

CAPITULO CUARTO

*Elementos particulares de la interpretación de las
leyes procesales: el elemento práctico*

SUMARIO: 18. El elemento práctico en la interpretación de las leyes procesales. — 19. Especialmente: el elemento sistemático: causas de su importancia: a) relación del derecho procesal con las otras partes del derecho. — 20. b) unidad orgánica del derecho procesal. — 21. Principios generales del derecho procesal italiano; el principio de igualdad de las partes. — 22. El principio de disposición de las partes. — 23. El principio de la economía del proceso y el de la unidad de la relación procesal. — 24. El principio del formalismo en el procedimiento. — 25. La analogía y el argumentum a contrario. — 26. Uso del argumentum a contrario en el campo procesal. — 27. Uso de la analogía. — 28. La extensión analógica en materia de nulidades por inobservancia de formas. — 29. La extensión analógica en materia de caducidades, y de nulidades por inobservancia de términos. — 30. Extensión analógica de las normas de derecho procesal civil fuera del campo del proceso civil.

18.—Frente al elemento *histórico*, del cual se infiere la voluntad del Estado contenida en la ley, tal cual era en el momento de su emanación, el elemento que podríamos llamar *práctico* (1) nos proporciona los medios para comprender el alcance actual de la voluntad manifestada en la ley. Este elemento tiene en el campo del derecho procesal una posición subordinada. Sin embargo, sería un error creer que la norma de procedimiento debe interpretarse como algo aislado e inmóvil; por el contrario, también la norma al adaptarse al sistema general del derecho positivo, lo modifica y es modi-

(1) Adoptamos también aquí la terminología de Menger, *System*, págs. 107-8.

ficada por él incesantemente, también ella contiene normas y principios generales capaces de facilitar la comprensión de la norma particular y de colmar las lagunas contenidas en el sistema.

19.—Ante todo, el elemento *sistemático* es un medio importante para la interpretación del derecho procesal. Esto se debe en gran parte a la posición peculiar de este derecho en el conjunto del ordenamiento jurídico. El derecho procesal es una rama del derecho público, y es natural pues, que en el derecho público, constitucional y administrativo, encuentre todos sus presupuestos fundamentales. A esta circunstancia debe tal vez nuestra ciencia sus mayores progresos; es natural, pues, que la interpretación se aproveche no poco de ello. No solamente hay zonas enteras del derecho procesal que por sus conexiones con el derecho constitucional y el administrativo, requieren, para la recta aplicación de la ley de procedimiento, el conocimiento de las normas y de los principios del derecho público, —por ejemplo, todo lo que concierne a las relaciones entre la función jurisdiccional y la legislativa, entre la función jurisdiccional y la administrativa—; sino que la concepción misma del derecho procesal como derecho público y de las relaciones procesales como relaciones de derecho público, ofrece contribuciones valiosas para la interpretación de normas particulares de derecho procesal civil. Así, de concebir el derecho de acción como un derecho subjetivo del ciudadano frente al Estado para la prestación de la tutela jurisdiccional, —derecho del cual es correlativa la obligación del Estado de desplegar su actividad para im-

partir dicha tutela—, depende en gran parte la exacta aplicación del principio formulado en la máxima *sententia debet esse conformis libello*, de la que se encuentra una aplicación en el artículo 517 n. 4, 5 y 6 del Código de Procedimiento Civil; sólo teniendo presente aquel concepto de la acción se comprende qué es lo que las partes tienen derecho a pedir del juez y lo que éste puede y debe conceder a la partes (2). Pero es necesario tener presente que si el derecho procesal civil es derecho público, también está ligado con estrechísimos lazos al derecho privado; éste constituye la *materia* o el *contenido substancial* del derecho procesal, que es, respecto del primero, simplemente un derecho-medio. El conocimiento de este contenido substancial es tan indispensable para la interpretación de las normas procesales, como es para la interpretación de las normas de derecho material el conocimiento de los fenómenos sociales y económicos que éstas regulan. Así, la interpretación de las normas del Código de Procedimiento Civil sobre capacidad procesal (art. 136 y sig.), competencia (art. 70 y sig.), intervención en el juicio (art. 201 y sigs.), llamada de terceros en garantía (art. 193 y s.), correlaciones entre el juicio petitorio y el posesorio (art. 443 y s.), pluralidad de interesados en el litigio respecto a los medios para impugnar la sentencia (art. 469 y s.), ejecución forzosa sobre bienes muebles e inmuebles (art. 577 y s.) y de casi todas las normas contenidas en el libro III, (*de los diversos procedi-*

(2) Véanse ejemplos de este aprovechamiento del concepto publicista de la acción para la interpretación del artículo 517 en Rocco, *Sentenza civile*, págs. 168 y sig.

mientos especiales), en particular de las disposiciones sobre ausentes (art. 793 y s.), matrimonio, autorización a la mujer casada y separación personal de los cónyuges (art. 797 y s.), menores (art. 812 y s.), interdicción e inhabilitación (art. 836 y s.), rectificación de las actas de estado civil (art. 845 y s.), apertura de sucesiones (art. 847 y s.) secuestro y denuncia (interdicto) de obra nueva (art. 921 y s.), no puede dar resultados útiles sino relacionando estas normas con las del derecho privado material, civil y mercantil. Y ¿qué decir de la interpretación de otras normas de derecho procesal contenidas en otros códigos, o que se deducen de la lógica del sistema, por ejemplo, los principios sobre la cosa juzgada? Toda la materia de la identificación de las acciones, tan interesante para algunas instituciones de derecho privado procesal, no puede entenderse en sus aplicaciones prácticas, sin un conocimiento completo de las instituciones de derecho privado. Esto significa que muy a menudo el procesalista, al interpretar una norma de procedimiento, debe resolver previamente una cuestión de derecho civil de la cual depende esa interpretación. Por ejemplo, la distinción, entre acciones *reales* y *personales*, fundamental en materia de competencia, está relacionada con la distinción entre derechos *reales* y *personales*, que es una de las más arduas y controvertidas cuestiones del derecho privado. La conocida cuestión sobre los límites dentro de los cuales pueden plantearse en el *forum rei sitae* las acciones hipotecarias, según el precepto del artículo 93, debe resolverse teniendo presente especialmente la naturaleza de la

hipoteca y el valor del registro en las relaciones entre deudor y acreedor y entre éste y los terceros (3).

20.—Pero también bajo otro aspecto el *elemento sistemático* es una ayuda indispensable para la interpretación de las leyes de procedimiento. El derecho procesal regula un conjunto de relaciones estrechamente ligadas entre sí por un nexo orgánico, en cuanto todas constituyen manifestaciones de una actividad única enderezada a un fin.

