se exige un título formal que excluye la oralidad entre el instructor y el ejecutante, aunque después resulte indispensable la inmediatez entre el ejecutante y el ejecutado o las personas que le sustituyan, representen, etc.; pero siempre es indispensable la escritura, lo mismo tratándose del título que de la subsecuente acta de la diligencia. Sin embargo debe puntualizarse que la inmediación no obsta a la posibilidad de delegar los actos en otra autoridad, porque el exhortado se convierte en ejecutor y en sujeto que inmediatamente se vincula con el ejecutado. Por último, la publicidad del procedimiento no impide el secreto de la instrucción. [1447]

Lo comentado sirve para precisar una circunstancia decisiva: la ejecución comienza a partir del título. Cuando le preceda podrá denominarse procedimiento administrativo oficioso para el acertamiento de una responsabilidad o procedimiento procesal, pero en ningún caso conviene llamarle ejecución si se carece del título. Se ha discutido si la obligación tributaria es relación administrativa o política [1448] mas ninguna duda cabe de que su satisfacción puede realizarse coactivamente conforme al texto constitucional, siempre en vía de apremio.

También será factible hablar de medios indirectos para obtener la presción y aceptar con Foignet [1449] que el astreinte es una condena pecuniaria, una amenaza susceptible de vencer la resistencia del deudor; pero habrá que reconocer que estas determinaciones judiciales son apenas el antecedente de la ejecución que por su propia finalidad pueden no alcanzar.

La ejecución se apoya en el título y no en el proceso de conocimiento como parece sostenerlo Ayarragaray. [1450] Con todo, la ejecución no es violencia ni es ilicitud. Entre la instrucción o sentencia y la realización, corre un plazo más o menos corto en el que inciden la notificación y, tratándose de la materia civil o tributaria, el requerimiento, las impugnaciones, las garantías y los medios suspensivos. Es cierto que en muchas ocasiones la ejecución misma es acompañada con otras compulsiones, lo que se llama ejecución indirecta, como la guarnición colectiva o individual francesa, la prisión por deudas o por desacato, el ocultamiento, la resistencia y demás; y el llamado **contrainte par corps.** [1451] Sin embargo, estas cargas legales, aunque inadecuadas para la hipótesis de la ejecución, no son ésta sino medidas auxiliares. La ejecución es la secuencia de actos,

1447 Antonio Carrillo Flores, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración pública en México*, p. 101.

1448 Vallarta, op. cit., p. 59.

1449 Op. cit., p. 9.

1450 Op. cit., p. 44.

1451 Vallarta, op. cit., p. 28.

eslabonados y apoyados en la materialidad, según el propósito derivado del título en que consta la situación jurídica a realizar; la ejecución es el procedimiento de la autoridad competente para efectuar por medio de un agente la responsabilidad a cargo del ejecutado.

g) El supuesto indispensable del procedimiento de ejecución es un documento. El artículo 16 constitucional mexicano exige la escrituración del mandato y las leyes procesales suelen referirse a la forma de la sentencia judicial. Sin embargo, los escritos, se ha visto, pueden ser documentos o instrumentos, y en ambos casos se habla de autodocumentación y de heterodocumentación. El título puede consistir en cualquiera de estas especies, siempre que lleve las características especiales que acrediten el aparejamiento de la ejecución. Los documentos que se mencionan a este fin son la primera copia de una escritura pública expedida por juez o notario, el juicio uniforme de contadores si las partes se hubieren sujetado a él expresamente o lo hubieren aprobado, las ulteriores copias de las escrituras públicas dadas por mandato judicial con citación de la persona interesada; los demás instrumentos públicos que hagan fe pública, los documentos privados reconocidos por quien los mandó extender, la confesión de la deuda hecha judicialmente, los convenios celebrados en el curso del juicio, las pólizas celebradas con intervención de corredor público y, naturalmente, las sentencias y laudos. [1452]

Pero la ejecución comienza a partir del momento en que la autoridad judicial o administrativa emite una instrucción, una ordenanza o mandato. [1453] Si el procedimiento de ejecución es una vía pública, si nace a partir del mandato de la autoridad competente, si contra este mandato no caben más defensas o excepciones que las expresas y limitativamente señaladas por las leyes, si el ejecutor es un agente de la autoridad, y si todo ello tiene como justificante el título respectivo del funcionario, parece indudable que el título es un documento público, judicial o administrativo, de manera que los que se originan convencionalmente, por lo menos no serán los títulos de la ejecución sino del derecho o de la pretensión correspondientes.

Ya la necesidad de la forma se ha destacado con relación a los títulos de crédito, [1454] y las Institutas hablaban de la **literium obligatio** como contrato abstracto, además de la **stipulatio**, de manera que no sólo se puede separar el acto formal de la forma del acto, sino que es frecuente estudiar por un lado los formulismos y por otro las formalidades. Parece conveniente dar a cada noción el significado que para el presente estudio es indispensable. El formalismo es la secuencia consagrada para obtener una

1452 Artículos 443 del Código Distrital, 407 del Código Federal y 1391 del Código de Comercio.

1453 Mario Pugliese *Derecho Financiero*, Trad. José Silva, México 1939, p. 251.

1454 Vicente y Gella, op. cit., p. 26.

forma particular, por lo que el formulismo queda como la denominación de un esquema inalterable. Decir que el procedimiento es formalista es tanto como exigir apego a la legalidad, y censurar el formulismo es atacar el molde férreo de sus lugares comunes. La formalidad es certeza y validez por correspondencia de la forma a lo normado, formulismo es degeneración que la economía de la práctica ha implantado. El formulismo puede eliminarse sin mengua de la formalidad, pero ésta resulta indispensable para asegurar la eficacia de los actos. A través de la formalidad del título se puede establecer la validez de la ejecución; cuando el documento, administrativo, judicial, profesional o notarial, y el privado, se convierte en título hábil para ejecutar, es porque ha alcanzado la formalidad de su emisión en un acto de la autoridad competente. Esta conversión se exige cuando el documento no es ejecutorio, esto es, judicial, o cuando no es un título ejecutante, es decir, proveniente de la autoridad administrativa; pero tratándose de los ejecutivos, sin importar su carácter de público, oficial o privado, para que se llegue a la ejecución, es menester ese acto que inicia el trámite coactivo instruyendo al agente y que debería denominarse el auto cabeza de la ejecución.

De cualquiera manera, el título es el principal supuesto o base de la ejecución, y tiene el valor de una formal legalización [1455] al grado de que la actividad ejecutora nace y muere con él, independientemente de la relación sustancial, en la inteligencia de que la administración pública puede crear títulos, como los destinados al cobro de impuestos, susceptibles de excluir la competencia judicial. Es obvio que en un régimen de derecho, la ejecución puede obstaculizarse por diferentes medios, unos tendientes a detener el procedimiento y otros a destruir la causa; pero en tanto el título aparece como el supuesto documental, la situación jurídica adquiere perfiles singulares, según la clase de título que se observe. El de crédito, por ejemplo, cumple su finalidad de circulación de bienes futuros con la adquisición del documento, pero en el fondo, destaca la transmisión del derecho a exigir la prestación que del texto resulte. [1456] Si al título se le sustrae la nota crediticia, siguiendo una idea de Satta, [1457] es probable que la característica relevante sea la fundamentación de la pretensión de proceder a efectuar la modificación real de la situación jurídica.

Es verdad que la tesis de Satta sólo es aplicable a la sentencia del convenio, y por lo mismo no sirve para explicar la naturaleza de las restantes decisiones, pero cabe llevarla al campo administrativo lo mismo que al judicial, para confirmar que el título acierta la subsistencia de las condi-

1455 Ayarragaray, op. cit., p. 74.

1456 Vicente y Gella, op. cit., p. 18.

1457 Op. cit., p. 25.

ciones para la actuación de la sanción. Es decir, el agente ejecutor sólo tiene que confirmar la existencia del título, sin que oficiosamente pueda ahondar para inquirir si subsiste o ya no existe el crédito que se cobra.

En realidad el título es una autorización al agente público, para que haga algo afectando el derecho del responsable; por eso la calificación de título ejecutivo debe corresponder sólo al documento de crédito, pero no al procedimiento, que como vía pública tiene su origen en un acto público que es la instrucción de la autoridad competente. La utilidad del documento en que se apoya la instrucción para ejecutar, está en el señalamiento de la responsabilidad del sujeto, lo que debe coordinar con la coerción que autoriza la ley.

Ya en el campo convencional Arcangeli [1458] descubre que un acto sin importancia jurídica puede realizar una modificación real, y que una cosa corporal indiferente puede recibir, a causa de la aceptación, una incorporal: la declaración suscrita, por la que un pedazo de papel se trueca en un título apto para ser portador de un valor. [1459] Pero en estos títulos valor, la regla es que el pago se haga a quien resulte acreedor según el documento, lo que se conoce como la ley de circulación de los títulos de crédito; en cambio, el título judicial sigue la regla civil que ordena pagar a la persona en cuyo favor se hubiere constituido la obligación o a su representante. [1460] En un caso no se requiere demostrar la propiedad efectiva del documento, en el otro es indispensable la identidad del acreedor material. Ya Verdugo [1461] había puntualizado que para los efectos del título convencional, debe estarse a la voluntad de las partes; puede inferirse de ello que en los títulos de derechos privados, los interesados prevén hasta la aplicación de las normas públicas, combinación que muestra el carácter institucional de la ejecución. Según se trate de una causa convencional, judicial o administrativa, habrá lugar para hablar de derecho material, simple declaración o verdadera instrucción. Si entre los títulos ejecutivos y los ejecutorios la doctrina ha encontrado numerosas diferencias, [1462] respecto a los títulos de la administración que deben denominarse ejecutantes, se ha limitado a incluirlos entre los extrajudiciales, sin observar que su fuerza es similar o superior a los ejecutorios, aunque su validez en el contencioso administrativo sea paralela a los ejecutivos. [1463] Ejecutivos y ejecutorios son títulos de los que nace el derecho de dirigirse al órgano ejecutor, [1464] en

1458 *Título de crédito*, p. 52.
1459 Arcangeli, op. cit., p. 52.
1460 Vicente y Gella, p. 148.
1461 *Lecciones de derecho civil*, México 18, T. I, p. 127.
1462 Podetti, op. cit., p. 78.
1463 J. F. Linares, *El contencioso administrativo*, p. 70.
1464 Chiovenda, *Ensayos*, T. I. p. 116.

cambio el título ejecutante es el que contiene la formal declaración del órgano administrativo para convertirse en ejecutor o delegar en un agente subordinado la ejecución misma.

Entre los tres títulos puede haber discrepancia de contenido pero en todos hay una responsabilidad acreditada por escrito, lo que se caracteriza en las notas de incorporación, autonomía y literalidad;[1465] pero no cabe olvidar que en el ejecutante la pretensión es documentada por el mismo ejecutor, lo que impide que varíe el acreedor o que el título sirva para la circulación de riqueza, que sea cedible o que pueda extenderse al mismo tiempo para dos o más agentes.

Para quienes acepten la clasificación de Fenech[1466] respecto a la ejecución: expropiativa o entrega de dinero, satisfactiva o entrega de cosas, transformativa o de hacer y deshacer, distributiva o general y de concursos, y penal o represiva; resultará indisputable que todo título no puede conducir sino a dos consecuencias: un hacer sobre las cosas y un hacer sobre las personas, en la inteligencia de que siempre que el agente, encargado de realizar el mandato de la autoridad esté designado en el título mismo, personalmente ha de aplicar la compulsión para satisfacer la pretensión, aunque no siempre exista el fin de distribuir el producto de los bienes entre terceros.

