

CAPITULO SEXTO

Naturaleza y funciones de la sentencia

SUMARIO: 49. Posición de la cuestión. — 50. Opinión de que la sentencia es forma de producción del derecho objetivo; teoría de Bülow; crítica de esta teoría. — 51. Teoría de Mortara; crítica de esta teoría. — 52. Teoría de Unger; crítica de esta teoría. — 53. La función de la sentencia y la división de las sentencias: la sentencia condenatoria y la declarativa. — 54. Las llamadas sentencias constitutivas: construcción jurídica de esta categoría de sentencias. — 55. Impropiiedad técnica del concepto de sentencia constitutiva como consecuencia de la impropiiedad del concepto de derecho del poder judicial o derecho potestativo. — 56. Impropiiedad técnica del concepto de sentencia constitutiva deducida de la misma función que le asignan sus autores. — 57. El concepto de sentencia constitutiva contradice la autonomía substancial de la función jurisdiccional. — 58. Las llamadas sentencias constitutivas difieren de las demás especies de sentencias por su objeto, o sea, por la naturaleza de la relación declarada, no por su función, que es siempre declarativa. — 59. Prueba: multiplicidad de las distinciones posibles desde el punto de vista de la relación: distinciones ulteriores de Kisch. — 60. La sentencia constitutiva y el derecho positivo italiano.

49. Lo que hemos dicho hasta ahora sobre el concepto de la sentencia, su delimitación de otros actos afines, su posición en el conjunto del procedimiento, es suficiente para dar a entender cuál es para nosotros la naturaleza de la sentencia como acto del órgano jurisdiccional, cuál su función como manifestación y momento de la actividad jurisdiccional del Estado. Ya hemos hecho observar que la sentencia es, en su carácter esencial, un acto de la mente:

del juez, y precisamente un juicio lógico sobre la existencia o no existencia de una relación o de un conjunto de relaciones jurídicas; por tanto, en ella se actúa aquella parte de la función jurisdiccional, que consiste precisamente en la declaración de la tutela que el derecho objetivo concede a los intereses concretos. La naturaleza de la sentencia queda de tal modo determinada, así como su función; la sentencia, es esencialmente, un juicio lógico sobre la existencia de una relación jurídica; su función es la declaración de las relaciones jurídicas inciertas. Todo esto es puro y simple corolario de cuanto se ha dicho hasta aquí sobre el concepto de la jurisdicción y' de la sentencia, sobre lo cual, por tanto, podríamos dispensarnos de insistir si escritores autorizados no hubieran expuesto aún recientemente dudas sobre los conceptos comúnmente aceptados sobre la naturaleza de la función jurisdiccional, del procedimiento y de la sentencia, y si además los estudios recientes de los procesalistas alemanes no hubiesen puesto de manifiesto ciertas particularidades de algunas categorías de sentencias, cuya importancia para la determinación de la naturaleza y de las funciones de la sentencia ha sido acaso exagerada, hasta el punto de impedir a veces la distinción neta entre lo que en la sentencia es esencial a su naturaleza y a su función y lo que solamente es accidental y está ligado con ella, pero no está en ella comprendido como tal. Se impone, pues, la necesidad de ensayar nuestra concepción a la luz de estas concepciones o divergentes o a nuestro parecer no bastante precisas acerca de la determi-

nación de los caracteres de la sentencia como tal y de sus funciones esenciales.

50. En antítesis con el concepto común de que la sentencia en el ordenamiento del Estado moderno contiene una mera declaración de derecho, en Alemania y en Italia se ha venido abriendo camino la opinión de que el oficio del juez no es solamente, o mejor, no es en modo alguno el declarar en los casos concretos un derecho ya preexistente, sino, por el contrario, el de formar el derecho. Bülow, especialmente, en varios escritos ha insistido sobre este concepto: que el procedimiento no tiene por objeto tutelar el derecho privado, sino completarle; las abstractas e hipotéticas disposiciones de la ley, observa, son por sí solas impotentes al objeto perseguido por la organización jurídica, esto es, la reglamentación de las relaciones concretas y reales de la vida; toda cuestión de derecho privado plantea un problema jurídico que no se encuentra resuelto en las abstractas disposiciones de la ley, en los artículos de un Código civil. Es necesario, por tanto, algo más para completar la organización jurídica de las relaciones privadas, y este algo es el procedimiento: la sentencia del juez da la norma individualizada y especializada para cada caso singular. Las reglas contenidas en la ley se limitan a suministrar una pauta obligatoria más o menos precisa para la formación de la norma concreta, pero no suministran ellas por sí solas la regla (1).