Tal vez no hay rama del derecho en que esta estrecha vinculación entre las varias instituciones y las distintas normas que la componen se verifique tan genuinamente como en el derecho procesal. El derecho civil regula multitud de relaciones y formas muy diversas de actividad: distintas unas de otras por su naturaleza, por sus fines y por sus sujetos; una relación de familia es cosa muy diversa de una relación económica de cambio, puede existir una y considerarse completamente aislada de la otra; así, una relación económica de cambio de una cosa contra dinero (compra-venta) o de servicios contra dinero u otra clase de bienes (prestación de servicios), o de cosa contra cosa (permuta), no tiene ninguna conexión necesaria lógica o práctica, con otras relaciones, aunque sean análogas. Lo mismo debe decirse del derecho administrativo, que regula un gran número de actividades diversas del Estado, tan poco ligadas entre sí, que ni siquiera pueden ser comprendidas bajo una sola definición. En cambio, el derecho procesal civil regula las relaciones que derivan de una función única del

(3) Véase especialmente Simonecelli, *Lezioni*, págs. 341 y sig.

Estado, la función jurisdiccional civil y, por consiguiente, un conjunto de actividades dirigidas a un solo fin: la realización por obra del Estado de los intereses privados garantizados por el derecho. En este todo orgánico que es el proceso y el derecho procesal, ninguna de las partes puede ser considerada aisladamente del conjunto, y la conexión de cada norma con el conjunto del sistema es una de las necesidades prácticas más vivamente sentidas. En efecto, ninguna otra rama del derecho está quizás tan dominada por principios generalísimos como la del derecho procesal. El estudio de estos principios es una exigencia cotidiana de la interpretación de las leyes procesales; su conocimiento sirve para determinar el carácter de cada norma, para establecer si es aplicación o desviación de tales principios, si es susceptible o no de extensión analógica; sirve para colmar las lagunas y para suplir las omisiones de las leyes, y para esclarecer, en fin, las expresiones ambiguas u obscuras.

Los principios generales más importantes del proceso civil italiano son: el de *igualdad de las partes*; el de la *economía del proceso*; el de *disposición de las partes*; el de la *unidad de la relación procesal* y el de *formalismo en el proceso*.

a).—El *principio de igualdad de las partes* es la aplicación, en el campo del proceso, del principio general de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sancionado en el artículo 24 de la Constitución, que es, a su vez, una consecuencia lógica de la naturaleza *universal* del mandato contenido en la norma jurídica, que por estar dirigido a todos los ciuda-

danos debe ser igualmente observado por todos (4). Desarrollándose la acción del Estado en el proceso civil para la realización de los intereses individuales que están bajo la tutela del derecho objetivo, mediante la declaración y la ejecución forzosa, es claro que todos los intereses que se encuentran bajo la tutela del derecho material deben encontrar satisfacción en él; y todos deben encontrarla *en los precisos límites marcados por el derecho material*. Ningún interés puede realizarse en el proceso sino en cuanto esté garantizado por el derecho; ningún interés garantizado por el derecho puede ser sacrificado a la realización de algún otro interés que el derecho también garantice. En el proceso de conocimiento, en el que es incierto todavía cuál de las partes tenga razón, el principio de igualdad exige que sean igualmente protegidos el interés del actor a la estimación y el del demandado a la desestimación de la demanda. En el proceso ejecutivo el mismo principio requiere que la realización del derecho declarado a favor de una parte, no dañe en modo alguno la integridad de la esfera jurídica de la otra parte, cuya libertad sólo puede ser limitada en la medida estrictamente necesaria para la realización de aquel derecho; también aquí deben ser igualmente protegidos el interés del actor a la satisfacción de su derecho y el del demandado a la conservación de la esfera de libertad que el derecho objetivo le garantiza.

Este tratamiento igual para los intereses opuestos de las

(4) Véase acerca de este principio Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a. ed., Tübingen, 1905, págs. 97 y sig., 135.

partes, que son igualmente dignos de protección, informa todo nuestro proceso civil y se encuentra reconocido en varias disposiciones de la ley procesal. De él es una aplicación la regla generalísima del artículo 38 Código de Procedimiento: "no se puede resolver sobre demanda alguna sino después de oída o debidamente citada la parte contra la cual se propone, salvo los casos determinados por la ley" (*principio de contradicción*); regla que tiende precisamente a poner a las partes en condiciones iguales para hacer valer sus derechos y defensas (5). Son una aplicación de esta regla las normas sobre competencia que tienen en cuenta tanto el interés del demandado en exponer sus defensas en el lugar donde le resulta más cómodo hacerlo, al establecer que, como regla, debe ser citado en el lugar en que está el centro de sus negocios o en aquel en que tiene su residencia habitual (art. 90) como el interés del actor en tener las mayores facilidades posibles para el ejercicio de su acción dejando a su elección citar al demandado en el fuero del domicilio o en el de la residencia (art. 90) o aun en otros lugares donde se presume que pueda resultarle más cómoda la tramitación del juicio (art. 91). De ella son una aplicación todas las normas sobre la contumacia, las cuales, aunque permiten en favor de la parte que ha comparecido regularmente el desenvolvimiento de la relación procesal, a pesar de la contumacia de la otra (arts. 384 y 385), proveen también a asegurar al contumaz una eficaz defensa de sus derechos concediéndole la *restitutio in integrum* contra los efec-

(5) Cfr. Menger, *System*, págs. 307 y sig.; Pollak, *System*, págs. 400 y sig.

tos de la *ficta confessio*, siempre que justifique un legítimo impedimento (arts. 218 y 225) (6), permitiéndole en todo tiempo el comparecer tardíamente (art. 386), concediéndole el derecho de oponerse a la sentencia dictada en rebeldía cuando no haya sido citado personalmente (art. 474 y sig.). Son de ella una aplicación, en fin, las normas que, en vista de la urgencia, permiten al acreedor que esté en peligro de perder la garantía de su crédito, obtener inclusive el secuestro de las cosas pertenecientes al deudor, sin citación de éste, pero que prescriben, también en protección del deudor, que el decreto de secuestro debe convalidarse inmediatamente en un juicio contradictorio regular y que de no sobrevenir la convalidación, reconocen al deudor el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios (arts. 933 y 935), conciliando de este modo los intereses de ambas partes. Y podrían multiplicarse los ejemplos, ya que el principio del igual tratamiento de las partes informa todo nuestro derecho procesal.

Este principio tan general puede ser empleado con utilidad para la interpretación en las materias no reglamentadas o incompletamente reglamentadas por la ley; así, por ejemplo, en la cuestión de la forma en que se distribuye la carga de la prueba. El problema —como es sabido— se resuelve mediante la aplicación combinada del principio de igualdad y el de autoresponsabilidad de las partes. Si, mientras que sobreviene la declaración y, por consiguiente, durante todo el

(6) Chiovenda, *Principii*, págs. 470-471. Cfr. también, Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, págs. 344, 410 y sig.

proceso de conocimiento es incierto cuál de las partes tenga razón, el interés del actor a la estimación y el del demandado a la desestimación de la demanda, merecen igual protección, la afirmación que hace el uno de que un hecho produce consecuencias jurídicas en provecho suyo, tiene el mismo valor que la negación del otro. Pero ya que por el principio de *disposición* o de *responsabilidad* de las partes, a ellas incumbe preparar para el Juez el material de conocimiento (*iudex iudicare debet secundum alligata et probata*) y cada una sufre las consecuencias de su inactividad, de ese principio deriva el que cada una de ellas debe probar los hechos que quiere que se estimen como verdaderos por el juez, es decir, que cada parte debe probar los hechos en cuya admisión *tiene interés* (7)

22.— b).—El *principio de disposición de las partes* es una consecuencia de la regla vigente en nuestro derecho procesal civil de que la actividad jurisdiccional del Estado para la realización de los intereses privados, sólo se desarrolla a iniciativa del particular mismo. Esta regla, que en su concepto fundamental está ligada a la propia naturaleza de la relaciones que se trata de realizar en el proceso (8), se aplica en una do-

(7) Cfr. Chiovenda, *Principii*, págs. 491-492; Schmidt, *Lehrbuch*, pág. 437; Wach, *Beweislast*, en la *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, XXIX, págs. 359 y sig.