Lo dicho respecto a los títulos ejecutivo y ejecutorio, en cuanto a la justificación, es también aplicable al ejecutante, al cual precede un acertamiento del crédito, y por ello no cabría calificarlo de abstracto,[1467] porque la ley no sólo no separa sino que exige la determinación de los elementos causantes. En cuanto declaración, todos los títulos, una vez unificados en la instrucción de la autoridad, deben considerarse como lo decisión unilateral que ordena la compulsión. Esta declaración no es una resolución declaratoria según lo explica la doctrina,[1468] sino constitutiva de la potestad coactiva, con las propias consecuencias que tradicionalmente se han asignado al título de crédito, en el sentido de ser una obligación suspensiva, condición que se realiza al llegar a manos del ejecutor.[1469]

La presunción de legitimidad de los títulos se apoya en su formalidad, en la que consta la instrucción de la autoridad de manera expresa y hasta solemne, y siempre con base en textos legales. Debe figurar la autoridad que emite la instrucción, los elementos que permitan conocer la legitimidad de la pretensión compulsiva y, tratándose del título ejecutante, a diferencia del ejecutivo y del ejecutorio, la relación sustantiva no se revoca

1465 Vicente y Gella, p. 131.
1466 *Derecho procesal penal*, T. I ,p. 82.
1467 Arcangeli, op. cit., p. 16.
1468 C. E. González. *Derecho notarial*, p. 227.
1469 Arcangeli, p .28.

con la obtención; además, el título ejecutante no es susceptible de apropiación por los llamados medios originarios: ocupación, descubrimiento, usucapión, etc.; ni siquiera pueden, como los ejecutorios, ser transmitidos por sucesión particular o universal. [1470]

Cabría añadir que la incorporación en el título ejecutante no es el elemento constitutivo del crédito como en los otros dos, sino la inseparabilidad de la facultad compulsoria y el documento en que se consigna; sin embargo es aplicable la tesis de que su valor legitimario deriva de la incorporación, en beneficio del deudor y del ejecutor, porque la condición previa del ejercicio de la facultad, estriba en la presentación del título; [1471] sin embargo, es necesaria la reserva de que el ejecutor, como agente público, debe identificarse, de manera que la simple adquisición del título no implica la facultad compulsoria, porque no es cosa en el comercio ni está patrimonializado en el sentido de Vicente y Gella, [1472] por más que pueda incorporar un valor económico como en la materia fiscal, expresando las medidas y modalidades de la actividad del exactor, conforme al principio general de la literalidad. [1473]

Quizás la característica más notable sea la circunstancia de que el título ejecutante es suscrito por la propia autoridad y puede ser cumplido por ella como ejecutora, pudiendo añadirse que mientras en los títulos ejecutante y ejecutorio es factible el exceso del poder, [1474] tal extremo queda eliminado en el ejecutivo, pero no en su realización a través de la instrucción judicial.

h) Explicaba Lascano, [1475] que en la ejecución no debe discutirse el origen o causa de la obligación, sino sus defectos extrínsecos, porque es la forma y no la causa lo que da fuerza ejecutiva al título; de ahí que en la inhabilidad de éste se comprenda su falsedad y que muchos de los que se supone traen aparejada ejecución fueran excluidos de su proyecto. En trabajo similar, Couture, [1476] sostenía que la ejecución debe cumplirse segura y enérgicamente, al grado de que nada impide penalizar su procedimiento.

Tales proposiciones giran en torno del secular problema que podría resumirse en estas palabras: es forzoso ejecutar lo ejecutable. Pero tal expresión supone la vigencia de dos hipótesis: sólo es ejecutable un título regular, y, la irregularidad de cualquier título exige el control jurídico.

1470 Arcangeli, p. 83.
1471 Vicente y Gella, p. 51.
1472 Op. cit., p. 46.
1473 Id. p. 75.
1474 Calamandrei, *La casación*, T. I, p. 74.
1475 *Proyecto de código de procedimiento civil y mercantil*, op. cit., p. 178.
1476 *Proyecto*, op. cit., p. 117.

La situación se traduce en graves dificultades prácticas, porque si la ejecución se asegura y se legitima en el título, que es su condición y medida, nada debiera legalmente impedirla cuando éste la justifique. Pero el título puede no ser auténtico, estar inhabilitado por circunstancias que no se adviertan a primera vista, o no responder a la relación sustantiva que invoca. Además, en no pocas ocasiones la autoridad confunde el título acto con el título documento, y creyéndose facultada o pretextando la aplicación de medidas preventivas, modifica la situación de hecho sin dar oportunidad, ni a la discusión del acto ni a la posible reparación.[1477] Es preciso considerar la trascendencia del título, sobre todo del ejecutante, porque si en los otros dos hay un momento aunque breve de revisión, así sea sólo de su formalidad, en el ejecutante la potestad jurídica de la autoridad impide que su subordinado efectúe cualquier examen, y cabe que el mismo emisor sea ejecutante y proceda por sí y ante sí, empleando la fuerza pública en este propósito.

Como la regularidad de la ejecución se concentra en sus condiciones, éstas deben ir visibles en el título, para que las excepciones, defensas u oposiciones se liguen a él inmediata y directamente, distinguiéndose entre los tres tipos de títulos, sobre todo entre el ejecutivo y el ejecutorio.[1478] Según Couture[1479] la verdadera garantía constitucional está representada por el proceso y no por cualquier procedimiento como el policial o la llamada **jurisdicción** voluntaria; en consecuencia, aludir al control de la regularidad es tanto como determinar cuál debe ser la vía de impugnación del procedimiento de ejecución.

La política legislativa ha seguido todos los caminos posibles, en algunos casos se ha optada por el simple recurso administrativo, en otros se ha llegado al proceso, sea el contencioso civil o el administrativo y, finalmente, se han utilizado las vías exclusivas como el amparo mexicano, cuyas excelencias no son, sin embargo, adecuadas para obtener la reparación contra la violencia del agente, los daños y perjuicios de la ejecución, los vejámenes del ejecutado, etc. Tal vez por ello Servando J. Garza[1480] afirmaba que las garantías del artículo 16 constitucional mexicano, aseguran el contenido sustancial de la regularidad de los actos autoritarios, de tal modo que salvo el requisito de la escritura, no eran simplemente formales la competencia del funcionario, la expresión del fundamento y su motivación.

Si teóricamente se acepta que la fundamentación queda satisfecha con la expresión del precepto en que se apoya la ejecución, no sucede lo mismo con la motivación, y según Fraga,[1481] el acto está legalmente motivado

1477 Carrillo Flores, op. cit., p. 226.
1478 Liebman. *Sobre el juicio ejecutivo*, cit., p. 392.
1479 *Las garantías constitucionales del proceso*, op. cit., p. 184.
1480 Op. cit., p. 171.
1481 *Derecho administrativo*, p. 246.

cuando se comprueban los antecedentes que en realidad provocan la ejecución, si la situación es la prevista por la ley. Y conforme al criterio de Carrillo Flores, [1482] las condiciones de hecho, motivos y contenido del acto, que la doctrina refiere a la competencia, son los elementos que integran la legitimidad material del acto. Si la autoridad manda cosa distinta de lo que la ley establece, o lo hace con supuestos de hecho distintos a los previstos por el legislador, se viola la ley.

La motivación es determinante para el control de la facultad discrecional, y cuando se usa sin ella, la ejecución se convierte en desvío de poder; es por ello que la garantía del artículo 16 constitucional mexicano no se satisface expresándola incorrectamente. En íntima relación con estos principios, el ejecutor debe tener la potestad indispensable para suspender la realización, por lo menos de manera similar a como se estipuló en la clásica división de las excepciones, separando las defensas **in continenti** de las de largo examen. [1483]

Las cuestiones de conocimiento directo no pueden esperar al control procesal, y si en este ámbito se conocen con abundancia los desplazamientos a la vía administrativa, es inconcluso que la ejecutoriedad exige una potestad del ejecutor que descargue a la autoridad ordenadora de casos inútilmente controvertidos, y para que sea responsable aunque en mínima parte de la ejecución irregular.

El facultar al ejecutor para rehusarse a aplicar la coacción, no es algo insólito, y ya Vallarta [1484] sostenía que se invade la división de poderes, cuando la facultad económico coactiva se aplica al cobro de cualquiera deuda líquida sin importar su origen, tal y como sucedería si se empleara para hacer efectivas responsabilidades contractuales. De ahí podría avanzarse superando la tesis de Demetrio Sodi [1485] cuando opinaba que es absurdo hablar de ejecución contra el Estado, porque tanto en la historia del derecho, como en el derecho comparado, se conocen regímenes jurídicos que autorizan diversos tipos de realización coactiva contra los órganos estatales. [1486]

1482 Op. cit., p. 141.

1483 Podetti, op. cit., p. 17.

1484 Op. cit., p. 68.

1485 *Procedimientos Federales*, cit., p. 255.

1486 Tres legislaciones sudamericanas pueden mencionarse de manera ejemplar: la colombiana, la costarricense y la panameña y sobre el particular se puede consultar la doctrina respectiva: Eustorgio Sarría *Derecho administrativo*, Bogotá 1957 y los artículos 121 y 122 de su Código Contencioso Administrativo; Gonzalo Retana Sandi *La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica y su reforma*, San José 1966 y los artículos 77 y siguientes de la ley costarricense; Eduardo Morgan Jr., *Los recursos contencioso administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño*, Panamá, 1961 y los artículos 99 y siguientes de la ley 135 panameña.

i) Ha quedado para el final el problema de la llamada ejecución penal. Casi todas las características concernientes al título se encuentran contenidas en la sentencia de condena; pero en este campo acontece una situación singular que no se mira respecto de los juicios civiles, laborales, administrativos o mercantiles, y se trata de que el pronunciamiento que condena penalmente, tiene un significado de privación de la libertad, principalmente de la relativa al desplazamiento corporal.

Es verdad que la ejecución puede definirse como la realización coactiva por obra de tercero de la orden contenida en la instrucción de la autoridad competente, y por ello tratándose de las responsabilidades de hacer y de no hacer, se ha dudado de que pueda hablarse de verdadera y propia ejecución, porque ante el incumplimiento se resuelven finalmente en ejecuciones de dar, las que tipifican esa realización coactiva por tercero que no necesita la colaboración de la voluntad ni de la actividad del ejecutado. Sencillamente, el ejecutor embarga, valúa, remata, adjudica y liquida al acreedor; para ello resulta superflua la colaboración del ejecutado, y es totalmente indiferente que se resista, que acceda o que mantenga una conducta omisiva dejando hacer.

Ahora bien, si de la ejecución de dar se pasa a las responsabilidades de hacer o de no hacer, se advierte que el ejecutor no puede sustituir la conducta omisiva en el primer caso ni puede reprimir la positiva en el segundo, de manera que cuando el condenado no hace lo debido o hace lo indebido, el ejecutor tiene que buscar la solución al incumplimiento a través de una condena de indemnización de daños y perjuicios, la cual es, naturalmente, ejecutable por tratarse nuevamente de una responsabilidad de dar. En estas circunstancias se ha dudado de que exista una verdadera ejecución tratándose de las obligaciones de hacer y de no hacer.

Sería sencillo optar por cualquiera de los dos extremos, y hablar, como lo hacen los códigos mexicanos, de la ejecución en las obligaciones de hacer y de no hacer, o bien, negar que pueda existir este tipo de realización coactiva. Sin embargo, hay ciertos casos en los que no puede establecerse tajantemente la separación, y en los que tendrá que concederse la razón parcialmente a los códigos y parcialmente a la doctrina. En efecto, si la obligación de hacer puede realizarse por tercero, se tendrá una positiva transformación de la realidad semejante a la ejecución, ya que sólo faltaría el empleo de la fuerza física sobre el ejecutado. La realización por obra de tercero y sin violencia se transforma también en una responsabilidad de dar, que consiste en pagar el precio de los honorarios y, a estas alturas se podrá volver con la doctrina a la negativa de las ejecuciones tratándose de obligaciones de hacer.

Otro caso que no contiene una obligación de dar y que puede ser ejecutado, es el del arresto. Aquí la persona sancionada es llevada por la fuerza ante la autoridad, de manera que existe realización coactiva por obra

de tercero y sin que importe la voluntad del ejecutado, el cual se limita a no hacer, es decir, a no impedir la aplicación de la fuerza pública, sea porque respete su legalidad o porque materialmente no pueda vencerla.

Si de este punto se llega a lo estrictamente penal, se puede afirmar que tratándose de la pena de muerte hay verdadera ejecución, en cuanto son el tercero o los terceros quienes privan de la vida al condenado; pero no debe olvidarse que han existido ejemplos en los cuales es el propio condenado quien se priva de la existencia, como aconteció con Sócrates, de manera que no podría hablarse de ejecución penal en ausencia del tercero que ejerza la coacción.