(1) Cfr. Bülow: *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, pág. 3, nota 3; pero más especial y am-

Este es, en brevísimos rasgos, el concepto de Bülow, sobre el cual observaremos: la regla jurídica se distingue de los demás mandatos que el Estado dirige a los parti-

pliamente en *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, especialmente en la pág. 48, donde afirma: "No sólo la ley, sino la ley y la función judicial son las que dan al pueblo su derecho". Véase además *Heitere und ernst e Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1901, pág. 91 y siguientes; y por último, *Klage und urteil*, pág. 74, nota 7. Los primeros gérmenes de este concepto se remontan a Hegel, *Rechtsphilosophie*, pág. 222, apéndice: "El derecho que yo tengo debe a la vez ser puesto". En el mismo sentido: Degenkolb, *Einlassungswang und Urteilsnorm*, pág. 29-30; Gény *Métodos de interpretación y fuentes de Derecho privado positivo*. París, 1899, pág. 457 y siguientes; Schneider, *Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1902, pág. 89 y siguientes; Jung, *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts*; Schultze, *Privatrecht und Prozess*, pág. 95 y siguientes, al investigar la función del juez alemán en la Edad Media, deduce que los dos elementos de la norma jurídica, el contenido jurídico (Reichtsinhalt) y el mandato jurídico (Rechtsbefehl); que hoy están encontrados y expresados de modo generalmente obligatorio en la ley, estaban entonces expresados y encontrados casuísticamente por el juez; de aquí la esencial diversidad entre las funciones del juez alemán y las del juez moderno, consecuencia de la diversa naturaleza de las fuentes de derecho privado en las dos épocas. Hoy, en general, la sentencia no constituye el derecho, no es ya norma jurídica, no contiene un mandato jurídico concreto como fuente de producción de una norma jurídica para el caso particular. El procedimiento de producción se ha convertido en procedimiento de aplicación del derecho. Contra esta concepción de la sentencia en el antiguo derecho alemán véase Wach, *Handbuch*, pág. 7 y 8, que observa: "Ciertamente los escabinos dan el contenido jurídico "como convicciones suyas"; pero como convicciones de lo que es derecho, no de lo que merece ser elevado por obra del juez a principio jurídico".

culares, en que se dirige, no a un ciudadano particular, sino a todos los ciudadanos, y para una determinada categoría de relaciones; por esta razón es un mandato abstracto, o sea, formulado de un modo general, respecto de las personas y respecto del objeto. Pero, aun cuando formulada de un modo abstracto, la norma jurídica es siempre un mandato, y, por consiguiente, una vez emanada, se impone sin más a la voluntad de los particulares. Que un mandato formulado genéricamente sea menos mandato que otro formulado específicamente, es cosa difícil de comprender, y, por consiguiente, es difícil de comprender, por qué se ha de llamar mandato incompleto y necesitado de complemento. Pero si, como no puede dudarse, un mandato ya esté formulado abstracta o genéricamente es obligatorio al par que cualquier otro, y todos los ciudadanos, a los que se dirige, deben uniformar a él su conducta, es claro que existe ya desde el principio completo en todos sus elementos, y no tiene necesidad de ser completado como tal mandato. Pueden nacer, es verdad, dudas sobre su alcance real en este o en aquel caso, y entonces será necesaria una operación lógica para reconstruir exactamente la voluntad del Estado expresada en el mandato. Pero esta operación lógica, que se ejercita sobre el acto, no es complemento del acto. Una voluntad declarada genéricamente es una voluntad que recae sobre todos los objetos comprendidos en la fórmula genérica; cuando se quiere saber si un determinado objeto está allí comprendido, se debe deducir precisamente de la declaración genérica el conteni-