(8) Si se *excluyese* la iniciativa individual para promover la actividad jurisdiccional para la realización de los propios intereses, el derecho privado dejaría de existir como tal; en efecto, en este caso el Estado consideraría esos intereses como intereses propios. Si además se estableciese la iniciativa del Estado *al lado* de la iniciativa privada, todas las normas de derecho privado se convertirían en normas de *orden público*: aque-

ble dirección: en cuanto el órgano jurisdiccional sólo puede desplegar su actividad a *pedimento* del particular, y en cuanto puede desplegarla sólo sobre los *elementos (de hecho)* ofrecidos por éste. En esta segunda aplicación el principio dispositivo se llama también principio de *responsabilidad* de las partes, porque al dejarse al particular la elección de los medios para la defensa de sus intereses, el individuo mismo soporta de hecho las consecuencias del modo como ha proveído a esa defensa (9).

Puede resultar de gran utilidad en la interpretación de las leyes procesales, tener presente este principio, su fundamento y su razón de ser. Un ejemplo importante nos lo proporciona la materia de la *confesión*, en la cual no se debe ver el ejercicio de un derecho de disposición de las partes sobre la relación material, y tampoco sobre la relación procesal (porque las partes no *disponen* del material del litigio, sino soportan las *consecuencias dañosas* del modo como se lo preparan al Juez). En la confesión se tiene una manifestación del principio de *disposición*, entendido como *responsabilidad* de las partes en la preparación del material del litigio. La parte que ha afirmado un hecho desfavorable a ella, sufre las consecuencias de esta

llos intereses serían entonces considerados por el Estado *también* como intereses propios y se tendría esa duplicidad de intereses tutelados que es característica de las normas de orden público. Cfr. Rocco en la *Rivista di dir. comm.*, 1906, II, págs. 299 y sig.

(9) Sobre la cuestión de si, y hasta qué punto, el principio dispositivo en esta segunda dirección, deriva de la naturaleza misma del derecho privado, véase Pollak, *System*, págs. 406-407.

admisión, que la ley, presumiéndola ajustada a la verdad, eleva a *prueba legal* del hecho (10). Establecido esto, debe decidirse que cuando las consecuencias desfavorables de la confesión repercuten, no sobre la parte y no sólo sobre la parte, sino sobre toda la colectividad (por ejemplo, en las cuestiones de Estado), desaparece el valor probatorio pleno de la confesión; una vez que ha dejado de existir la razón de la aplicabilidad del principio *dispositivo*, viene a sustituirlo el principio de la *oficiosidad* (11).

Con apoyo en el mismo concepto debe negarse eficacia a los contratos en materia de pruebas, porque no existe *derecho de disposición* de las partes sobre el material procesal que pueda ser objeto de convenio; existe una *responsabilidad* completamente de *hecho* y no *jurídica*, del modo como ellas preparan el material del litigio. Ahora bien, esta responsabilidad, precisamente por ser de hecho y no jurídica, sigue siendo lo que es, a pesar de cualquier convenio de las partes; no es la consecuencia, con que el *derecho* grava a la parte en razón de su conducta, sino que es el efecto del modo como el juez apre-

(10) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pág. 518, y además: Bülow, *Das Geständnissrecht*, Freiburg, 1899, págs. 25 y sig.; Wittmaack, en el *Archiv für die Zivilistische Praxis*, . . . LXXXVIII, pág. 18; Pollak, *System*, págs. 412-413; Diana, *La Confessione*, Torino, 1901 (sobretiro de la *Giur. italiana*); Barassi, *Sulla natura giuridica della confessione stragiudiziale*, en los *Scritti in onore di V. Scialoja*, II, págs. 673 y sig. En sentido diverso Messina, *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902.

(11) Chiovenda, *Principii*, pág. 450; Schmidt, *Lehrbuch*, págs. 350 y 455.

cia el material del litigio; es, pues, la consecuencia que recae sobre las partes por la conducta de un tercero, órgano del Estado, que no puede ser regulada por la voluntad de las partes (12).

23.— c).—*El principio de la economía del proceso* consiste en que la ley provee para la consecución del fin del proceso (realización, mediante declaración y ejecución forzosa) de los intereses individuales que se encuentran bajo la tutela del derecho con el menor uso posible de actividad procesal. Es éste, ante todo, un principio de política legislativa, desgraciadamente no siempre puesto en práctica por el legislador, pero es también un principio de derecho positivo que, en los casos dudosos, debe servir de guía al intérprete.

Así, sobre el principio de la economía del proceso está fundada la excepción de litis-pendencia (art. 104) y, en parte, también el principio de la cosa juzgada, en cuanto está inspirado también en el propósito de evitar una inútil duplicación de actividades judiciales (13).

d).—*El principio de la unidad de la relación procesal* deriva de que el derecho de cada parte en el litigio, de obtener del órgano jurisdiccional la prestación de su actividad para la realización de los intereses privados protegidos por el derecho, y de que la obligación correlativa del órgano mismo, no se agotan en su ejercicio mediante un acto único, sino mediante una *serie de actos*. Tal derecho y tal obligación comprenden, de una parte, varias *facultades*, de la otra, varios deberes par-

(12) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pág. 501.

(13) Al mismo principio se refiere en parte también el instituto de la confesión (Pollak, *System*, pág. 412).

ticulares, cuyo ejercicio y cuya prestación, en la forma y en el orden preestablecidos por la ley, constituyen el *desenvolvimiento* de la relación, el cual, a pesar de descomponerse en una serie de actos de las partes y del órgano jurisdiccional, no deja por eso de ser *único* y de tener un *único objeto*: la intervención del órgano jurisdiccional, no para la realización de los intereses del actor con preferencia a los del demandado, sino, objetivamente, para la realización de todos los intereses tutelados por el derecho (14).