Prohibidas las penas infamantes y aquellas que afectan corporalmente al sujeto, como los azotes, mutilaciones, los palos, la marca, la infamia y el tormento de cualquiera especie, conforme al artículo 22 constitucional, la realización de la condena penal en los restante casos que no impliquen la muerte del condenado, tiene caracteres que no pueden asimilarse a los que se han venido mencionando respecto de la responsabilidad patrimonial.

En este campo se habla del derecho penitenciario, y se han efectuado numerosos estudios que fundamentalmente hacen resaltar el carácter administrativo que tiene el purgar la pena. En la actualidad se intenta resolver el dilema de si se debe castigar a los penados o reformarlos, porque las dos cosas no pueden ser al mismo tiempo. [1487]

Se recuerda que el artículo 18 constitucional establece que los gobiernos de la federación y de los Estados organizarán el sistema penal sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Es por ello que en el Estado de México se ha puesto en práctica un plan que prohibe el empleo de todo procedimiento que de alguna manera ultraje la dignidad humana. Así pues la pena de prisión se concibe como efectivamente reformadora de la conducta morbosa del delincuente y, al efecto, se le abre un expediente personal de acuerdo con su edad, condiciones físicas, grado de instrucción y capacitación para el trabajo, se individualiza la pena procurando que adquiera hábitos de sociabilidad para que al término de la condena pueda reintegrarse a la sociedad con habilidad para el trabajo.

Los especialistas en derecho penitenciario resaltan circunstancias orgánicas tales como la necesidad de que el personal directivo y técnico sea universitario incluyendo al administrador; se hagan estudios de los internos desde los ángulos médico, psicológico, social, pedagógico y laboral, todo lo cual ha de llevar a un tratamiento que incluirá: i) información y orien-

1487 Juan José González Bustamante, *La prisión como factor criminógeno. Prisiones abiertas* en *El centro penitenciario del Estado de México*, Toluca 1969, p. 19.

tación especiales y discusión con el interno sobre sus problemas personales y prácticas de la vida y libertad; ii) métodos colectivos, iii) concesión de mayor libertad dentro del establecimiento; iv) traslado a un establecimiento abierto; v) permisos de salida de diversa duración y vi) permisos para trabajar fuera del establecimiento viviendo en establecimiento abierto sin contacto con la población del establecimiento cerrado.[1488]

Basta, pues, revisar los aspectos sobresalientes de los centros penitenciarios,[1489] para advertir que la realización del contenido de la sentencia penal se desenvuelve en un campo gubernativo, en el que las autoridades penitenciarias toman el carácter de la administración pública. El cumplimiento de la condena penal se resuelve en vivir en lo que ahora se llaman internados, y, fuera de la prohibición de abandonar estos locales, ya sean cerrados o estén abiertos, en realidad la conducta del ejecutado presuntamente se desenvuelve como en otras comunidades en que el encierro y el apartamiento temporal del mundo exterior es lo determinante.

Es por ello que si se ha de seguir hablando de la ejecución en lo penal, se deben tomar en cuenta estas circunstancias que no pueden llevarse al campo de lo meramente patrimonial. En el ámbito penitenciario quien cumple es el condenado mismo y no el ejecutor, el cual se convierte en gobernante de la prisión, la que administra con toda la potestad disciplinaria que se registra en otras comunidades, ya sean de manera transitoria o definitiva. El derecho penitenciario actual tiende a llevar la vida en prisión más cerca de lo que sería una comunidad o congregación de estudiantes o enfermos sometidos a tratamiento para su instrucción o recuperación de su salud. Difícilmente es aplicable a esta situación el concepto de ejecución que se tiene en lo civil, administrativo o laboral.

1488 Alfonso Quirós Cuarón, *En el primer aniversario del Centro Penitenciario del Estado de México*, pp. 36 y 37.

1489 Sergio García Ramírez, *Balance y resumen sobre el centro Penitenciario del Estado de México*, op. cit., p. 56 a 59.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ABREU GOMEZ, EMILIO. *Leyendas del Popol Vuh.* México 1951.

ACERO, JULIO. *Procedimiento penal.* Puebla. 1958.

ACUÑA ANZORENA, ARTURO. *Simulación de los actos jurídicos.* Bs. As. 1963.

AFTALION, ENRIQUE R., FERNANDO GARCIA OLANO y JOSE VILANOVA. *Introducción al derecho.* Buenos Aires 1956.

AGUAYO SPENCER, RAFAEL. *Las relaciones jurídicas de Vittoria.* México 1947.

AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO. *Segundo curso de derecho civil.* México 1960.

AGUILAR Y MAYA, JOSE *Discurso inaugural del primer congreso de agentes ministerio público federal.* México 1931.

AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE *Tratado de las cuestiones perjudiciales y previas el procedimiento penal.* Madrid 1904.

AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE. y FRANCISCO DE P. RIVES y MARTI. *El derecho judicial español.* Madrid 1920.

ALBA, CARLOS H. *Estudio comparado entre el derecho azteca y el d cho positivo mexicano.* México 1949.

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO *Proceso autocomposición y autodefensa.* México 19

Programa de derecho procesal civil. México 1948.

Panorama del derecho mexicano. Síntesis del dere procesal. México 1966.

Examen crítico del código de procedimientos civ de Chihuahua. Chihuahua 1959.

Enseñanza y sugerencias de algunos procesalistas a americanos acerca de la acción en *Estudios de ho de Hugo Alsina.* Bs. As. 1956.

Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano y c veniencia de su reabsorción por el civil en *Rev. de Facultad de Derecho.* México. Tomo II Nº 7 ju Septiembre 1952.

Aciertos terminológicos e institucionales del dere procesal hispánico. México 1948.

Estampas procesales de la literatura española. Bs. A 1961.

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.

Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso. Buenos Aires 1952 publicada en Rev. de *Derecho Procesal*. Año X, Nº IV.

Autoridad y libertad en el proceso civil. Prólogo al libro *Autoridad del juez y principio dispositivo*, de José Rodríguez U. Universidad de Carabobo. Instituto de derecho privado y comparado. Valencia 1968.

Evolución de la doctrina procesal. Sobretiro de la Rev. *El Foro*. Junio 1950. México.

Ensayos de derecho procesal civil penal y constitucional. Buenos Aires. 1944.

Estudios de derecho procesal. Madrid 1934.

La ejecución de sentencias arbitrales en México. Boletín del Instituto de Derecho Comparado. México año XI Nº 32.

Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales, en *Rev. de la Facultad de Derecho de México*. Tomo X, Nº 37 a 40.

El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano. México 1962. Instituto de Derecho Comparado.

Principios técnicos y políticos de una reforma procesal, publicaciones de la Universidad de Honduras, 1950.

Aspectos, obstáculos y posibilidades procesales en torno a la muerte del general Humberto Delgado, en *El asesinato del general Humberto Delgado*, Ateneo Español de México, 1966.

El antagonismo juzgador partes, situaciones intermedias y dudosas, Estrato dagli scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei. Padova 1957.

Clínica procesal. México 1963.

Estudios de derecho probatorio. Concepción, Chile 1965.

ALLORIO, ENRICO. *Problemas de derecho procesal.* Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1963.

ALSINA, HUGO. *Unificación de la legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal*, en *Estudios procesales en memoria de Eduardo J. Couture*, Madrid 1904.

Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Bs. As. 1943.

ALTAMIRA, RAFAEL. *Análisis de la recopilación de las leyes de Indias de* 1680. B. A. 1941.

ALTAMIRA Y CREVEA, RAFAEL. *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana.* México 1951.

ANDREU Y FERRAZ, ANTONIO. *Aranceles de los tribunales juzgados y oficinas de justicia, gobierno y real audiencia de la ciudad de México*, 1759.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *A businessman's guide to commercial arbitration*, Nueva York s/f.

ARAUJO LOPEZ DE COSTA, ALFREDO DE. *Direito Processual Civil Brasileiro.* Río de Janeiro 1959.

ARCE CANO, GUSTAVO *Las juntas de conciliación y de conciliación y arbitraje.* México 1938.

ARCE, ALBERTO G. *Derecho internacional privado.* Guadalajara 1961.

AREAL, LEONARDO JORGE y CARLOS EDUARDO FENOCHIETTO. *Manual de derecho procesal,* Bs. As. 1966.

ARELLANO GARCIA, CARLOS *El rezago en el amparo.* México 1960.

ARIAS, JOSE. *Derecho de familia.* Bs. As. 1952.

ARIAS MALDONADO, JOSE. *Ordenanzas de la capital de la Nueva España.* 1683.

ARISTOFANES. *Comedias.* Trad. y notas Federico Baráchar. Bs. As. 1944.

ARROYO MORENO, JESUS ANGEL. *El régimen probatorio en los procedimientos creados por la Ley de la Propiedad Industrial.* en *Problemas jurídicos de México,* 1953.

ASCOLI, MAX. *La interpretación de las leyes.* Trad. Ricardo Smith Buenos Aires 1946.

AYALA, MANUEL JOSEF DE. *Notas a la Recopilación de Indias.* Madrid 1945.

AYARRAGARAY, CARLOS A. *El Principio de la inmaculación del proceso.* Buenos Aires 1959. *Historia y crítica del juramento,* Bs. As. 1946.

Los recursos en el código de procedimientos civiles para el distrito y territorios. México 1958.

BADENES GASSET, RAMON. *El riesgo imprevisible.* Barcelona 1946.

BARRA MEXICANA. *Opiniones sobre arbitraje necesario.* México 1933.

BASSOLS, NARCISO. *Improcedencia y sobreseimiento en el amparo.* México 1930.

BAZARTE CERDAN, WILLEBALDO. *Ley sobre arrendamiento para toda la República.* México 1956.

BECERRA BAUTISTA, JOSE. *La caducidad de la instancia de acuerdo con las recientes reformas del Código Procesal Civil.* México 1964. Conferencia.

El fuero constitucional. México 1945

El proceso civil en México. México 1962.

BECERRA LOPEZ, JOSE LUIS. *La organización de los estudios en la Nueva España.* México 1963.

BECEÑA, FRANCISCO. *Magistratura y justicia.* Madrid 1928.

BELING, ERNEST. *Derecho Procesal Penal.* Trad. Miguel Fenech. Barcelona 1945.

BENTURA BELEÑA, EUSEBIO. *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España y providencias de su Superior Gobierno, de varios Reales Cédulas y Ordenes que después de publcida la Recopilación de Indias han podido recogerse, así de los dirigidos a la misma Audiencia o Gobierno, como de algunas otras que por sus notables decisiones convendrá no ignorar.* México 1787.

BENTHAM, JEREMIAS. *Tratado de las pruebas judiciales. Trad.* José Gómez de Castro. Madrid 1835.

BETTI, EMILIO. *Teoría general del negocio jurídico.* Trad. A. Martín Pérez. Madrid s/f.

BIELSA, RAFAEL. *Los conceptos jurídicos y su terminología.* Bs. As. 1961.

BONFANTE, PIETRO. *Historia del derecho romano.* Trad. José Santacruz Tejeiro. Madrid 1944.

BONNECASE, JULIAN. *La escuela de la exégesis en derecho civil.* Trad. José Ma. Cajica. Puebla 1944.

BONNIER, EDUARDO. *Tratado teórico práctico de las pruebas en derecho civil y penal.* Trad. de los editores de la biblioteca de jurisprudencia. México 1874.

BONOLA, ROBERTO *Geometrías no euclidianas.* Trad. Luis Gutiérrez del Arroyo. Bs. As. 1945.

BORJA SORIANO, MANUEL. *Teoría general de las obligaciones.* México 1953.

BORREL MACIA, ANTONIO. *La persona humana.* Barcelona 1954.

BREMAUNTZ, JOSE. *Por una justicia al servicio del pueblo.* México 1955.

BREWER-CARIAS ALLAN, RANDOLPH. *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana.* Caracas 1964

BRUNNER, HEINRICH y CLAUDIUS VON SCHWERIN. *Historia del derecho germánico.* Trad. José Luis Alvarez Pérez. Barcelona 1936.