do efectivo de la voluntad. En este proceso lógico nada se añade a la voluntad genéricamente declarada; sólo se la conoce en su alcance real. La obra de quien aplica la ley es idéntica a la de quien se propone conocer, en su alcance real, alguna manifestación del pensamiento. No se hable, pues, de un complemento de la norma por obra del juez que la aplica, como no se debe hablar de un complemento de Dante, de Shakespeare, o de Goethe, por parte de los comentadores que quieren reconstruir su pensamiento. El concepto de Bülow tiene como supuesto la identificación entre el sujeto conocente y el objeto conocido, los cuales, en el proceso del conocimiento son, por el contrario, distintos, si no se quiere desterrar del todo lo real del campo del pensamiento (1).

51. En el mismo orden de ideas que Bülow abunda nuestro Mortara. Ya expusimos la idea de este autor sobre el concepto de acción, y ya notamos que afirma la inexistencia del derecho subjetivo, antes de la declaración judicial, debiéndose considerar el derecho subjetivo al cual falta el concurso de la voluntad del obligado, no como un derecho, sino como una mera pretensión; para él, por consiguiente, sólo con la sentencia se afirma el derecho subjetivo; la sentencia no crea de la nada un derecho subje-

(1) No es, pues, que la norma, como tal, sea incompleta y tenga necesidad de ser completada por el juez; sino la tutela, concedida a los intereses humanos mediante la norma, es insuficiente y está necesitada de complemento mediante una forma complementaria de tutela: la tutela judicial de los intereses en los límites asignados por la norma.

tivo, sino que confiere fuerzas y efectos de derecho subjetivo a una pretensión presentada al magistrado bajo forma de demanda o de excepción (1). De aquí lógicamente la consecuencia de que la sentencia no se limita a declarar un derecho preexistente, como supone la opinión dominante, sino que crea el derecho de una simple pretensión (2).

Como se ve, mientras la concepción de Bülow se refiere principalmente a la norma, la de Mortara toma en consideración los derechos subjetivos que la norma consagra; pero ya se mire la cosa por el lado objetivo o por el lado subjetivo, siempre será la misma; y por esto, como ya hemos manifestado nuestro disenso de la concepción de Bülow, debemos ahora hacer otro tanto respecto de la del procesalista italiano. Porque la norma jurídica existe completa en todos sus elementos antes de la sentencia, y obli-

(1) Mortara, *Comm.* Son notables principalmente estas observaciones: "Así la facultad individual, o tendencia o aspiración, como queramos llamarla, dirigida a una determinada utilidad, puede, por virtud de la norma jurídica, adquirir la prerrogativa del derecho; pero hasta que la voluntad de otro individuo sujeto pasivo de este derecho no obra de un modo análogo al interruptor de la lámpara eléctrica, la facultad del sujeto activo y la norma jurídica están próximas, pero carecen de contacto, y, por consiguiente, la potencia generatriz del derecho no pasa de ésta a aquélla. La explicación lógica y racional de esta proposición la da la consideración de la naturaleza y la función de la norma jurídica, que es fórmula abstracta, principio universal, y no puede ejercitar actividad específica sobre una facultad singular y concreta sin el concurso de un tercer elemento que coadyuve a ello o integre su eficacia".

(2) Mortara: *Comm.*, II, pág. 547.

ga, como mandato del Estado, antes de la sentencia, es natural que opere antes de la sentencia, y que los derechos subjetivos o los correlativos deberes que de ella derivan existan, no cuando el juez los declara, sino cuando la ley desarrolla su fuerza obligatoria. Como hemos dicho en otra parte (1), la esencia del derecho subjetivo no está en la satisfacción objetiva del interés tutelado en él, pues más bien, en el momento de su satisfacción, el derecho cesa de existir como tal, por haber terminado su ciclo de existencia, sino en la tutela concedida por la ley a este interés, es decir, en el simple reconocimiento dado por el derecho objetivo a la voluntad que lo persigue. De este modo, la crítica de la concepción subjetiva de Mortara completa la de la concepción objetiva de Bülow, y viceversa; cada una de estas doctrinas, llamando la atención sobre un lado diferente del problema, arroja mayor luz sobre las deficiencias dogmáticas de la otra.