Este principio de la *unidad* de la relación procesal, que deriva de la íntima naturaleza del proceso y de su fin, tiene frecuentes aplicaciones en el campo del derecho procesal civil. Recordaremos la regla por la que, una vez constituída la relación procesal y siendo ésta única, no obstante que se desarrolle en actos diversos, prosigue su desenvolvimiento hasta su término y no puede ser interrumpida o modificada sino por causas establecidas por la ley, aun en el caso de que hayan desaparecido o sufrido modificaciones los hechos que han servido de base o premisa a su constitución (por ejemplo: el domicilio del demandado ya no está en el lugar donde fué promovido el juicio; no obstante éste continúa tramitándose en el fuero del antiguo domicilio en donde fué iniciado). Existe otra aplicación del principio en el fenómeno de la *adquisición procesal*. Por tener la relación procesal un objeto único, y, por ende, el procedimiento, un único fin, todas las actividades de los diversos sujetos de esta relación tienden no a fines diversos, sino a un

(14) Sobre este principio cfr. Chiovenda, *Principii*, págs. 70, 322, 402 y 461.

fin único: la realización de los intereses privados garantizados por el derecho. Los fines remotos de cada uno de los sujetos pueden ser distintos, y aun antagónicos, pero el fin inmediato es igual para todos. De ahí la consecuencia de que el resultado de la actividad de una parte no pueda aprovecharse sólo por ella, sino que se convierte en un medio para la consecución del fin común y puede ser utilizado por la otra parte (*adquisición procesal*): el testigo presentado por una de las partes puede ser interrogado también por la otra (por conducto del juez, naturalmente: art. 243) el documento exhibido por una parte puede asimismo ser invocado por la otra.

24.— e).—El *principio del formalismo en el proceso* es la expresión de una necesidad que deriva de la naturaleza misma del fin procesal. Si el proceso tiene por objeto la realización, mediante la declaración y la ejecución forzosa, de los intereses tutelados por el derecho, la primera y más ingente exigencia de todo sistema procesal es que todos los intereses tutelados por el derecho sean garantizados y realizados en el proceso. El respeto a la integridad de la esfera jurídica que corresponde a cada ciudadano, o sea, el respeto a la libertad de todo ciudadano, está indisolublemente vinculado a la actuación del fin procesal. Puesto que en el proceso civil el acto de cada una de las partes tiende a provocar un acto del Estado, que produce efectos en las relaciones de la otra, el principio general de libertad exige que cada acto de las partes y del Estado esté rodeado de garantías que aseguren el escrupuloso respeto de la esfera jurídica de ambas partes; entre estas garantías la más importante es la de que el lugar, el tiem-

po, el modo de la expresión externa de cada acto, en suma, todo lo que constituye la *forma* de los actos procesales, sea determinado *a priori* precisa y rigurosamente.

Dejar al arbitrio de cada sujeto procesal la elección de los medios y de las modalidades para la manifestación externa de su pensamiento, que es, como si dijéramos, consagrar en el proceso el principio de la *libertad de las formas* (15), equivaldría a crear un estado de desorden y de incertidumbre, incompatible con la actuación del fin del proceso. He aquí por qué, en el derecho procesal, al contrario de lo que ocurre en el derecho material, el formalismo constituye la regla: la idea de un sistema de formas va ínsita en el concepto mismo del proceso (16).

El principio del *formalismo* exige que la forma de todo acto procesal esté determinada *a priori* y que por esa razón como regla general, se excluya el arbitrio de los sujetos procesales, tanto en la elección del *orden* en que los actos procesales deben sucederse (principio del *orden formal* en los juicios) (17), cuanto por lo que respecta al tiempo en que deben realizarse, y a los *medios* que deben ser usados, para la manifestación del pensamiento y de la voluntad de los sujetos particu-

(15) Sobre el concepto del formalismo como restricción a la libre elección de los medios de manifestación del pensamiento, véanse las profundas observaciones de Jhering, *Geist des römischen Rechts*, pág. 475.

(16) Cfr. Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, págs. 194 y 223; Schmidt, *Lehrbuch*, pág. 5; Menger, *System*, págs. 317 y 318.

(17) Véase Menger, *System*, págs. 319 y sig.

lares, y también en lo referente al *objeto* en torno al cual dicho pensamiento y tal voluntad deben pronunciarse.

El problema del formalismo en el proceso es, ante todo, un problema de técnica legislativa, y éste es precisamente su aspecto más importante; pero en nuestro derecho procesal (y bajo este punto de vista es como nos interesa para los fines del presente estudio) es también un problema de derecho positivo, ya que el Código de Procedimiento Civil no determina *a priori*, de un modo completo y preciso, las formas de todos los actos procesales, sino que, más de una vez, como veremos en breve, aun de manera expresa (ej.: arts. 447 y 464) en lo relativo a la determinación de las formas, abre el camino a la interpretación analógica, en la cual se hace indispensable el estudio de los principios generales de derecho positivo sobre el formalismo en el proceso.

25.—El estudio del elemento sistemático en la interpretación del derecho procesal nos conduce, por último, a hablar de la analogía y del llamado *argumentum a contrario*.

Opinamos con *Binding*, que en la extensión analógica existe sustancialmente aplicación de una norma establecida por el legislador no *directa* sino indirectamente, o sea, mediante su reconocimiento en un caso especial o en un grupo especial de casos (18). El proceso de la analogía consiste en inferir una

(18) Véase *Binding, Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1872, I, págs. 66 y sig.; y *Handbuch des Strafrechts*, págs. 214 y sig. Contra esta concepción de *Binding*, se opone *Windscheid, Pand.*, párrafo 22, nota 8, diciendo: "si el legislador tenía el propósito de querer como derecho también lo declarado no expresa, sino tácitamente, ¿por qué no lo ha dicho

voluntad del Estado *tácitamente* manifestada, remontándonos de una norma particular que revela ser la aplicación especial de un principio general, a una norma más general que se aplica al caso no regulado. Para que pueda hablarse de extensión analógica, es necesario probar la existencia en el caso concreto de una *declaración tácita* de voluntad legislativa; necesitase, por tanto, probar que la norma particular o el grupo especial de normas expresamente sancionadas son manifestaciones particulares, pero *concluyentes*, de una voluntad más general, es decir, reguladora de un número mayor de relaciones (19).

de una manera expresa?" Binding responde: "yo no afirmo que el legislador haya tenido la intención de querer también esto (es decir, el principio establecido mediante una aplicación aislada o especial) como derecho; sólo afirmo que hay una sanción de consecuencias no previstas por la persona del legislador" (*Handbuch*, pág. 216, nota 9). Y nosotros agregamos que dado el concepto de la ley como expresión *inmanente de la voluntad del Estado*, no es absolutamente necesario, para que una norma determinada se considere como expresión actual de esta voluntad (que es, nótese bien, voluntad de una *persona jurídica*) que haya estado en la conciencia de las personas físicas que elaboraron la ley.

(19) De aquí se deduce la regla de que la extensión analógica sólo puede aplicarse a las normas de *derecho común*, es decir, a las que regulan el *mayor* número de las relaciones de una categoría determinada, y no a las de *derecho singular* o *excepcional*, o sea a las que regulan el *menor* número de las relaciones de una categoría. Véase sobre esto Rocco, *In torno al carattere del diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile*, en los *Scritti in onore de Vittorio Scialoja*, II, págs. 542 y sig. El procedimiento de la extensión analógica consta, pues, de tres fases: ante todo, se establece que la norma o la pluralidad de normas que se quieren extender por analogía, son consecuencias particulares de un pensamiento más ge-

Para que esto se dé por probado deben concurrir dos condiciones: una *positiva*, que las relaciones expresamente reguladas formen parte de una categoría más amplia de relaciones *semejantes*, que comprenda también la relación o relaciones no reguladas a las cuales la norma más general quiera aplicarse; y una *negativa*, que las otras relaciones de la categoría general a que pertenecen las relaciones especiales expresamente reguladas, no estén reguladas en *forma diversa por otra norma*; es decir, que la norma particular no sea *desviación* de una norma diversa más general y no se encuentre, al compararse con otra norma, en la relación de *excepción a regla*.