BULOW, OSKAR VON. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Trad. Miguel Angel Rosas Lichstein. Buenos Aires 1964.

BUENO, MIGUEL. *Prólogo a la obra de Paul Natorp, Kant y la escuela de Marburgo.*

BYUNG, CHUL KOH. *The United Nations Administrative Tribunal.* Baton Rouge, 1966.

BURGOA IGNACIO. *El amparo en materia agraria.* México 1964.

Proyecto de reforma al poder judicial de la federación. México 1965.

Las garantías individuales. México 1954.

El juicio de amparo. México 1957.

Reformas a la ordenación positiva vigente del amparo. México 1958.

CAICEDO CASTILLA, JOSE JOAQUIN. *Derecho internacional privado.* Bogotá 1960.

CAJICA, JOSE M. *Repertorio alfabético de jurisprudencia mexicana.* Puebla 1951-1955.

CALAMANDREI, PIERO. *Estudios sobre el proceso civil.* Trad. S. Sentís Melendo. Bs. As. 1961.

La Casación Civil. Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1945.

Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo código. Trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1943.

Chiovenda.—Recuerdo de juristas. Trad. S. Sentís Melendo. Bs. As. 1959.

CALDERON SERRANO, RICARDO. *Derecho Procesal Militar*. México 1947.

Crímenes de guerra, las responsabilidades enjuiciadas en Nuremberg. 1949.

CALVO, JULIAN. *El primer formulario jurídico publicado en la Nueva España: La Política de Escrituras de Nicolás de Irolo*. (1605). *Revista de la Facultad de Derecho*. Julio-Diciembre 1951.

CANUDAS OREZA, LUIS FELIPE. *Nuevo código federal de procedimientos civiles y ley orgánica del ministerio público federal*. 1943.

CAMARA, HECTOR. *Simulación de los actos jurídicos*. Bs. As. 1958.

CAMPILLO CAMARILLO, AURELIO. *Tratado elemental de procedimientos civiles*. Jalapa, Veracruz. 1924 a 1928.

CAPDVEVILA, ARTURO. *El oriente jurídico*. Bs. As. 1942.

CAPITAN, HENRY. *Vocabulario jurídico*. Trad. Aquiles Horacio Guaglianone. Bs. As. 1961.

COUTO, RICARDO. *La suspensión del acto reclamado en el amparo*. México 1929.

CAPPELLETTI, MAURO. *La testimonianza della parte nel sistema dell' oralita*. Milano 1962.

CARDOZO, BENJAMIN N. *La naturaleza de la función judicial*. Trad. Eduardo Ponssa. Bs. As. 1955.

CARLOS, EDUARDO B. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Bs. As. 1959.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bs. As. 1959.

Estudios de Derecho Procesal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bs. As. 1952.

Estudios sobre el proceso civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bs. As. 1961.

Cómo nace el derecho. Trad. S. Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bs. As. 1959.

Cómo se hace un proceso. Trad. Santiago Sentís Melendo y Merino Ayerra Redín. Bs. As. 1959.

Lecciones sobre el proceso penal. Trad. S. Sentís Melendo. Bs. As. 1950.

Lite e processo. *Riv. Dir. Proc. Cic.*, 1928.

Instituciones del nuevo proceso civil italiano. Trad. J. Guasp. Barcelona 1942.

La prueba civil. Trad. de la segunda edición italiana de 1947 por Niceto Alcalá Zamora y Castillo. Bs. As. 1955.

L'opposizione di terzo e i creditori.—Rivista Processuale Civile. Roma 1935.

Lezioni di diritto procesuale civile. Padova 1925.

CARNAP, RUDOLF. *La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje*. Trad. Nicolás Molina Flores. México 1961.

Filosofía y sintáxis lógica. Trad. César N. Molina. México 1963.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. *Código Penal anotado.* México 1964.

La administración de justicia. México 1961.

La organización social de los antiguos mexicanos. México 1966.

CARVALLO, ADOLFO. *Manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales.* Santiago de Chile 1956.

CARRE DE MARLBERG, R. *Teoría General del Estado.* Trad. José Lión Depetre. México 1948.

CARRILLO FLORES, ANTONIO. *La defensa de los particulares frente a la administración en México.* México 1939.

CASSO ROMERO y CERVERA IGNACIO y JIMENEZ ALFARO FRANCISCO. *Diccionario de Derecho Privado.* Barcelona 1950.

CASTILLO Y ARRAÑAGA, JOSE y RAFAEL DE PINA. *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* México 1950 y 3ª edición de 1954.

CASTILLO, JUAN. *Manual de la facultad económica coactiva.* México 1898.

CASTILLO, JUAN. *Teoría del recurso de amparo. Instrucciones para su ejercicio.* México 1901.

CASTILLO VELASCO, FEDERICO. *Manual sobre procedencia y substanciación de los juicios de amparo.* 1899.

CASTILLO, JOSE R. DEL. *Práctica de enjuiciamiento criminal.* México 1916

Práctica de enjuiciamiento mercantil. México 1929.

CASTILLO, ALFONSO M. DEL. *El careo como derecho garantizado por la constitución.* México 1963.

CASTORENA J., JESUS *El derecho de huelga en México.* México 1931.

CASTRO, AMILCAR DE. *O conceito de territorio en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración.* Montevideo 1965.

CASTRO, JUVENTINO V., *La suplencia de la queja deficiente y substanciación de los juicios de amparo.* México 1953.

CICERON, MARCO TULLIO. *Pro Flaco.*

CELICE, RAYMOND. *El error en los contratos.* Trad. César Camargo y Marín. Madrid s/f.

CENICEROS, JOSE A. y FCO. GONZALEZ DE LA VEGA. *Código Federal de Procedimientos penales; Ley orgánica del Ministerio Público Federal; Ley orgánica del poder judicial de la federación.* 1934.

CEPEDA VILLARREAL, RODOLFO. *Segundo curso de derecho de trabajo.* México 1951.

CERVANTES, MANUEL. *Historia y Naturaleza de la personalidad jurídica.* México 1932.

CICU, ANTONIO. *El derecho de familia.* Trad. Santiago Sentís Melendo. Bs. As. 1947.

CLAVIJERO, FRANCISCO JAVIER. *Capítulos de historia y disertación.* México 1943.

CLARIA OLMEDO, JORGE A. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Bs. As. 1960.

COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. *Derecho mexicano de procedimientos penales.* México 1964.

CONDE DE LA CAÑADA. *Instituciones prácticos de los juicios civiles así ordinarios como extraordinarios.* Madrid 1850.

CONSTASSE DEL C., ALBERTO y FERNANDO A. ITURRA. *El caso fortuito ante el derecho civil.* Santiago de Chile 1958.

CORTES, FRANCISCO. *El juicio de amparo al alcance de todos o breves explicaciones de sus altos fines de su naturaleza y de su aplicación para facilit r al pueblo el inmedi to ejercicio de sus derechos por violación de gar rti s individuales cometidas por cualquier autoridad.* México 1907.

CRUZADO. *Bibliografía sumaria de derecho mexicano.* México 1957.

CUENCA, HUMBERTO. *Proceso civil.* Caracas 1965.

Proceso civil romano. Bs. As. 1957.

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires 1958.

Introducción al Estudio del proceso civil. Bs. As. 1953.

Interpretación de las leyes procesales en *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Bs. As. 1950.

Las garantías constitucionales del proceso civil en *Estudios en honor de Hugo Alsina.* Bs. As. 1940.

El proceso como institución. Revista jurídica de Córdoba. Argentina octubre-noviembre 1948 y *Anales de Jurisprudencia de México.* 1949.

Procedimiento Civil, versión taquigráfica de Marcos Medina Vida. Montevideo. s/f.

Proyecto de Código de procedimientos civiles. Bs. As. 1942.

CHAUVEAU, ADOLPHE. *Formulaire général et complet du Fraité pretique de procédure civile et commerciale.* París 1893.

CHAVEZ HAYHOE, SALVADOR. *Prontuario de ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia.* México 1937-1938.

CHICO GOERNE, LUIS. *Hacia un gobierno de jueces.* México 1953.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Principios de derecho procesal civil.* Trad. José Casais Santaló. Madrid 1922.

CHIRONI, G. P. La culpa en el derecho civil moderno. s/f.

CHUL KOB, BYUNG. EDUARDO Y SALA OSCAR A. *El derecho en los Estados Unidos.* Miami 1963 V. I. *The United Nations Administrative* Tribunal Louisiana Satte University Press. Cfr. Baton Rouge 1966.

D'ONOFRIO, PABLO. *Lecciones de derecho procesal civil.* Trad. José Becerra Bautista. 1945.

DELLA ROCCA, FERNANDO. *Instituciones de derecho procesal canónico.* Trad. Bs. As. 1950.

DELVAUX LOUIS. *La Cour de Justice de la Communité Europenne du Charbon et l'Acier.* París 1956.

DERK BODD, Y MORRIS. CLARENCE. *Law in Imperial China.* Cambridge 1967.

DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid 1966.

Compendio de pruebas judiciales. Bogotá 1969.

Requisitos para la existencia jurídica, la validez y la eficacia probatoria del testimonio de terceros. Rev. Argentina de Derecho Procesal. Año 1968 Nº 4.

DIAZ ARCINIEGA, FERNANDO. *La administración de justicia en México.* México 1959.

DIAZ BARREIRO, JUAN. *Extracto por orden alfabético del código de procedimientos civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.* México 1872.

DIAZ DEL CASTILLO, BERNAL. *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España.* México 1939.

DIAZ DIAZ, JOAQUIN. *Los derechos físicos de la personalidad.* Madrid s/f.

DICCIONARIO DE DERECHO CANONICO. París 1853.

DIEZ BLANCO, ALEJANDRO. *La Filosofía y sus problemas.* Barcelona 1960.

DIEZ, MANUEL MARIA.

DIGESTO DE EMPERADOR JUSTINIANO. *Derecho Admnistrativo.* Bs. As. 1963-65.

DIRECTORIO DEL GOBIERNO Directorio del Gobierno Federal, Organismos Descentralizados y Empresas de participación estatal. México 1950.

DOS REIS, JOSE ANTONIO. *Teoría de la acción.* Trad. Guillermo García Máynez. México 1944.

DUBLAN MANUEL Y LOZANO. Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la indepedencia de la República.

DUBLAN, MANUEL y LUIS MENDEZ. Novísimo. Sala Mexicana. México 1870.

DUGUIT, LEON. *Traité de Droit Constitucionnel.* París 1921.

DUNCKER BIGGS, FEDERICO. *Derecho internacional privado.* Santiago de Chile 1956.

EBENSTEIN WILLIAN. *La teoría pura del derecho,* versión directa de J. Malagon y A. Pereña. México 1947.

EDDINGTON, A. S. *La naturaleza del mundo físico.* Trd. Carlos Ma. Rayles, Madrid 1938.

ELLERO, PEDRO. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal.* Trad. Adolfo Posada. Madrid 1900.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. T. VIII.

ENCINAS, DIEGO DE. *Cedulario indano recopilado.* Madrid 1945.

GONZALEZ, CARLOS. *Teoría general del instrumento público.* Bs. As. 1953.

ESCANDON, LORENZO. *Ley de organización de los tribunales, anotada con las disposiciones que la forman, y aclaran algunos de sus artículos, adicionándola con el análisis de cada artículo y un índice alfabético para facilitar su registro.* México 1893.