52. La tesis de que la sentencia es forma de producción del derecho, ha sido sostenida dentro de límites más modestos por algún otro escritor, por ejemplo, Unger. Este, observando que el juez está obligado a decidir también si falta una disposición de ley aplicable al caso, y que, por tanto, debe suplir al derecho, afirma que, en ésta su función, el juez desarrolla una actividad de formación del derecho semejante a la legislativa; establece el derecho objetivo válido para el caso concreto, el derecho judicial. El

(1) Véase núm. 40.

derecho judicial se distingue del derecho legislativo en que sólo vale para el caso concreto, mientras que la ley vale para todos los casos de la misma especie; la ley es norma jurídica general, mientras que el derecho judicial es norma jurídica individual (1). La cuestión propuesta de esta manera se relaciona directamente con la de si existen lagunas en el derecho, y si el procedimiento de la analogía, por medio del cual, el juez colma las lagunas reales o aparentes del derecho, es forma de producción, o más bien de interpretación del derecho. La cuestión es ciertamente de las más graves, pero creemos que la analogía debe reducirse a la categoría de las formas de interpretación del derecho, por las razones ya en otro lado referidas (2), de que en el procedimiento de la extensión analógica, no se

(1) Unger: *Sobre la responsabilidad del Estado en la indemnización de intereses de demora*. Viena, 1903, pág. 6-10. Un concepto análogo expresa el proyecto preliminar del Código civil suizo (introducción, art. 1.^o): "El derecho civil encuentra aplicación a todas las cuestiones del derecho, para las cuales tiene explicación bien en el texto literal o bien en el espíritu de sus leyes. Cuando en la ley falta dicha explicación o resolución aplicable al caso, el juez decide según la costumbre jurídica, y si llega a faltar también ésta, según la doctrina y la jurisprudencia tradicional. Si en ninguna de estas fuentes encontrase norma aplicable, empleará aquellos criterios de los que se valdría si fuese legislador". Sobre este proyecto véase Laband, en la *Deutschen Juristenzeitung*, 1897, pág. 132 y siguientes. También en el mismo concepto está inspirada la opinión de Dernburg, *Pandectas*, Vivante y Behrend.

(2) Rocco: *Sobre el carácter del derecho mercantil objetivo y sus relaciones con el civil*, en los Estudios de honor de Vittorio Scialoja, Milán, 1904.

hace otra cosa que revelar una norma contenida en el sistema, pero puesta por el legislador no directamente (expresamente), sino indirectamente, mediante el reconocimiento de la misma en uno o varios casos singulares; el legislador, queriendo la norma especial, no podía lógicamente dejar de querer la norma más general; por consiguiente, una exacta reconstrucción de su voluntad la debe comprender. Esto supuesto, también en este campo restringido, debe excluirse que la sentencia sea forma de producción del derecho; pero de todos modos bueno es observar que, también con arreglo al concepto de Unger, la formación del derecho no sería la función esencial, o, por lo menos, normal de la sentencia, sino sólo una función accidental y anormal (1).

53. Pero el concepto de que la función esencial de la sentencia sea la declaración de las relaciones jurídicas concretas, puede ser puesto en duda con mayor razón frente a los recientes estudios sobre la función de la sentencia, que han conducido a la división tripartita de las sentencias, en sentencias condenatorias, de declaración y constitutivas.

Durante largo tiempo la ciencia del derecho procesal concentró su atención en una sola categoría de sentencias: las sentencias condenatorias. No era que se ignorase la existencia de otras especies de decisiones; los mismos jurisconsultos romanos se ocupaban ya de acciones puramen-

(1) Que la sentencia no es producción de derecho, sino aplicación de derecho, es opinión que prevalece en la doctrina procesal. Wach, Schmidt, Weismann, Chiovenda, Menestrina.