Si falta una de estas dos condiciones, la extensión de la norma del caso regulado al no regulado es imposible; de donde, de no estar el caso no regulado expresamente comprendido en la norma, debe concluirse la inaplicabilidad de ésta a dicho caso, (*inclusio unius, exclusio alterius; argumentum a contrario*) (20). Es ésta una aplicación del principio lógico del tercero

neral; después, se considera este principio general como principio de derecho positivo establecido por la ley mediante la sanción de sus consecuencias, siendo la sanción de sus consecuencias un acto concluyente para la sanción del principio; se deducen, en fin, del principio de derecho así encontrado, consecuencias ulteriores: cfr. sobre el particular Binding, *Handbuch*, págs. 215-216. Sobre el procedimiento de analogía, véanse también: Merkel, *Iuristische Encyclopädie*, § 105 y sig.; Gény, *Interpretation*, págs. 264 y sig.; Regelsberger, *Pandekten*, págs. 155 y sig.; Hölder, *Pand.*, pág. 45; Ferrini, *Pandette*, págs. 36 y sig.; Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario*, págs. 80 y sig.; Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia*, págs. 139-142.

(20) Cfr. Hölder, *Pandekten*, pág. 45.

excluído (21). Si la relación de que se trata no es semejante a la regulada expresamente, el hecho de que la norma regule ésta y no aquélla, demuestra que aquélla está diversamente reglamentada. Si, pues, aun siendo la relación no regulada semejante a la regulada, la norma que regula esta última aparece como *especial* a *algunas* relaciones de determinada categoría, quedando las demás relaciones de la misma categoría sujetas a una norma diversa más general, el hecho de que la norma particular o excepcional regule algunas de tales relaciones, y no aquella de que se trata, demuestra igualmente que ésta se halla reglamentada de manera diversa.

Por consiguiente, mientras la extensión analógica de la norma presupone la existencia de aquellas dos condiciones, el *argumentum a contrario* presupone la falta de una de ellas por lo menos, sin lo cual tanto el uso de la una como el del otro, llevan a consecuencias erróneas (22).

26.—En el derecho procesal el uso del *argumentum a contrario* no ofrece ninguna particularidad notable; basta decir que para su correcta aplicación es necesario que la relación en cues-

(21) Wach, *Handbuch*, pág. 270.

(22) Una de las dificultades mayores que ofrece la argumentación *a contrario* es la de determinar *exactamente* cuáles son los casos *excluidos*, o sea, *no regulados* por la norma y que, por consiguiente, deben considerarse regulados por una norma diversa; en general, es difícil formular correctamente la proposición contradictoria a la afirmada en la norma que, por el principio del tercero excluído, del cual es aplicación el *argumentum a contrario*, debe considerarse negada, o viceversa. Véase en seguida un ejemplo a propósito del artículo 47, Cód. Proc. Civ. (núm. 29).

tión no sea de naturaleza análoga a aquella o aquellas reguladas por la norma de que se trata, o bien, que a pesar de la analogía, la norma tenga carácter excepcional. Un ejemplo típico bastará para ilustrar la regla. Según el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, "en el cómputo de los términos que se miden por días o por períodos mayores, no se incluye el día de la notificación" y "en los términos que se computan por horas no se comprende la hora de la notificación." La ley habla solamente del término *inicial* (*dies a quo*). ¿Qué deberá decirse del término *final* (*dies ad quem*)? ¿El día o la hora en que el acto tiene lugar ha de computarse o no en el término? Extendiendo por analogía lo que el artículo 43 dispone para el *dies a quo*, habría que responder negativamente; argumentado *a contrario* respecto de la misma disposición, sería menester, en cambio, responder afirmativamente.

Y sin embargo, en nuestra opinión ambas soluciones serían erróneas. El artículo 43 es, evidentemente, la aplicación de un principio general: del principio de que todo el tiempo comprendido en el término debe de ser *útil* para la consecución del fin para el cual fué establecido, de aquí la consecuencia (sancionada en el artículo 43) de que la unidad de tiempo en que se verifica el hecho y en que el término empieza a correr, no se computa. La norma del artículo 43 encontrará aplicación pues, en los casos que presenten analogía con el caso previsto en él y, por consiguiente, cuando el acto para el cual se establece el término, *no puede tener lugar antes* de que el término haya expirado. En este caso, el hecho que origina el transcurso del término y el que lo cierra, deben encontrarse igual-

mente *fuera* del tiempo comprendido en el término, a fin de que pueda decirse que éste realmente ha transcurrido. Cuando, por el contrario, no subsiste esta analogía porque el acto para el cual fué establecido el término debe encontrarse, no ya *fuera*, como el hecho inicial, sino *dentro* del término, no es posible la extensión analógica de la norma establecida en el artículo 43 y debe, en cambio, argumentando a *contrario*, sostenerse que el *dies ad quem* es de computarse en el término. De donde la regla: el *dies ad quem*, a semejanza del *dies a quo*, no se computa en el término tratándose de términos *dilatatorios*; pero sí se computa, al contrario del *dies a quo*, cuando se trata de términos *conminatorios* y *perentorios* (23).

27.—El uso de la *analogía* tiene, en cambio, una importancia enteramente particular en el derecho procesal. La extensión analógica encuentra aplicación en todos los campos del proceso. Si la ley no ha determinado el fuero general de las personas jurídicas, se aplicará por analogía la disposición del artículo 90, último párrafo, relativo a las sociedades, que debe considerarse como la expresión de un principio general concierne a todas las organizaciones de intereses colectivos (24). El artículo 139 no establece qué edad debe tener la persona a quien se entregue la copia de la citación, cuando ésta no pueda notificarse personalmente al demandado. Puesto que el fin de tal entrega es obtener una prueba de haberse verificado la *insinuatio ad domum*, (como se deduce del mismo ar-

(23) Esta es la solución adoptada por la jurisprudencia predominante; véase Mattiolo, *Trattato*, II, núm. 164.

(24) Mortara, *Commentario*, II, n. 157.

título 139, párrafo 5o.), se considera aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 236, primer párrafo, que fija en catorce años la edad en que se adquiere la capacidad para ser oído como testigo (25). Aunque el artículo 146 permite expresamente la citación por medio de edictos sólo en el caso en que “la citación en las formas ordinarias sea sumamente difícil *a causa del número de personas que hayan de ser citadas*”, debe también admitirse tal forma de citación en todos los casos en que ésta sea imposible por los modos ordinarios, y particularmente cuando sean desconocidas o indeterminadas las personas de los demandados; es, en efecto, un principio general, que se deduce del artículo 146 y de otros preceptos de la ley (ejemplo: arts. 141, 142, 629, 630 y 667 Cód. Proc. Civ.; 330 y 912 del Código de Comercio), la sustitución de la *publicidad* a la *notificación individual*, siempre que sea grande o desconocido el número de las personas interesadas en el conocimiento de un acto determinado (26). El artículo 251 permite el examen de testigos *para futura memoria* cuando se tema que “esté a punto de faltar uno o más testigos neces-

(25) Mattiolo, *Trattato*, II, n. 114, nota 1 y la jurisprudencia allí citada; Mortara, *Commentario*, III, 265; Cuzzi, *Il codice di proc. civ.* sobre el artículo 139; Chioyenda, *Principii*, pág. 396.