	Indice del código de procedimientos civiles, dispuesto por orden alfabético. México 1891.
ESCRIBANO, CARLOS.	*La confesión extrajudicial*. Trad. Antonio Segura Sánchez. Barcelona 1961.
ESCRICHE, JOAQUIN.	*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París 1884.
ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO.	*Historia del derecho mexicano*. México 1937.
ESTEVA RUIZ, ROBERTO.	*Que cuestiones del orden civil o del mercantil caen bajo el conocimiento de los tribunales federales*. México 1902.
EZETA, LUIS.	*Manual de alcaldes y jueces de paz*. México 1845.
FABREGA.	Práctica forense. Madrid 1906.
FAIREN GUILLEN, VICTOR.	*El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*. Barcelona 1950.
	El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil. en *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid 1955.
	La transformación de la demanda en el proceso civil. Santiago de Compostela 1949.
FARINA, JUAN M.	*El pacto comisorio*. Bs. As. 1961.
FELLMAN, DAVID.	*The defendant's rights under english law*. The University of Wisconsin Press 1966.
FENECH, MIGUEL.	*Derecho Procesal Penal*. Barcelona 1952.
FEO, RAMON J.	*Estudios sobre el código de procedimientos civil venezolano*. Caracas 1962.
FERNANDEZ DE LARA, LUIS G.	*Manual de procedimientos en materia civil y criminal, para los juzgados mayores de paz*. México 1880.
BENTHAM, JEREMIAS.	*Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. José Gómez de Castro. Madrid 1835.
FERNANDEZ SERRANO, ANTONIO.	*La Abogacía en España y en el mundo*. Madrd 1955.
FERRARA, FRANCISCO.	*La simulación de los negocios jurídicos*. Trad. Madrid. 1926.
FIX ZAMUDIO, HECTOR.	*Juicio de amparo*. México 1954.
	Panorama de derecho mexicano. Síntesis de derecho de amparo. México 1965.
	Notas bibliográficas de derecho procesal civil. Anales de Jurisprudencia. México 1960.
FLEINER, FRITZ.	*Instituciones de Derecho Administrativo*. Madrid 1933.
FLORES, BENITO.	*La conciliación y su desorrollo en el derecho internacional contemporáneo*. 1936.
FLORES GARCIA FERNANDO.	*La administración de justicia en México*, en Rev. de la Fac. de Der. de Méx. 1959.
FLORES GUERRERO, IGNACIO.	*Manual teórico práctico de los procedimientos en el juicio criminal de palabra y verbales comunes*. Jalapa 1897.
FLORIAN, EUGENIO.	*Elementos de derechos procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona 1934.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. *El significado de derecho romano.* México 1960.

FORSTHOFF, ERNEST. *Tratado de Derecho Administrativo.* Trad. Luis Lagaz Lecambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junger. Madrid 1958.

FOSCHINI, GAETANO. *La pregudizialita en el proceso penale.* Milano 1942.

FRAGA, GABINO. *Derecho Administrativo.* México 1944.

FRAGUEIRO, ALFREDO. *De las causas del Derecho. Ensayo Metafísico.* Córdoba 1949.

FRAMARINO, NICOLA. *Lógica de las pruebas en materia criminal.* S. Trad. Madrid 1895.

FRANCISCI, PIETRO DE. *Síntesis histórica del derecho romano.* Trad. de U. Alvarez. Madrid 1954.

FRANCO SODI, CARLOS. La teoría de la acción penal y su realización en la ley mexicana. Rev. de Derecho Procesal. Bs. As. 1944. Nº 1.

Código de Procedimientos penales comentado. México 1950.

El procedimiento penal mexicano. México 1946.

FRANCOZ RIGALT, ANTONIO. *Hacia la oralidad en el proceso civil.* México 1957.

FRANK, PHILIP. *Fundamentos de la física.* Tard. Elí de Gortari. México 1956.

GALINDO TORRES, FRANCISCO. *El juicio de amparo conforme al código de procedimientos federales.* México 1903.

GALTE CARRE, JAIME. *Manual de organización y atribuciones de los tribunales.* Santiago de Chile 1954.

GAMBOA, JOSE M. *Prescripción de la acción de queja en juicio de garantías y soberanía de los tribunales locales.* México. s/f.

GAOS, JOSE. *Introducción a el Ser y El Tiempo de Martín Heidegger.* México.

GARAY, MANUEL DE JOSE DE. *Breve compendio del juicio criminal y fácil método de substanciar las causas, sacado de varios autores tratadistas.* Madrid 1787.

GARIBAY K., ANGEL MARIA. *Historia de la literatura náhuatl.* México 1952.

Bibliografía mexicana del siglo XVI. México 1886.

GARCIA ICAZBALCETA, JOAQUIN. *Historia mexicana del siglo XVI.* México 1886.

GARCIA JIMENO, FRANCISCO. *El proceso civil en la curia filipica de Hevia Bolaños y en el derecho mexcano vigente.* Revista de la Facultad de Derecho de México. Enero-junio 1951.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho mexicano.* México 1944.

GARCIA RAMIREZ, SERGIO. *Asistencia de reos liberados.* México 1966.

GARCIA RAYA, RAMON. *Tribunal superior del distrito federal. Primera Sala, sentencias de Casación.* México 1904.

GARCIA ROJAS, GABRIEL. *Discurso de presentación del Dr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo.* En Revista de la escuela Nacional de Jursiprudencia Nº 30. México.

GARCIA TELLEZ, IGNACIO. *Una etapa del ministerio público*. México 1937.

GARCIA, TRINIDAD. *Introducción al estudio del derecho*. México 1935.

GARCIA ZAMUDIO, NICOLAS. *El poder judicial en Inglaterra*. Bogotá 1945.

GARCIA, RICARDO. *La ejecución de sentencas extranjeras en materia federal o de la legislación de los estados*. México 1895.

GARSONNET Y CESAR BRU. *Traité théorique et practique de procedure*. Paris 1898.

GARZA, SERVANDO J. *Las garantías constitucionales en el derecho tributario mexicano*. México 1949.

GAVIOLA, CARLOS A. *El poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*. Bs. As. 1965.

GAXIOLA F., JORGE. *Mariano Otero creador del juicio de amparo*. México 1937.

GELIO, AULIO. *Noches áticas*. Trad. Francisco Navarro y Calvo. Bs. As. 1959.

GELSI BIDART, ADOLFO. *De las nulidades en los actos procesales*. Montevideo 1949.

Presencia del magistrado en la audiencia en el proceso de Uruguay. Entrevista de derecho procesal. Bs. As. Año 1968. Nº 4.

GIMENEZ FERNANDEZ, MANUEL. *Instituciones jurídicas de la Iglesia Católica*. Madrid 1942.

GOLDSCHMIDT, JAMES. *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*. Bs. As. 1954.

Derecho procesal civil. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona 1936.

Problemas generales de derecho. Bs. As. 1944.

Derecho judicial material. Trad. Catalina Grossman. Bs. As. 1959.

Teoría general del proceso. Barcelona. 1936.

GOLDSTEIN, RAUL. *Diccionaroi de derecho penal*. Bs. As. 1962.

GOMEZ ARIAS, JUAN. El *consensus communitatis* en la eficacia normativa de la costumbre. Pamplona 1966.

GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN. *Tratado académico forense de procedimientos judiciales*. Madrid 1856.

GOMEZ ROBLEDO, ANTONIO. *México y el arbitraje internacional*. México 1965.

GOMEZ Y NEGRO. *Elementos de práctica forense*. Valladolid 1830.

GORPHE, FRANCOIS. *La apreciación judicial de las pruebas*. Trad. Delia García Daireauz. Bs. As. 1967.

La crítica del testimonio. Trad. Mariano Ruiz Funes. Madrid s/f.

GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*. México 1946.

Principios de derecho procesal penal mexicano. México 1945.

El procedimiento penal mexicano. México 1941.

GONZALEZ, CESAREO L. *Apuntamientos breves sobre derecho procesal civil y materias relacionadas.* Guadalajara 1914 a 1926.

GONZALEZ, NESTOR. *Competencia de los tribunales comunes. Exposición compendiada de los preceptos contenidos en la nueva Ley de organización judicial y que más interesan a todo litigante.* México 1903.

GONZALEZ PEREZ, JESUS. *Derecho procesal administrativo.* Madrid 1955.

GONZALEZ Y GONZALEZ, RAFAEL. *Indice alfabético de los artículos contenidos en el código de procedimientos del Estado de Puebla.* Puebla 1890.

GRZEGORCZYK, ANDRZY. *Hacia una síntesis metodológica del conocimiento.* Trad. Pedro Rojas. México 1967.

GUARNIERI, GUISEPPE *Sulla teoría general del proceso penale.* Milano 1939.

Las partes en el procesal penal. Trad. Constancia Bernaldo de Quiroz. Puebla 1952.

Las influencias del derecho civil en el derecho penal. Trad. C. B. de Quiróz. Puebla 1952.

GUASP, JAIME. *Derecho procesal civil.* Madrid 1956.

Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. Madrid 1948.

GUTIERREZ BLAS, JOSE. *Apuntes sobre los fueros y tribunales militares federales y demás vigentes en la República y sobre las más importantes disposiciones del derecho marítimo internacional y administrativo relacionados con aquellos.* México 1876.

GUZMAN SANTACRUZ, ROBERTO. *Repertorio de conceptos de derecho procesal civil.* Santiago de Chile 1966.

HACENS. *Ley concursuaria.* Trad. en Rev. Esc. Nal de Jurisprudencia. México 1942.

HAURIOU. *Principios de derecho público y constitucional.* Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid 1928.

HEIDEGGER MARTIN. *¿Qué es la Metafísica?* Trad. X. Zubiri. Madrid 1933.

HELLER, HERMANN. *La soberanía.* Trad. Mario de la Cueva. México 1965.

HELFELD, DAVID M. *La educación legal que necesita nuestra época. Revista de Ciencias Jurídicas.* Universidad de Costa Rica, Nº 12. Diciembre de 1968.

HENAO Y MUÑOZ, MANUEL. *Códigos antiguos de España.* Madrid 1885, publicado por Marcelo Martínez.

HERNANDEZ DE LA RUA. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil.* 1856.

HERNANDEZ, OCTAVIO A. *Curso de amparo.* México 1916.

HERRERA ALARCON, JOSE MA. *Diccionario Mexicano de Legislación y Jurisprudencia.* Méxco 1941.

HEVIA BOLAÑOS, JUAN DE. *Curia filipica.* Madrid 1841.

HUBNER GALLO, JORGE J. *Introducción a la teoría de la norma jurídica.* Santiago de Chile 1951.

IBARRARAN Y PONCE, FERNANDO. *Manual Razonado de Procedimientos Civiles y Penales del Estado de Veracruz.* 1897.

IHERING, RUDOLF VON. El fin del derecho. Trad. Bs. As. 1946.

IGLESIAS, JOSE MARIA. Estudio constitucional sobre las facultades de la Corte de Justicia. México 1874.

ISLAS MAGALLANES, OLGA. *Delito de revelación de secretos*. México 1962.

ISLAS Y BUSTAMANTE, NICOLAS. *Indice de referencia y concordancia de los artículos del código civil con una noticia de los que se refieren al código penal al de procedimientos al de comercio y reglamentos particulares y de policía*. México 1876.

JAEGER, NICOLA. *Diritto processuale civile*. Torino 1944.

JAPIOT, RENE. *Tritte elementaire de procedure civil et commerciale*.

JELLINEK, GUILLERMO. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Ríos Urreti. B. A. 1943. (45).

JENOFONTE. *Apología de Sócrates*. Trad.

JEZE, GASTON. *Le service public. Revue du droit public*. Bucarest 1926.

JIMENEZ ASENJO, ENRIQUE. *Derecho procesal penal*. Madrid s/f.

Organización judicial española. Madrid 1952.

JOBE DUVAL, E. *Les morts malfasants et le droit roman*. Paris 1924.

JOLOWICS, M. J. A. *El hecho y el derecho en la jurisprudencia del tribunal supremo*. Trad. Arturo Vidal Solá. Cuadernos de *derecho angloamercano N* 18. Barcelona 1967.

JORDAN DE ASSO IGNACIO, MIGUEL Y MANUEL RODRIGUEZ. *El ordenamiento de la ley, que D. Alfonso XI hizo en las cortes de Alcalá de Henares al año de mil trescientos cuarenta y ocho*. Madrid. MDCCLXXIV. Discurso preliminar.

JORGE LAJE, EDUARDO. *La noción de causa en el derecho civil*. Bs. As. 1954.

JOSSERAND, LOIS. *Los móviles de los actos jurídicos de derecho privado*. Trad. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr. Puebla 1946.