te declarativas (bajo el nombre de *acciones praejudiciales*) y la doctrina del procedimiento común debía volver igualmente su atención, especialmente a propósito de los juicios provocatorios, lo cual implicaba necesariamente el conocimiento de la existencia de sentencias puramente declarativas. Pero el caso más frecuente, el caso tipo de acción, era el de una acción tendiente a obtener del demandado una prestación, por lo que el tipo de la sentencia fué encarnado en aquella que acogiendo la demanda, condenaba al demandado al cumplimiento de la prestación (1). De esta concepción unilateral era causa también la opinión, por largo tiempo incontestada, de que la acción era el mismo derecho en cuanto reobra contra las violaciones, que por esto mismo el fin general del procedimiento era la realización forzosa del derecho, y el fin particular de la sentencia la preparación a la ejecución mediante un acto del juez que, previa declaración del derecho, dirigiese al demandado la orden de realizar espontáneamente la prestación bajo conminatoria de ejecución forzosa (2). Pero especialmente después de la promulgación de la ordenanza alemana de 1877, que en su párrafo 231 reconocía de ma-

(1) También en los procedimientos provocatorios del derecho común la sentencia, que era substancialmente sentencia de pura declaración, tomaba la forma de una sentencia condenatoria (*impositio silentii*) V. Weismann. Y este punto de vista no dejó de ejercer influencia en las primeras construcciones científicas de la acción y de la sentencia declaratorias. (V. nota de la página 16).

(2) Cfr. Kisch.

nera general la posibilidad de acciones puramente declarativas, la atención de la doctrina se volvió hacia aquella categoría de sentencia, que fallando sobre acción simplemente declarativa, se limitan a declarar la existencia o no existencia de una relación o de un hecho jurídico, y ni contienen orden de prestación ni implican de modo alguno la obligación de una prestación por parte del demandado. De aquí la necesidad de reconocer, juntamente con las sentencias condenatorias, una segunda categoría de sentencias, las declarativas. El estudio de las sentencias declarativas condujo a la doctrina a investigar los caracteres distintivos de la sentencia declarativa frente a la condenatoria, lo que equivalía a determinar por un lado la naturaleza y la función de la sentencia en general; por otro, la naturaleza y la función especial de las dos especies de sentencias conocidas. El problema de la naturaleza de la sentencia como tal estaba, pues, propuesto, se puede decir, por primera vez. Es natural que en esta investigación se tuviese delante como tipo, al cual toda especie de sentencia debiese en último análisis, reducir la sentencia condenatoria. Y como ya había sido observado que en la sentencia condenatoria concurren dos elementos, una declaración y una "inyunción" (1), ambas se asumieron como esenciales al concepto de sentencia, y se trató de encontrar también en la acción declarativa una pretensión que pudiese dar lugar a un orden de prestaciones contenido en la sentencia decla-

(1) Savigny, Unger, Buchka.

rativa (1). Pero esta concepción era evidentemente artificiosa, y contra ella reaccionó bien pronto la doctrina (2). Algunos autores llegaron a negar toda diferencia de función entre la sentencia condenatoria y la declarativa. "El carácter esencial de la sentencia, afirmaba Schultze, está en la declaración incontestable del derecho privado concreto. Todas las sentencias civiles son sentencias declarativas, aun la sentencia condenatoria lo es substancialmente. La sentencia condenatoria y aquella que hoy se llama sentencia declarativa se distinguen no por su esencia, no por la diversidad de la función judicial ejercitada en los dos casos, sino por la diversidad del objeto de la declaración, circunstancia accidental y, por consiguiente, indiferente para la naturaleza de la sentencia" (3). Con esto se reducía también la sentencia condenatoria a una declaración: la declaración de una pretensión y no de un hecho o de una relación jurídica (4). Pero se exageraba no viendo, aun en la sentencia condenatoria, más que una pura declaración, mientras que el elemento del mandato es innegable en ella y, como se verá más adelante sobre la base propuesta, una distinción entre sentencia declarativa y sentencia condenatoria se hace imposible. Precisamente por esto la opinión que puede decirse predominante encuentra en la

(1) Degenkolb, Plósz, Hellmann.

(2) Cfr. Wach, Weismann.

(3) Schultze, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, Berlín, 1880.