(26) Mattiolo, *Trattato*, II, n. 131, nota 3; Chioyenda, *Principii*, pág. 397. Sin embargo, véase en contra, Cuzzi, sobre el artículo 146; Mortara, *Commentario*, III, n. 275. Y en realidad la mayoría de los autores sostiene, a nuestro juicio, erróneamente, que la disposición del artículo 146 es de derecho singular, véase principalmente Mattiolo, *Trattato*, II, n. 133, nota 3; Mortara, *Commentario*, III, n. 273.

rios para hacer valer un derecho o una excepción"; esta disposición debe considerarse como la aplicación de un principio más general, el de que puede anticiparse la rendición de la prueba cuando se tema su dispersión. De aquí la posibilidad, también, de una *prueba pericial para futura memoria* (27).

Pero la particularidad más característica del uso de la analogía en el derecho procesal italiano consiste en la posibilidad de extender por analogía, los preceptos que establecen *formas y términos*, así como las nulidades y caducidades respectivas.

Tal posibilidad resulta de varios textos de ley. El Código de Procedimiento Civil frecuentemente declara aplicables de manera expresa, por medio de la analogía y dentro de los límites de ésta, las normas establecidas para un procedimiento a otro procedimiento; así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 447, se aplican al procedimiento ante los pretores las normas del procedimiento ante los tribunales, en cuanto sean aplicables; de acuerdo con el artículo 464 el procedimiento ante los conciliadores está regulado por las normas del procedimiento ante los pretores; según el artículo 740, las disposiciones contenidas en los capítulos I y II del título III, libro II, o sea, las normas que regulan el juicio de expropiación y el de graduación en la ejecución sobre inmuebles, se aplican también a los juicios de venta y de graduación que siguen a la solicitud de purgación de las hipotecas; por el artículo 886, en materia de división hereditaria, para la venta de los muebles se aplican las normas sobre venta y adjudicación de los objetos pignorados, y para la venta de los inmuebles se ob-

(27) Mattiolo, *Trattato*, II, n. 1022 y sig.

nulidad. Cualquiera que haya sido el pensamiento de quienes prepararon la legislación procesal vigente (29), lo cierto es que para determinar cuáles son los elementos "esenciales" de los actos procesales en particular, no tenemos otro medio que el de referirnos a la voluntad de la ley; decidir si un elemento es o no esencial, depende, exclusivamente, del modo como la ley lo ha considerado, en relación con la naturaleza jurídica del acto en el sistema de la ley, y al fin que ésta le asigna. Los elementos esenciales de un acto *jurídico* sólo pueden desprenderse del derecho *positivo*, a menos que se les quiera buscar en los principios de un pretendido derecho natural o ideal, o racional, cuya existencia, en el estado actual de la ciencia,

(29) *La Relazione*, Pisanelli (Colección Gianzana, I, pág. 23), cree que es posible la determinación *a priori* de los elementos esenciales; "la esencia de los actos de procedimiento como de cualquier otro acto, se determina por su naturaleza y por su destino. Un acto en el que faltan los elementos sin los cuales degenera en una naturaleza sustancial diversa, o faltan las *condiciones*, es decir, los *medios* necesarios para alcanzar el fin al cual está destinado y ordenado por la ley, carece de la forma esencial". Mas ¿cuáles serán los elementos *de forma* de un acto sin los cuales éste degenera en una naturaleza sustancialmente diversa? ¿Cuáles las condiciones (siempre *de forma*) necesarias para alcanzar el fin querido por la ley? Claro es que el carácter esencial de *algunas* de las *diversas formas* prescritas por la ley no puede inferirse sino de la ley misma. El error de la distinción entre elementos *accidentales* y *esenciales*, a propósito de las nulidades por defecto de forma, consiste en olvidar que se trata de una materia de forma y que ninguna forma es esencial si no es prescrita como tal, o sea bajo pena de nulidad, por la ley; y ninguna es accidental si la ley al prescribirla, no la sujeta a una sanción diversa de la nulidad, o también cuando la prescribe sin la amenaza de sanción.

habría necesidad de demostrar. Pero restringida al campo del derecho positivo la investigación de los elementos esenciales de cada acto de procedimiento, la interpretación analógica asume inmediatamente una gran importancia, porque es claro que, en el silencio de la ley, el primer elemento de decisión debe ser el modo como ésta ha resuelto el problema en otros casos análogos expresamente regulados (30).

No es plausible el sistema de nuestra Ley, que en vez de determinar de modo expreso cuáles son las formas *esenciales* cuya inobservancia acarrea la *nulidad* del acto, y cuáles las *no esenciales* cuya omisión constituye una simple irregularidad a la que se aplican otras sanciones o que está desprovista de sanción, se limita a determinar expresamente las formas esenciales en algunos casos aislados, dejando que en los otros se desprendan por medio de la extensión analógica. De esta manera se cae en la *incertidumbre* sobre la forma, que es uno de los mayores peligros del formalismo. Sin embargo, dado el sistema de la ley, la extensión analógica de las nulidades es una consecuencia del carácter mismo del formalismo. En efecto, es de la esencia del formalismo que la observancia de la forma prescrita sea considerada como un elemento esencial para la validez del acto: en todo sistema formalista como el de las leyes de procedimiento, la invalidez del acto carente de formas es la regla, es un principio general, que se puede *producere ad consequentias* (31).

(30) Cfr. sobre tal cuestión Chioyenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, pág. 220.

(31) Chioyenda hace notar con justicia, *Principii*, pág. 408, que las nulidades no constituyen penas, sino que son sola-

29. También la materia de las *caducidades* en el Código de Procedimiento Civil ofrece amplio campo a la analogía. Falta aquí por completo una disposición general acerca de las sanciones de la inobservancia del término y, por consiguiente, acerca de los casos en que la inobservancia produce la *caducidad* del derecho, o por lo menos, la *nulidad* del acto ejecutado fuera de término. El Código calla completamente respecto de los términos *dilatorios* o *intermedios*, es decir, de los que establecen el momento *antes* del cual *no pueden* efectuarse uno o más actos. El mismo habla en los artículos 46 y 47, acerca de los términos *perentorios* en sentido lato, o *útiles* o *finales*, o sea, los que establecen el momento *después* del cual no pueden ser ejecutados uno o más actos, pero no para determinar cuándo la inobservancia del término acarrea la caducidad o nulidad, sino sólo para regular, *en los casos en que tal caducidad se produce*, la posibilidad y la modalidad de la prórroga. La frase incidental usada en el artículo 46, "los términos, *para los cuales una vez transcurridos, la ley establece la caducidad o la nulidad*, son perentorios y no pueden prorrogarse por la autoridad judicial", no significa que produzca caducidad o nulidad la sola inobservancia de los términos para los cuales tal sanción fué expresamente establecida. Argumentar *a contrario* de aquella frase sería falaz, porque de la afirmación contenida en el artículo 46 sólo se desprende que no son perentorios y pueden ser prorrogados los términos vencidos para los cuales la ley *no establece la caducidad*, pero no

mente la consecuencia lógica de la falta de observancia de las formas.

que no son perentorios los términos vencidos, para los cuales la ley no establece ni la caducidad ni la no caducidad, o sea, los términos para los cuales la ley no establece sanciones. La proposición lógica contraria a la afirmación contenida en el artículo 46 es, en efecto, únicamente la afirmación de que no son perentorios los términos para cuya inobservancia la ley *declara* que no quiere establecer la sanción de caducidad, ya expresa o implícitamente (por ej. estableciendo sanciones de otra naturaleza).