JUAREZ ECHEGARAY, LUIS. *La preclusión*, en *Estudio en Honor de Hugo Alsina*. Bs. As. 1946.

KAUFMAN, FELIX. *Metodología de las ciencias sociales*. Trad.

KELSEN, HANS. *Teoría general del estado*. Trad. Luis Legraz Lacambra. Barcelona 1934.

KISCH, WILHEM. *Elementos de derecho procesal civil*. Trad. L. Prieto Castro. Madrid 1940.

KOHLER, JOSE. *Derecho de los aztecas*. Trad. Carlos Rovalo y Fernández. México 1924.

KONDER COMPARATO, FAVIO. *Les factures protestables et u de comparative de droit français et brèssileen. Revue trimestrielle de droit commercial*. París 1968.

KURCZYN VILLALOBOS, MARIA PATRICIA. *Bosquejo del proceso laboral mexicano y referencia al de diversos países*. México 1968.

LANDA, FRAY DIEGO DE. *Relación de las cosas de Yucatán*.

LAMPUE, PEDRO. *La noción del acto jurisdiccional*. Trad. Jesús Toral Moreno. México 1947.

LANCASTER JONES, ALFONSO. *Importantes cuestiones sobre los juicios de amparo.* México 1876.

LARRAIZAR, FEDERICO. *Nociones de derecho jurisdiccional internacional.* México 1873.

LARROYO FRANCISCO y MIGUEL A. CEBALLOS. *La lógica de la ciencia.* México 1948.

LARES, TEODOSIO. *Lecciones de derecho administrativo.* México 1852.

LASCANO, DAVID. *Jurisdicción y proceso.* Estudios en Honor de Hugo Alsina. Bs. As. 1946.

LASTRA Y VILLAR, ALFONSO. *La jurisprudencia del trabajo al día.* México 1937.

LAURENT, F. *Principios de derecho civil francés.* S/Traducción. México 1897.

LEAL MORALES, ALVARADO. *Teoría del proceso civil.* Bogotá 1959.

LEHR, ERNESTO. *Tratado de derecho civil germánico o alemán.* Trad: Diego Alcalde Prieto. Madrid 1878.

LEON, AURELIO D. *Manual de amparo.* México 1941.

LEON, GIOVANNI. *Tratado de derecho procesal penal.* Trad. Sentís Melendo, adcciones al derecho argentino p.r Diego Lamas. Bs. As. 1949.

LEON, ROMEO AUGUSTO DE. *La acción civil derivadas del delito.* Guatemala 1964.

LESSONA, CARLOS. *Teoría general de la prueba en el derecho civil.* Trad. Enrique Aguilera de la Paz. Madrid 1928.

LEVENE, RICARDO. *Manual de historia del derecho argentino.* Bs. As. 1952.

LEVILLER, ROBERTO. *Comentarios sobre la aplicación de las leyes de Indias.* México 1935.

LEVY BRUHL, HENRY. *Recherches sur les actions de la loi.* París.

LEYRET, HENRY. *Las sentencias del Magistrado Magnaud.* Trad. Enrique Díaz. Madrid 1904.

LOPEZ, LARRELANGUE, DELFINA. *Una villa mexcana en el siglo XVIII.* Imprenta Universitaria. 1957.

LOIS ESTEVES, JOSE. *Ensayo de una teoría general del proceso.* Santiago de Compostela 1947.

LOPEZ ORTIZ, LUIS. *Los contratos procesales.* Revista general de legislación y jurisprudencia. Julio-agosto. Madrid 1954.

LOPEZ PORTILLO, JESUS. *Nociones sobre la teoría del enjuiciamiento civil.* Guadalajara 1887.

LOPEZ PORTILLO, JESUS. *Importantes cusetiones sobre los jucios de amparo.* Guadalajara 1883.

LOPEZ VELARDE, GUILLERMO. *Apuntes de un segundo curso de derecho admnistrativo.* México 1954.

LORETO, LUIS. *Consideraciones acerca de la institución de la asesoría,* en *Estudios de derecho procesal civil.* Caracas 1956.

La sentencia constitutiva. Estudios de derecho procesal civil. Caracas 1956.

El conflicto de leyes en materia de pruebas en el derecho internacionale di Diritto Procesuale civile. Milano 1969.

LOZANO, JOSE MARIA. *Derechos del hombre.* México 1876.

Tratado de los derechos del hombre. Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre, conforme a la constitución de 1857 y a la ley orgánica de amparo de garantía de 20 de enero de 1869. México 1878.

LUTZESCO, GEORGES. *Teoría y práctica de las nulidades.* Trad. México 1945.

LLAGUNO, JOSE A. *Ensayo histórico jurídico de los documentos originales de México* 1963.

La personalidad jurídica del indio y el III concilio provincial mexicano 1588. México 1963.

MACIAS, JOSE NATIVIDAD. *Origen y alcance del artículo* 121 *constiutcional.* En Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Marzo México 1946.

MACHORRO NARVAEZ, PAULINO. *El ministerio público.* México 1914.

MALAGON BARCELO, JAVIER. *La literatura española del siglo de oro en la Nueva España.* Biblioteca Nacional de México. Instituto Bibliográfico Mexicano 1959.

MALDONADO, ADOLFO. *Derecho procesal civil, teoría y legislación federal del distrito y mercantil.* México 1947.

MANRESA, JOSE M. y EMILIO REUS. *Ley de enjuiciamiento civil y comentado y explicado.* Madrid 1856.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA. *Ley de enjuciamiento civil.* Mdrid 1869.

MANZANO MANZANO, JUAN. *Historia de las recopilaciones de Indias.* Madrid 1950.

MANZINI, VICENZO. *Tratado de derecho procesal penal.* Trad. S. Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin Bs. As. 1951.

MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de derecho administrativo.* Bs. As. 1966.

MARQUEZ, JOSE FREDERICO. *Instituçoes de Direito Processual Civil.* Río 1962.

MARTINEZ, ALFONSO, LANCASTER JONES e INDA' ECIO SANCHEZ GAVITO. *Inteligencia del artículo* 14 *constitucional.* México 1879.

MARTINEZ, ALBERTO. *Guía de práctica civil y criminal dedicada a los estudiantes de jurisprudencia.* Madrid 1879.

MARTINEZ, JOSE. *Comentarios a la ordenanza de minas.* México 1791.

MARTINEZ MARINA, FRANCISCO. *Ensayo histórico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio.* Madrid 1834.

MATEOS, PERFECTO. *Lección práctica del recurso de casación en materia civil arreglada al código de procedimientos del distrito federal.* México 1894.

MARTINEZ ROJAS, H. JESUS. *La suspensión del procedimiento civil por obstáculo penal.* México 1938.

MATEOS ALARCON MANUEL. *Código de procedimientos civiles del distrito federal Tratado de procedimientos civiles.* México 1919.
y territorios de la baja california, concordado. México 1914.

Código de procedimientos civiles vigente en el distrito federal y territorios con las reformas introducidas por Manual de práctica civil y criminal para los jueces mayores de paz del Estado de Puebla. México 1883.

Estudios sobre las pruebas en materia civil, mercantil y federal. México 1917.

MAZA DE F. y M. IGLESIAS. *Diccionario Laboral.* Barcelona s/f.

MAZEAUD, HENRY Y LEON. *Tratado de derecho civil.* Bs. As. 1962.

MEDINA, IGNACIO. *Teoría de la jurisdicción.* En Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Nº 7-8. México 1940.

El derecho judicial privado, según Solus y Perrot. En Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XIII. Nº 49.

MEDINA LOPEZ, GABRIEL. *Sistema probatorio canónico y notas concordantes con el derecho positivo Colombiano.* Bogotá 1968.

MEDINA, JOSE TORIBIO. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de México.* Santiago de Chile 1905.

MEDINA Y ORMAECHEA, ANTONIO A. DE. *Proyecto para la organzación de la sociedad de abogados de México, como corporación docente presentado a la decimoséptima Asamblea General.* México 1888.

MEJIA, ALFONSO. *Prontuario de procedimientos mercantiles contenidos en el libro V del Código.* México 19

MEJIA, MIGUEL. *Errores constitucionales. Las arbitrariedades judiciales y los juicios de amparo.* México 1886.

MELO Y RUIZ, IGNACIO. *Fortuna de mar.* México 1956.

MENDEZ BERNAL, LEON. *El tribunal fiscal.* México 1957.

MENDEZ CALZADA, LUIS. *La función judicial en las primeras épocas de la independencia.* Bs. As. 1944.

MENENDEZ PIDAL, RAMON. *Presentación de la recopilación de leyes de los reinos de las Indias. Consejo de la hispanidad.* 1943.

MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. *El derecho precolonial.* México 1937.

MERKL, ADOLFO. *Teoría general de derecho administrativo.* S/T. Madrid 1935.

MESSINEO. *Doctrina general del contrato.* Trad. R. O. Frontanarrosa, S. S. Melendo y M. Folterra. Bs. As. 1952.

MICHELI, GIAN ANTONIO. *L'onere della prova.* Padova 1942.

MIGUEL Y ROMERO, MAURO. *Tratado de procedimientos judiciales.* 1916.

MINGUIJON, SALVADOR. *Historia del derecho Español.*

MIRANDA, JOSE. *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas.* México 1952.

MUSSTAPICHI, JOSE MARIA. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial.* Bs. As. 1955.

MITTERMAIER, C. J. A. — *Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc., Trad. por un abogado de Ilustre colegio de Madrid.* México 1853.

MOLINA PASQUEL, ROBERTO. — *Contempt of cout, correcciones disciplinarias y medios de apremio.* México 1954.

MONCADA, FRANCISCO y VICENTE ESPINOSA. — *Manual para los jueces del estado civil de la República Mexicana.* 1885.

MONEVA Y PUYOL, JUAN. — *Introducción al derecho hispánico.* Madrid 1942.

MONTIEL Y DUARTE, ISIDRO. — *Registro analítico y crítico del código procedimientos civiles, dispuesto en orden alfabético.* México 1877.

Estudios constitucionales sobre la soberanía de los estados de la República Mexicana y sobre los juicios de amparo. México 1874.

Jurisprudencia fundamental o sea exposición de las reglas de derecho contenidas en el Título 34 partida 7, compilación de las comprendidas en los diversos códigos españoles desde el Fuero Juzgo hasta la N. Recopilación y recapitulación de las disposiciones generales de los nuevos códigos civil y penal dispuesta en orden alfabético. México 1887.

MORALES, C. EMILIO y JOSE L. ALVAREZ. — *Suplemento a los códigos de procedimientos a la ley orgánica del poder judicial del estado de Puebla.* 1890.

MOREL, RENE. — *Treite elementaire de procedure civile.* París 1932.

MORENO CORA, SILVESTRE. — *Tratado del juicio de amparo. Conforme a las sentencias de los tribunales federales.* México 1931.

MORENO, JERONIMO. — *Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros de justicia de las Indias y para sus confesores.* México 1732.

MORENO HERNANDEZ, MIGUEL. — *Derecho procesal canónico.* Madrid 1956.

MORELLI, GAETANO. — *Derecho procesal civil internacional.* Trad. S. Sentís Melendo. Bs. As. 1953.

MORINEAU, OSCAR. — *El estudio del derecho.* México 1953.

MORGAN EDUARDO. — *Los recursos contenciosos administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño.* Panamá 1961.

MORON, PALOMINO. — *La nulidad en el proceso civil español.* Barcelona 1957.

NAVA NEGRETE, ALFONSO. — *Derecho procesal administrativo.* México 1959.

NAVARRO, JUAN R. — *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios por el Conde de la Cañada,* gobernador del consejo y Cámara de Castilla. México 1950.

NATORP, PABLO. — *Kant y la escuela de Merburgo.* Trad. Miguel Buena, México 1956.

NENCIONI, GIOVANNI. — *L'intervento voluntario litisconsorziale n'el proceso civile.* Padova 1935.

NEZARD. *Elements du droit public.*

Ediciones cultura hispánica. Madrid 1945.

OBREGON, RAMON. *El arraigo personal en los juicios civiles.* México 1890.