(4) La opinión de Schultze es seguida por Wach, por Kisch y por Weismann; a ella también se adhiere Kohler.

sentencia condenatoria la declaración y la “inyunción” y en la declaratoria una pura declaración (1). El elemento común a estas dos especies de sentencias es, pues, la declaración de una relación o de un hecho jurídico, el cual, por lo tanto, aparece hasta aquí como lo único esencial en el concepto de sentencia; la posibilidad de sentencias de pura declaración no sólo no pone en duda, sino que confirma de modo positivo que la declaración del derecho en los casos concretos es la función esencial de la sentencia, y que si ésta puede llenar también otras funciones, las llena por vía secundaria o accidental, o sea que en tales casos, a la sentencia como tal, va incorporado y conexo un acto de diversa naturaleza, lo que sucede precisamente en la sentencia condenatoria.

54. A dudas mucho mayores sobre la concepción general de la sentencia y sobre la naturaleza de su función esencial da lugar la determinación, hecha recientemente de modo preciso de una categoría de sentencias, cuya función sería no ya la de declarar una relación o estado jurídico preexistente, sino la de dar lugar al nacimiento de una relación o estado jurídico nuevo. Se ha observado que en algunos casos, el derecho, en vez de atribuir efectos jurídicos a condiciones de hecho existentes fuera del procedimiento, los atribuye, en cambio, por primera vez a la sentencia del juez. Esto sucede, por ejemplo, en la separación personal entre cónyuges y en el divorcio (en las legisla-

(1) Helwigg, Langheineken, Stein.

ciones que lo admiten), en la nulidad de ciertos actos y negocios jurídicos, en la revocación o resolución de otros. En tales casos "el fallo del juez no se contenta con reconocer una consecuencia jurídica ya verificada, sino que coopera a la formación de relaciones jurídicas concretas. Aquí la sentencia no comprueba lo que ya existe, sino que crea algo nuevo que antes no existía. Tiene, pues, en este sentido valor no puramente declarativo, sino constitutivo" (1). De donde una tercera categoría de sentencias, que hay que añadir a las dos ya conocidas, la de las sentencias constitutivas (2).

El mérito de haber elaborado con precisión y claridad la construcción jurídica de esta nueva categoría de sentencias corresponde a Helwigg. Este autor vincula las sentencias constitutivas a los derechos del poder judicial (*Rech-*

(1) Kisch, *Beiträge zur Urteilslehre*, págs. 10, 45 y sig.

(2) Wach hace referencias explícitas a las sentencias constitutivas; también Hoelder ("debemos distinguir de las acciones de prestación aquellas acciones, cuyo objeto en un cambio de las relaciones jurídicas existentes realizado por obra del juez") También Oekter, Kipp. Schmidt determina aún más el concepto que emplea precisamente la terminología hoy más comunmente aceptada ("en todos estos casos la decisión tiene una eficacia constitutiva").—Langheineken es el primero que hace un estudio extenso de las acciones que tienden a realizar cambios de las relaciones jurídicas o acciones de producción (*Bewirkungsklagen*) como él las llama. Después de éste la literatura sobre este punto se ha hecho copiosísima. Tienen particular importancia los escritos de Helwigg, Caupp-Stein, Kisch, Schneider, Kleinfeller. En cuanto a la doctrina italiana véase más adelante la nota 4 de la pág. 211.

te des rechtlichen Koennens) o derechos potestativos. De varios modos, dice, puede explicarse el derecho que una persona tiene al cambio de una relación jurídica ya existente. El cambio puede sobrevenir: 1o., mediante declaración unilateral y extrajudicial de la voluntad del derechohabiente; 2o., mediante una sentencia emanada de petición del derechohabiente presentada por vía de acción; 3o., mediante una declaración de voluntad del adversario, cuya expedición puede pretender la otra parte. En esta última hipótesis se trata de una pretensión a una prestación del adversario, y la sentencia que pronuncia sobre ella es una sentencia de condena (1). En los otros dos casos estamos en presencia de derechos del poder judicial, regulados de diverso modo en la forma de ejercitarlos. De ordinario, para el ejercicio de uno de estos derechos basta una declaración de voluntad del titular, la cual producirá, sin más, el cambio en el estado jurídico a que éste tiene derecho. Pero en otros casos el cambio debe ser perseguido por la vía de acción, lo que implica que la sola declaración del titular no basta, sino que es necesario también que el cambio sea ordenado por una sentencia judicial, con cuyo paso a la categoría de cosa juzgada se realiza el derecho privado al cambio del estado jurídico (2). En estos casos en que el derecho del poder judicial o derecho potestativo debe ser ejercitado por vía de acción, hay un derecho de acción que tiene por objeto la emisión de una sentencia constitu-