Sin embargo, la falta de una disposición general de la ley no ha impedido a la jurisprudencia aplicar la sanción de caducidad aún en los casos en que la ley calla sobre los efectos de la inobservancia del término (32). A la ciencia competente, por tanto, el deducir del sistema de la ley un principio general que sirva de guía para la resolución de los casos particulares.

El examen de la ley nos pone de manifiesto que la sanción de *nulidad* para los actos ejecutados extemporáneamente, y de *caducidad* de la facultad para ejecutar actos fuera del término señalado, se encuentra establecida en forma expresa en muchísimos casos, tanto en materia de términos *dilatorios* o *intermedios*, como de términos *útiles* o *finales*.

Entre los diversos términos dilatorios establecidos por la ley para los que existe sanción expresa de nulidad por haber sido ejecutados intempestivamente los actos, encontramos los siguientes: el término para comparecer (art. 153), el término

(32) Véase la jurisprudencia citada en Mattiolo, *Trattato*, II, n. 170, nota 2.

que debe transcurrir entre la notificación del auto que fija la fecha del examen de los testigos y el día del examen (art. 233, párrafos 1o. y 2o.); el término entre la notificación de las listas de los testigos y el día del examen de ellos (art. 234, primera pt.). Entre los términos perentorios (en sentido lato) o útiles, están provistos de la sanción expresa de caducidad: el término para el depósito del laudo (art. 24); el término para la notificación del recurso para establecer la competencia (arts. 111 y 112); el término para la notificación de la última comparecencia (que no sea de alegatos) después de la inscripción del proceso en las listas (arts. 174 y 175); el término para hacer el interrogatorio de testigos (arts. 232 y 246); el término para rendir la prueba de falsedad (art. 304); los términos para impugnar las sentencias (art. 466); el término para ejecutar la venta después del embargo (art. 581); el término para promover la venta en caso de aumento de un sexto (art. 683, primer párrafo); el término para interponer las excepciones de nulidad en el juicio de expropiación (art. 695); el término para llenar las formalidades necesarias para liberar de las hipotecas a los inmuebles, en el caso del artículo 3041 del Código Civil (art. 729).

Pero si en todos estos casos, y en otros más, está expresamente establecida la sanción de nulidad o de caducidad, en muchísimos, que inclusive constituyen la mayoría, la ley calla sobre los efectos de la inobservancia de los términos. Recordaremos entre los términos dilatorios, los de los artículos 173, primera parte; 179, párrafo 1o.; 223, párrafo introductivo; 562 y 577; 624, primera parte; 632, primera parte; 662, primera

parte; 784; y, entre los términos útiles, los de los artículos 121, 164 y 165, 177, 183, 209, 232, 403, 644, 650, 681, 711, 717, 780, etc. ¿Cuál será en estos casos la sanción por la inobservancia del término?

En nuestra opinión, es necesario distinguir entre los términos que presentan analogía con aquellos para cuya transgresión la ley establece expresamente la nulidad o la caducidad, y los términos de naturaleza sustancialmente diversa. Examinando los múltiples casos para los cuales se establece dicha sanción se ve que en ellos se *concede a la parte una o varias facultades procesales limitadas en el tiempo*. El derecho de acción, considerado como derecho abstracto de todo ciudadano a la prestación de la tutela jurisdiccional, comprende muchas *facultades* reguladas por el derecho procesal objetivo; es lógico que el derecho procesal pueda, en el momento en que las confiere, limitar algunas, *en el tiempo*, estableciendo el momento en que principian o aquél en que *dejan de existir*; en el primer caso, el ejercicio de tales facultades está ligado a un *término dilatorio o intermedio*; en el segundo, a un *término final o útil o perentorio*, según quiera llamársele. La nulidad de los actos intempestivos en el primer caso, es una consecuencia ineluctable por constituir el ejercicio de una facultad que todavía *no ha comenzado a existir*; la caducidad de la facultad de realizar los actos, y la consiguiente nulidad de los actos ejecutados después del vencimiento del término, en el segundo caso, es una consecuencia lógica porque la facultad cuyo ejercicio constituye dichos actos *ha dejado de existir*.

Consiguientemente, si los casos particulares en que las nu-

lidades y las caducidades están expresamente establecidas, constituyen aplicaciones de un principio general único, éste será susceptible de ulteriores aplicaciones, aun en los casos no regulados. Siempre que de la fijación de un término dependa que *se conceda a la parte una facultad procesal limitada en el tiempo*, se puede aplicar la sanción de nulidad o de caducidad por los actos intempestivos o tardíos.

Los presupuestos de la aplicación analógica de la nulidad o la caducidad son, pues:

- a) Que se trate del ejercicio de una facultad *de la parte*;
- b) Que se trate del ejercicio de una facultad *procesal* de la parte, o sea, de una facultad comprendida en el derecho de acción y concerniente a la solicitud de tutela jurisdiccional;
- c) Que se trate del ejercicio de una facultad procesal de la parte, *limitada en el tiempo por la ley*.

De esa suerte quedan excluidos de la aplicación analógica de la nulidad o de la caducidad: a) Los términos que conciernen, no a la actividad de las *partes*, sino a la de un órgano jurisdiccional; es muy diversa, en efecto, la posición de la parte y la del *órgano jurisdiccional* respecto a las facultades que a cada uno de ellos incumben; las facultades procesales de la parte son *concesiones* del ordenamiento jurídico que atribuyen al ciudadano el derecho de pretender una prestación del Estado; la *determinación* y la *limitación* son, pues, respecto de ellas, la *regla*; en cambio, las facultades del órgano jurisdiccional son emanaciones de la *soberanía* del Estado, po-

der por su naturaleza misma ilimitado y que el ordenamiento jurídico limita; la determinación y la limitación son, por consiguiente, respecto de él, la *excepción*; de donde resulta que, mientras la fijación de un término para el ejercicio de una facultad procesal de una parte, *normalmente* tiene significado de *concesión de una facultad limitada*, la fijación de un término para el ejercicio de la actividad de un órgano jurisdiccional, *normalmente* no tiene dicho *significado*, sino sólo el valor de una prevención de orden puramente interno que el Estado hace a su órgano para la mejor marcha de la función jurisdiccional, y, por tanto, en interés del Estado mismo, y no en interés individual de la parte, a la cual está vedada la posibilidad de hacer valer en interés propio, la inobservancia del término; ésta tiene de ordinario por efecto la aplicación de sanciones internas (disciplinarias); así sucede con el término de que habla el artículo 179; para aquellos a que se refieren los artículos 650, 681, 711, 780; b) También están excluidos de la aplicación analógica de las sanciones de nulidad y caducidad los términos que no se refieren a una *facultad procesal* de las partes, o sea, a una facultad en la que se manifieste el *derecho* a solicitar la prestación de la tutela del órgano jurisdiccional, sino que regulen otras actividades de las partes, especialmente las que no son ejercicio de un *derecho*, sino cumplimiento de una *obligación*; así, no es perentorio el término del artículo 177 para el depósito de los expedientes que contienen las constancias de autos, ya que este depósito es una simple obligación impuesta a las partes para la mejor marcha del proceso y no el ejercicio de una facultad;