ODERICO, MARIA A. *Derecho procesal penal.*

O'GORMAN, EDMUNDO. *Breve historia de las divisiones territoriales.* Trabajos jurídicos de homenaje a la Escuela Libre de Derecho. México 1937.

OMEBA. *Enciclopedia Jurdica.* Bs. As. 1955.

ORLANDI, HECTOR RODOLFO. *Estudios iniciales de derecho político.* Bs. As. 1958.

ORGAZ, ANTONIO. *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales.* Córdoba 1956.

OROL, ALBERTO M. *Ciencia Jurídica y Proceso Institucional.* Bs. As.

ORTEGA, JOAQUIN. *Estudios jurídicos constitucionales, civiles y mercantiles.* México 1944.

ORTEGA, RAFAEL. *Que cuestiones del orden civil o del mercantil caen bajo el conocimiento de los tribunales federales.* México 1902.

ORTIZ DE MONTELLANO. MANUEL M. *Génesis del derecho mexicano.* México 1899.

Práctica general forense. 1876.

La justicia de paz, ramo civil. México 1939.

OTS CAPDEQUI, JOSE MARIA. *Manual de Historia del derecho español y las Indias y del derecho propiamente Indiano.* Bs. As. 1945.

El juicio de residencia en la historia de derecho indiano. En *Estudios sobre el derecho constitucional de Apatzingan.* U.N.A.M. México 1964.

OURLIAC, PAULI. *Historia del derecho.* Trad.

PALLARES, EDUARDO. *Tratado de las acciones civiles.* México 1945.

Tratado de los interdictos. México 1945.

La vía de apremio. La legitimación en la causa. La acción oblicua. Cuestiones procesales diversas. México 1946.

La interpretación de la Ley procesal y la doctrina El procedimiento inquisitorial. México 1948.

Derecho Procesal Civil. México 1961.

Prontuario de procedimientos penales. México 1961.

Tratado de las Quiebras. México 1937.

Formulario de juicios civiles. México 1946.

Historia del derecho procesal civil en mexicano. México 19

Diccionario del derecho procesal civil. México 1963.

PALLARES, JACINTO. *La inteligencia del artículo 16 de la Constitución de 1857.* México 1882.

El Poder Judicial o Tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los Tribunales de la República Mexicana. México 1874.

PALACIO BERMUDEZ DE CASTRO, ROBERTO. *Diccionario de la legislación del trabajo.* México 1947.

PALACIOS, J. RAMON. *La cosa juzgada.* Puebla 1953.

Instituciones de amparo. Puebla. 1963.

La correlación entre acción y sentencia. Monterrey 1955.

PASCUA, ANATASIO DE LA. *Febrero Mexicano o La Librería de jueces, abogados y escribanos* por Don Eugenio Tapia. México 1835.

PAOLI, HUGO FEDERICO. *Studio sul processo attico.* Padova 1933.

PASO Y TRONCOSO, FCO. DEL. *Indice de documentos de Nueva España en el Archivo de Indias de Sevilla.* México 1928.

PAVIA, LAZARO. *Apuntes bibliográficos de los miembros más distinguidos del Poder Judicial de la República Mexicana.* México 1893.

PEREZ VERDIA, LUIS. *Tratado elemental de derecho internacional privado.* México 1908.

PEÑA Y PEÑA, MANUEL DE LA. *Lecciones de práctica forense mexicana.* México 1839.

PEREZ GONZALEZ, JESUS. *El método jurídico en Revista del Derecho Privado.* Madrid 1942.

PETIT, EUGENIO. *Tratado elemental de derecho romano.* Trad. José Fernández González. Madrd s/f.

PEREZ, ANGEL MARTIN. *La conciliación y el arbitraje en el derecho comparado.* México 1942.

PEREIRA ANABALON, HUGO. *Derecho procesal del trabajo.* Sntiago de Chile 1961.

Conducta legal debida observar por los jueces y funcionarios mexicanos en negocios extranjeros. México 1839.

PERROT, ROGER. Les aspects nouveaux de la tierce opposition en droit judiciare francaise. Estratto di studi in onore di Antonio Signi. Milno 1967.

PINTO RUIZ, JOSE J. *Apéndice a la condición resolutoria tácita* de Luigi Mosco intitulado. *La resolución de los contratos por incumplimiento.* Trad. Madrid 19

PIZARRO SUAREZ, NICOLAS. *La huelga en el derecho mexicano.* México 1938.

PINA, RAFAEL DE. *Curso del derecho procesal de trabajo.* México 1954.

Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal y Territorios. México 1954.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley Federal del Trabajo. México 1954.

Tratado de las pruebas civiles. México 1942.

Temas de derecho procesal. México 1951.

Diccionario del derecho. México 1965.

Principios del derecho procesal civil. México 1940.

Temas de derecho procesal. México 1951.

PIMENTEL, EMILIO. *Justiprecio de los créditos litigiosos.* México 1891.

PIÑA Y PALACIOS, JAVIER. *Recursos e incidentes en materia penal y en la Legislación Mexicana.* México 1958.

Derecho procesal penal. Apuntes para un texto y notas sobre amparo penal. México 1948.

PIERNAS HURTADO, J. *La casa de la contratación de las Indias.* Madrid 1907.

PLATON. *Diálogos. Apología de Sócrates. Critón o el deber.* México 1921.

PLANIOL MARCEL Y GEORGES RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil.* Trad. Mario Díaz Cruz. Habana 1946.

PODETI, RAMIRO. *Derecho procesal civil comercial y laboral.* Bs. As. 1954.

Teoría y técnica del proceso civil. Bs. As. s/f.

Tratado de la competencia. Bs. As. 1952.

Tratado de la tercería. Bs. As. 1949.

Tratado de los actos procesales. Bs. As. 1952.

PORRAS LOPEZ, ARMANDO. *Derecho procesal del trabajo.* México 1956.

POLO, ANGEL M. *Código de procedimientos del Estado de Puebla* 1892.

POULET Y MIER, CRISTOBAL. *Ligeras nociones sobre la profesión del notario.* Madrid 1882.

PRIETO CASTRO, LORENZO. *La acción en el derecho español.* Revista general de derecho y jurisprudencia. Tomo III. México 1932.

Derecho procesal civil. Zaragoza 1949.

PROTO PISANI, ANDREA. *Opposizione di terzo ordinaria.* Napoli 1965.

PUIG FERRER DE SOLER, JOAQUIN MA. *La jurisdicción comercial y los actos de comercio en la doctrina y jurisprudencia extranjera.* Barcelona 1935.

QUINTILIANO, M. FABIO. *Instituciones oratorias del célebre español M. Fabio Quintiliano.* Trad. según la edición de Rollin. Madrid. 1799.

QUINTANO RIPOLLES, A. *Diccionario de derecho comparado en colaboración con Johanna Heilpern de Quintano.* Madrid 1951.

RABASA, EMILIO. *El artículo 14 estudio constitucional.* México 1947.

El juicio constitucional. Orígenes teoría y extensión. México 1919.

El juicio constitucional. México.

RABASA, OSCAR. *El derecho Angloamericano.* Estudio expositivo y comparativo del comon law. México 1944.

El artículo 14 y el juicio constitucional. México 1955.

RADBRUCH, GUSTAVO. *El espíritu del derecho inglés.* Trad. Fernando Vela. Madrid 1958.

RANGEL Y VAZQUEZ, MANUEL. *El control de la constitucionalidad de las leyes y el juicio de amparo de garantías en el Estado Federal.* México 1952.

RAMIREZ CABAÑAS, JOAQUIN. *Los señores de la Nueva España.* Imprenta Universitaria. México 1942.

RAMIREZ, JOSE A. — *Derecho concursal español. La quiebra.* Barcelona 1959.

RECOPILACION DE INDIAS.

REDENTI, ENRICO. — *Derecho procesal civil.* Bs. As. 1957. Trad. S. Sentís Melendo.

REIMUNDI, RICARDO. — *La condena en costas en el proceso civil.* Bs. As. 1966. *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual.* Bs. As. 1966.

REIS, JOSE ALBERTO DOS. — *Teoría de la acción.* Trad. Guillermo García Maynez. México 1944.

RESSONICO, LUIS MARIO. — *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión.* Bs. As. 1954.

REYES, RODOLFO. — *La defensa constitucional. Recurso de inconstitucionalidad y amparo.* Madrid 1934.

RICCI, FRANCISCO. — *Tratado de las pruebas.* Trad. de Adolfo Buylla y Adolfo Posada. s/f. Madrid.

RIOS ESPINOSA, ALEJANDRO. — *Amparo y casación.* México 1960.

RIPERT GEORGES y JEAN BOULANGER. — *Tratado de derecho civil según tratado de Planiol.* Trad. Delia García Docreaux. Bs. As. 1956.

RIVERA AGUSTIN. — *Principios críticos sobre el virreinato de la Nueva España y sobre la Revolución de la Independencia.* México 1922.

ROA BARCENA, RAFAEL. — *Manual razonado de práctica civil forense mexicana.* México 1869.

ROBLES ORTIGOSA, ANTONIO. — *Enciclopedia de la ciencia jurídica y de la legislación mexicana.* México 1921, 1922.

ROCCA, FERNANDO DELLA. — *Instituciones de derecho procesal canónico.* Trad. Pacífico de Iraqui. Bs. As. 1950.

ROCCO, ALFREDO. — *Principios de derecho mercantil.* Trad. Felipe de J. Tena. México 1947.

La sentencia civil. Trad. M. Ovejero. México s/f.

ROCCO, HUGO. — *Teoría general del proceso civil.* Trad. Felipe de J. Tena. México 1944.

Derecho procesal civil. Trad. Felipe de J. Tena. México 1964.

RODRIGUEZ AGUILAR, MANUEL. — *Sumario de Leyes de Indias.* México 1977.

RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, JUAN N. — *Pandectas hispano mexicanas o sea código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las siete partidas. Recopilación novísima de las Indias, autos y providencias conocidas por Monte Mayor y Beleña y Cédulas posteriores hasta el año de* 1820. México 1852.

RODRIGUEZ DE SAN MARTIN, JOSE. — *Elementos de procedimientos civiles.* México 1875.

RODRIGUEZ GARCES, SERGIO. — *Tratado de las tercerías. Intervención de terceros en juicio.* Concepción, Chile 1967.

RODRIGUEZ, RICARDO. *Leyes de procedimiento penal promulgadas en México desde su emancipación política hasta 1910* México 1911. *El procedimiento penal en México 1900.*

RODRIGUEZ URRACA, JOSE. *El proceso civil y la realidad social.* Caracas 1957.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN. *Ley de quiebras y suspensión de pagos.* México 1952.

ROJAS, ISIDRO. *La evolución del derecho en México.* México 1900.

ROJAS, NERIO. *Medicina Legal.* Bs. As. 1956.

ROMANSHKIN P. *Fundamentos de derecho soviético.* Moscú 1962.

ROMERO DEL PRADO, VICTOR N. *Derecho internacional privado.* Córdoba 1961.

ROMERO, MIGUEL. *Tratado de procedimientos judiciales.* México 1916.

ROMERO SANCHEZ, MANUEL. *La revocación de los actos realizados en fraude de acreedores.* México 1941.

ROMERA VARGAS ITURBIDE, IGNACIO. *Organización política de los pueblos de Anáhuac.* México 1957.

ROSALES AGUILAR ROMULO. *Formulario del juicio de amparo.* México 1956.

ROSENBERG, LEO. *Tratado de derecho procesal civil.* Trad. Angela Romero Vera, supervisada de Eduardo B. Carlos y Ernesto Kroto Chin. Bs. As. 1955.

ROTONDI, MARIO. *L'opposizione di terzo dell'acquirente d chi fu parte nel giudizio in cui la sentenza fu pronunciata Estratto de la Revista del diritto commerciale.* Anno XIV 1947. Cfr. Milano 1947.

ROUMAGNAC, CARLOS. *Compendio de instrucción judicial para uso de los funcionarios de la Policía Judicial, jueces de los criminales y correccionales, agentes de las comisiones de seguridad.* México 1901.

ROUSSEAN ET LAISNEY RODOLPHE. *Dictionnaire théorique et proctique de procedure civile comerciale criminalle and administr tive.* París 1894.