(1) Helwigg, *Anspruch und Klagrecht; Lehrbuch*, pág. 49

(2) Helwigg, *Lehrbuch*, pág. 237.

tiva (1). Para Helwigg "los actos jurisdiccionales, por los cuales los órganos del poder del Estado cumplen la misión del procedimiento civil, esto es, la actuación de la tutela del derecho privado, son o actos de declaración o actos de formación jurídica. Aquéllos contienen una declaración sobre la existencia o no existencia de la relación jurídica que forma objeto del juicio; los actos de formación jurídica, por el contrario, pueden alterar preexistentes condiciones de derecho civil o procesal, pueden producir nuevos efectos jurídicos, en los cuales dan vida a relaciones jurídicas, o cambian esencialmente o suprimen totalmente las ya existentes" (2). A esta segunda categoría de actos pertenecería la sentencia constitutiva, mientras que pertenecerían a la primera las varias formas de la sentencia declarativa. En contraposición a la antigua división en sentencias de declaración y de condena se crea una nueva de sentencias declarativas por una parte y sentencias constitutivas por otra (3).

55. A pesar del creciente favor con que casi sin contradicción ha sido acogida la novísima categoría de sentencias por la doctrina alemana e italiana (4) declaramos

(1) Helwigg, *Anspruch*, pág. 460; *Lehrbuch*, págs. 48, 49 y 394.

(2) Helwigg, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, pág. 1.

(3) Cfr. Kisch, *Beiträge zur Urteilslehre*, pág. 11.

(4) En cuanto a la doctrina alemana véanse las citas hechas en la nota 2 de la pág. 209. Entre los pocos que discrepan están Kohler y Weismann. En Italia el nuevo concepto ha hecho el mis-

abiertamente que así como hemos rechazado por su impropiedad técnica el concepto de una categoría de derechos, consistente en la pura facultad de producir un efecto jurídico (derechos del poder judicial o derechos potestativos), rechazamos también por impropio e infructuoso el concepto de una categoría de sentencias, cuya función no consiste en la declaración del derecho, sino en el cambio de las relaciones jurídicas existentes (sentencias constitutivas).

Indudablemente, es exacto el modo como Helwigg ha propuesto el problema. No se puede imaginar una sentencia constitutiva sino en cuanto, teniendo un particular el simple derecho a un determinado efecto jurídico, la organización jurídica no permite que este efecto se produzca sin un fallo del juez. La estrecha conexión entre el concepto de la sentencia constitutiva y la de un derecho pura-

mo rápido camino que en Alemania. Le aceptan: De Palo *Teoría del título ejecutivo*, pág. 101); Chiovenda, *La acción*, págs. 116 y 118 en nota (pero véanse las justas reservas que hace en las páginas 116 y 118 y en el texto: "también en este caso el derecho y la acción son distintos, y la sentencia no hace sino actuar derechos preexistentes y asume caracteres productivos sólo de la naturaleza del derecho que actúa"). Cammeo, *La acción del ciudadano contra la administración pública*, donde la doctrina de la sentencia constitutiva, desde el punto de vista italiano, es expuesta en una síntesis precisa y lúcida. Contra el concepto de una sentencia constitutiva se ha pronunciado, en cambio, Diana, *La jurisdicción voluntaria* (no convendremos, sin embargo, en su conclusión de que "la sentencia es siempre declarativa de derecho, aunque difiera en sus resultados": si la sentencia no tiene otra función que la declaración del derecho, su resultado no puede ser más que esta declaración).