c) No es posible, en fin, la aplicación analógica de la caducidad o de la nulidad a los términos, sino en cuanto *limiten* una facultad procesal de las partes; así, no es perentorio el término de quince días establecido para la notificación de la contestación y réplica a que se refieren los artículos 164 y 165, porque la facultad de las partes de determinar los límites de la controversia que se manifiesta con sus promociones, dura en el procedimiento formal hasta el momento en que queda firme la inscripción en la lista (art. 174) y los términos de los artículos 164 y 165 no limitan en manera alguna dicha facultad; por el contrario, limitan la facultad de la otra parte de hacer inscribir el litigio en la lista (art. 173); se trata, pues, de términos a los cuales no puede aplicarse la sanción de caducidad de la facultad de contestar y de replicar, pero que deben ser observados, bajo pena de nulidad, respecto a la facultad que limitan, que es la de hacer inscribir la causa en la lista.

Pero concurriendo las tres condiciones arriba enumeradas, es perfectamente posible la extensión analógica de la nulidad y de la caducidad por inobservancia de los términos. Es, pues, nula la inscripción de la causa en la lista hecha antes de que haya transcurrido, no sólo el término para comparecer, sino también para contestar (art. 173); es nulo el embargo hecho antes de los cinco días siguientes al mandamiento respectivo (art. 577); es nula la venta hecha antes de que hayan transcurrido diez días de la fecha de embargo (art. 624); nula es también la venta de los derechos de crédito indicados en el artículo 620, efectuada antes de haber transcurrido veinte

días de la declaración del tercer deudor exigida por el artículo 613 (art. 632); es nula la citación para la venta de los inmuebles propuesta antes de los treinta días de la notificación de la providencia respectiva (art. 662). Así, la parte que ha deferido el juramento no tiene el derecho de pedir que se declare rechazada su prestación, por la otra parte que no compareció, si entre la notificación del auto que señala el día de la prestación y el día mismo de ella, no transcurre el intervalo establecido por el artículo 223. Del mismo modo, no puede intentar la recusación de los jueces la parte que no lo haya hecho en los términos del artículo 121; no puede reclamar contra la providencia del presidente que resuelve un incidente, en casos de urgencia, la parte que hubiere dejado transcurrir los tres días fijados por el artículo 183; tampoco puede, cuando haya dejado pasar el mismo término, reclamar contra los proveídos del juez delegado para la rendición de la prueba (art. 209); no se puede, vencidos los tres días de que habla el artículo 403, proponer la recusación de los árbitros conciliadores y de los peritos; no es posible al deudor, rescatar los objetos adjudicados, después de los diez días de que habla el artículo 644; ni reclamar contra la liquidación del perito a que se refiere el artículo 717, después de los cinco días allí señalados, etc.

30. Queda, finalmente, por resolver, en materia de extensión analógica del derecho procesal, la cuestión de si es posible extender por analogía las normas del derecho procesal civil fuera del campo del proceso civil propiamente dicho. El problema puede presentarse y se presenta especialmente

con relación al proceso penal y al procedimiento ante los órganos de la justicia administrativa, casos en los que es dudoso que puedan aplicarse, a falta de disposiciones especiales sobre la materia, las correspondientes normas del proceso civil de conocimiento, en cuanto sean aplicables (33). Nos parece indudable la exactitud de la respuesta afirmativa, tanto en un caso como en el otro. El proceso civil de declaración nos presenta el tipo de un *juicio solemne*, rodeado de todas las garantías posibles de fondo y forma. En efecto, ¿qué juicio es más solemne y más importante que aquel en que un órgano del Estado, imparcial e independiente como el juez, resuelve sobre la existencia de una relación jurídica determinada? El derecho establecido en el Código de Procedimiento Civil para los juicios de los órganos jurisdiccionales, bien puede, pues, considerarse como la expresión del derecho común de todos los juicios solemnes, de la misma manera que el reglamento y los usos de la Cámara suelen considerarse como el derecho

(33) Por ejemplo, se pregunta si, cuando se trata de determinar en materia penal la competencia por litispendencia y por faltar en el código de procedimiento penal una disposición equivalente a la del artículo 104 del Código de Procedimiento Civil pueden extenderse por analogía las disposiciones de este código sobre el modo de regular la competencia cuando el mismo proceso esté pendiente ante varios magistrados. El problema se presenta a menudo en los procedimientos ante la Sección IV del Consejo de Estado por lo que respecta a la notificación del recurso; sobre el cómputo de los términos; sobre los efectos que en el decurso del término produce el recurrir a autoridad incompetente; por lo que se refiere a las notificaciones por edictos en relación con los efectos de la notificación cuando sean varios los interesados en oponerse al recurso, etc.

común de todas las Asambleas. Nos parece, por tanto, muy posible la extensión analógica de los principios del Código de Procedimiento Civil, fuera del campo de la jurisdicción civil ordinaria, siempre y cuando la extensión analógica se haga, claro está, dentro de los límites en que subsiste la analogía (34).

(34) Por lo que toca al procedimiento ante la Sección IV del Consejo de Estado, la solución adoptada en el texto admitida por la doctrina y por la jurisprudencia predominante, cfr. Orlando, *La giustizia amministrativa*, en su *Trattato*, III, págs. 945-946 (aunque él sostenga, como lo hacemos nosotros, que la función de la Sección IV del Consejo de Estado no es jurisdiccional), subsiste, sin embargo, aún admitiendo que sea jurisdiccional, la razón de analogía explicada en el texto. Véase también Cammeo, *Questioni di diritto amministrativo*, Firenze, 1900, pág. 99 y sig.; y la jurisprudencia de la Sección IV; Dec. julio 6 de 1894, *Giust. amm.*, 1894, 421 (para la notificación del recurso); dec. 21 de enero de 1898, *Giust. amm.*, 1898, 445 (recurso ante autoridad incompetente), dec. 24 de marzo de 1892, *Giust. amm.*, 1892, 141, noviembre 10 de 1893; *Giur. it.*, 1894; III, 71; enero 8 de 1897, *Giust. amm.*, 1897, 322; marzo 23 de 1901, *Giust. amm.*, 1901, 130 (citación por medio de proclamas públicas); dec. enero 8 de 1897, *Giust. amm.*, 1897, 322; lo. de julio de 1898, *Giust. amm.*, 1898, 369 (notificación en caso de pluralidad de interesados en oponerse al recurso); dec. mayo 5 de 1892, *Giust. amm.*, 1892, 299 (transecurso del término para el depósito), etc.