ROVIROSA ANDRADE, EMILIO. *Ligeros apuntes sobre procedimientos penales federales.* Aguascalientes 1903.

RUBALCAVA, LUIS M. *Código federal de procedimientos civiles.* México 1939.

RUIZ SANDOVAL, MANUEL. *Manual de procedimientos en el juicio de amparo.* México 1896.

RUMBLE, WILFRID E. JR. *The rule of a case. Amercian legal realism.* Cornell University 1968.

SALA, JUAN. *El litigante instruido o El derecho puesto al alcance de todos.* México 1846.

Ilustración del derecho real de España. México 1831

El Sala mexicano. México 1845.

SAMOHANO FLORES, MARIO. *Monografía sobre la suspensión del pago del acto reclamado en el amparo.* México 1937.

SANCHEZ DE LA BARQUERA, JUAN. *Lecciones de política y derecho público para instrucción del pueblo.* 1822.

SANCHEZ DE LA BARQUERA, WENCESLAO. *Directorio político de los alcaldes constitucionales.* México 1834.

SANCHEZ CAVITO, INDALECIO. *Independenci y libertad de la abogacia.* 1879.

SANTA PINTER, JOSE JULIO. *Sistema del derecho anglosajón.* Bs. As. 1955.

SANTI ROMANO. *Fragmentos de un diccionario jurídico.* Trad. S. S Melendo y Marino Ayerra Redin. Bs. As. 1964.

SARRIA. EUSTORGIO. *Derecho administrativo.* Bogotá 1957.

SAYAGUEZ LASO, ENRIQUE. *Tratado de derecho administrativo.* Montevideo 1959.

SAVIGNY, M. F.| C. DE. *Sistema de derecho romano actuel.* Trad. Jacinto Mesía y Manuel Paley. Madrid s/f.

SCHWAB, KARL HEINZ. *El objeto litigioso en el proceso civil.* Trad. Tomás A. Banzhaf. Bs. As. 1968.

SCHAWB KARL H. *El objeto litigioso en el proceso civil.* Trad. Tomás A. Banshaf. Bs. As. 1968.

SCHELER MAX. Etica. Trad. Méx.

SCHREIER, FRITZ. *Conceptos y formas fundamentales de derecho.* Trad. Eduardo García Mynez. Bs. As. 1942.

SCHOLES FRANCES V. y ELEONOR B. ADAMS. *Documentos para la historia de México colonial.* México 1957.

SCHONKE, ADOLFO. *Derecho procesal civil.* Trad. Leonardo Prieto Castro y Victor Fairén Guillén. Barcelona 1950.

SCIALOJA, VITTORIO. *Procedimiento civil romano.* Bs. As. 1954.Trad. S. Sentís Melendo y Merino Ayerra Redín.

SCIALOJA ANTONIO. *Sistema del derecho de la navegación.* Trad. Delia Viterbo de Grieder y Santiago Sentís Melendo. Bs. As. 1950.

Monografía. Bibliografía mexicana. México 1928 Núm. 12.

SEGURA, JOSE SEBASTIAN. *Código de la restauración.* México 1863

SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *Teoría práctica del proceso.* Bs. As. 1959.

Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil. Estudios de derecho procesal. Bs. As. 1967.

Ambito y contenido del derecho procesal. Estudios de derecho procesal. Bs. As. 1967.

El allanamiento a la demanda. Teoría y práctica del proceso. Bs. As. 1958.

Estudios de derecho procesal. Bs. As. 1967.

SEPULVEDA, CESAR. *El sistema mexicano de la propiedad industrial.* Mé-*Procedimiento civil romano.* Bs. As. 1954.

SERENI, ANGELO PIERO. *El proceso civil en los Estados Unidos.* Trd. S. Sentís Melendo. Bs. As. 1958.

SYLVESTER, HUGO L. *Diccionrio Jurídico del trabajo.* Bs. As. 1960.

SIQUEIROS, JOSE LUIS. *Los conflictos de leyes en el sistema conslitucional mexicano.* Chihuahua 1957.

SILVA Y VALENCIA, AGUSTIN. *Formularios de escrituras y documentos de uso diario entre notarios, abogados, comerciantes, jueces y demás autoridades y hombres de negocios, escritos con arreglo a los códigos vigentes en el Distrito Federal.* México 1898.

SIMONIN, C. — *Medicina legal judicial.* Trad. C. L. Sánchez Maldonado. Barcelona 1962.

SODI DEMETRIO. — *La nueva ley procesal.* México 1946.

El jurado en México. Estudios sobre el jurado popular. México 1909.

SODI. FEDERICO. — *El jurado resuelve.* México 1961.

SOTO GORDOA IGNACIO y GILBERTO LIEVANA PALMA. — *La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo.* México 1959.

SOTO, JULIAN. — *Manual para autoridades y particulares y formularios en las ramas administrativas, judicial, comercial y militar.* Madrid 1924.

SPOTA, ALBERTO G. — *El juéz, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia.* Bs. As. 1963.

STAFFORINI, EDUARDO R. — *Derecho procesal civil.* Bs. As. 1955.

STEBBING, L. SUSAN. — *Introducción moderna a la lógica.* Trad. Roberto S. Hartman y José Luis González. México 1965.

STERNBERG, THEODOR. — *Introducción a la ciencia del derecho.* Barcelona 1940. Trad.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. — *Homenaje a la Constitución de* 1857. México 1957.

TAPIA, EUGENIO D. — *Elementos de jurisprudencia mercantil.* 1845.

TARDE, GABRIEL. — *Las transformaciones del derecho.* Trad. Adolfo Posado. Bs. As. 1947.

TENA RAMIREZ, FELIPE. — *Derecho Constitucional Mexicano.* México 1961.

TEJA ZABRE, ALFONSO. — *Leyes complementarias de la Ley Federal del Trabajo.* México 1954.

THE FOUNDATION OF THE FEDERAL BAR ASSOCIATION — *Equal justice under law.* Washington 1965.

THE SPECIAL COMITEE ON RADIO AND TELEVISION OF THE OR THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK. — *Radio, Television, and the administration of justice.* Columbia University Press. 1965.

TITCHMARSH, E. C. — Esquema de la matemática actual. México 1951.

TOLOMEI, ALBERTO DOMENICO. — Los principios fundamentales del Proceso Penal. Trad. José Becerra Bautista. México 1947.

TORIBIO MEDINA, JOSE. — *Epítome de la biblioteca oriental y occidental.* Madrid 1921.

TORIBIO DE BENAVENTE FRAY (Motolinía). — *Relaciones de la Nueva España.* México 1956. Ediciones de la UNAM.

TORQUEMADA FRAY JUAN DE. — *De los veintiún libros rituales y monarquías indianas.*

TORO, ALFONSO. — *Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* México 1934.

TORRE, ABELARDO. — *Introducción al derecho.* Bs. As. 1947.

TORRES QUINTERO, GREGORIO. — *México hacia el fin del virreinato español.* México 1921.

TRIGO, GASPAR. *La suspensión de los juicios de amparo en materia obrera.* México 1940.

TRIGO, OCTAVIO M. *Curso del derecho procesal mexicano del trabajo.* México 1939.

TRIGUEROS, EDUARDO. *El artículo 121 de la Constitución en* Revista Mexicana de Derecho Pxblico. México 1946.

TRUEBA BARRERA, JORGE. *El juicio de amparo en materia de trabajo.* México 1963.

TRUEBA URBINA, ALBERTO. *Nueva jurisprudencia sobre suspensión del acto reclamado en el amparo.* México 1937.

Ley Federal del Trabajo, reformada. México 1956. *Derecho Procesal del Trabajo.* México 1944.

Tratado Teórico Práctico del Derecho Procesal del Trabajo. México 1965.

TURNER J. W. C. *Kenny's Outilines of criminal law,* Cambridge Unviersity Press, 1958.

URSULA, FRANCISCO A. *El asilo diplomático.* 1952.

VALENZUELA, ARTURO. *Derecho procesal del trabajo.* Puebla 1959.

VALLADO BERRON, FAUSTO E. *Teoría del derecho, versión mimeografiada.* México 1957.

VALLARTA, IGNACIO L. *Estudios sobre la inconstitucionalidad de la facultad económica coactiva.* México 1885.

Cuestiones constitucionales. Voto en la Suprema Corte. México 1879.

VALLARTA, IGNACIO L.
ANTONIO MARTINEZ DE CASTRO.
LEON CUᵀMAN.
LANCASTER JONES e INDALECIO SANCHEZ GAVITO. *Inteligencia del artículo 14 constitucional.* México 1879.

VANTOMME, FERNANDO E. E. *A new point of view in compartive law.* La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. T. 62, Números 6, 7, 8. Montevideo 1965.

VARELA, VICTOR MANUEL. *Ley federal del trabajo.* México 1943.

VEGA, FERNANDO. *La nueva ley de amparo de garantías individuales orgánica de los artículos 101 y 102 de la constitución, comentarios acerca de sus disposiciones más importantes. Ensayos críticos filosóficos de la Ley.* México. 1883.

VERA ESTAÑOL, FRANCISCO. *Proyecto de reformas al código de procedimientos civiles del distrito federal. Memoria presentada al colegio de abogados.* México 1902.

VERDUGO, AGUSTIN. *Elementos de elocuencia forense, por el Sr. D. Pedro Sainz de Andino Consejero Real, senador del reino e individuo de la Real Academia de Historia.* México 1898.

VICENTE DE CARAVANTES, JOSE DE. *Tratado histórico, crítico filosófico y de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento con sus correspondientes formularios.* Madrid 1856.

VILLA, MARGARITA DE LA y JOSE LUIS ZAMBRANO. *Bibliografía sumaria de derecho mexicano.* México 1957.

VILLADIEGO *La fama pública.*

VILLALOBOS, FRANCISCO. *Enjuiciamiento convencional.* México 1873.

VILLALON IGARTUA, FCO. JAVIER. *El concepto de jurisdicción.* México.

VILLAR Y ROMERO, JOSE MARIA. *Derecho procesal administrativo.*

VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMIN. *Derecho administrativo. Editorial* TEA. Bs. As. 1951.

VILLEGAS VAZQUEZ, CARLOS. *El incidente de suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo.* México 1959.

VISHINSKI, A. *La teoría de la prueba en el derecho soviético.* Montevideo 1950.

WACH, ADOLFO. *Handbuch des deutschen civil prozesosrechts.* Leipzig 1885.

WACHTELL, HERBERT M. *Nueva York practice under the CPLR.* N. Y. 1966.

WAEHLENS, A. DE. *La filosofía de Martín Heidegger.* Trad.

WEHREE R. *De la coutume dens le droit canonique.* París 1928.

WIECKER, FRANZ. *Historia del derecho privado de la Edad Moderna.* Trad. Francisco Fernández Jordán. Madrid 1957.

WINDSCHEID, BERNHARD y MUTHER THEODOR. *Polémica in torno all' actio. Trad.* italiana. Ernst Heinitz y Giovanni Pugliese Firenze 1954.

WOLFF, MARTIN. *Derecho internacionol privado.* Trad. Antonio Marín López. Barcelona 1958.

WYNESS MILLAR, ROBERT. *Los principios formativos del procedimiento civil.* Editorial Ediar. Bs. As. 1945.

ZANOBINI, GUIDO. *Corso di diritto amministrativo.* Roma 1936.

ZARCO, FRANCISCO. *Historia del congreso extraordinario constituyente de 1856 y 1857.* Extracto de todas las gestiones y documentos parlamentarios de la época. México 1857.

ZAYAS, PABLO. *Tratado elemental de procedimientos en el ramo civil conforme al código puesto en vigor en el Distrito Federal en 15 de septiembre de 1872.* México 1872.

ZAVALA, FRANCISCO J. *Elementos de derecho internacional privado.* México 1899.

ZEPEDA, JORGE ANTONIO. *El laudo arbitral.* México 1963.

ZONTAN MEHISZ, CORNEL. *Juramento romano. Separata de la Enciclopedia Omeba.* Bs. As. 1963.

Se terminaron de imprimir
3,000 ejemplares el 7 de
enero de 1970
en los
Talleres
de
MAYO EDICIONES