mente potestativo, olvidada por los escritores anteriores, es innegable, y a Helwigg corresponde el mérito de haberla puesto de relieve (1). Pero esta conexión, necesaria si se quiere, en cierto modo, construir la categoría de las sentencias constitutivas, es también la prueba de la impropiedad e inexactitud del concepto. Ya notamos que un derecho subjetivo que, careciendo del elemento de la pretensión, se agota en la simple facultad de producir un determinado efecto jurídico, no es concebible, porque no es, en general, concebible, no sólo una norma jurídica, sino una norma cualquiera que establezca sólo un derecho sin el correspondiente deber. Notamos también que el pretendido derecho a un efecto jurídico no es más que una simple facultad comprendida en el derecho o en los derechos, en que este efecto jurídico se resuelve respecto a aquél, que tendría interés en su producción. El ejercicio del llamado derecho potestativo, o derecho del poder judicial, es ya ejercicio de este derecho o de estos derechos que existen, si bien latentes a un fallo del magistrado que declare previamente su existencia. No es, pues, a la sentencia a lo que en estos casos se refiere el nacimiento de la relación o del conjunto de relaciones jurídicas; éstas preexistían ya,

(1) La conexión entre el concepto de la sentencia constitutiva y el del derecho potestativo es puesta de manifiesto por Chiovenda. *La acción*, en nota: "Pero la clara sistematización de esta teoría numerosa de sentencias, y particularmente su conciliación dogmática con la naturaleza de la jurisdicción contenciosa, nos parece haberse obtenido vinculándolas con la categoría de los derechos del poder judicial o potestativo".

si bien latentes, y la sentencia, aun en este caso, no llena más función que la simplemente declarativa. La declaración judicial tiene, ciertamente, aquí una importancia particular, porque no sólo prepara la ejecución, no sólo hace incontestable la existencia de la relación, sino que es también condición, para que el titular del derecho o de los derechos en que consiste la relación, pueda ejercitar las demás facultades en ella comprendidas. Pero como el titular del derecho tiene facultades cuando quiera para obtener esta declaración y así para ejercitar el derecho, es claro que el derecho y, por consiguiente, la relación preexisten a la declaración. La circunstancia de que un derecho deba ser demostrado previamente por el juez para que el titular pueda ejercerlo, no implica que el derecho surja solamente con la emanación de la sentencia; en el campo del derecho penal es ésta una regla casi absoluta, porque el Estado no puede ejercitar su derecho de castigar como derecho sobre la persona del reo (1), si no ha intervenido una decisión judicial que demuestre la existencia en el caso concreto (2); y, sin embargo, nadie duda de que el derecho de castigar del Estado preexiste a la sentencia, y que ésta se limita a demostrarlo.

(1) Que la facultad de castigar sea un verdadero derecho subjetivo del Estado y no una simple facultad de hecho, ha sido demostrado por Rocco (Arturo), *El derecho subjetivo de castigar*, en los Estudios en honor de Vittorio Scialoja. Milán, 1904, I, página 499 y siguientes.

(2) La observación ha sido hecha ya en el capítulo I. También Bülow, *Klage und Urteil*.

56. A la misma conclusión llegamos, aun partiendo de otro punto de vista. Si la sentencia constitutiva presupone el derecho a un cambio en el estado jurídico, esto es, al nacimiento, modificación o extinción de relaciones o conjuntos de relaciones jurídicas, implica sin duda una demostración de la existencia de este derecho y de su ejercicio en el caso concreto, el cual llega con la demanda judicial, puesto que en las acciones tendientes a cambios jurídicos se tiene precisamente el ejercicio de un derecho del poder judicial "por vía de acción" (1). Pero si la decisión del juez acreditó la existencia y el ejercicio de un derecho a un determinado efecto jurídico, es evidente que el efecto jurídico que se verifica deriva del ejercicio de aquel derecho, acreditado judicialmente, y no de la declaración. En efecto: a) ¿A qué se reduciría el derecho del particular, si, por el contrario, el efecto jurídico derivase, no del ejercicio de aquel derecho, sino del fallo del juez? El derecho al efecto jurídico correspondería al juez, no ya al particular, lo que es evidentemente absurdo y contradicho por la misma construcción de la teoría, que asigna como supuesto a la sentencia constitutiva un derecho del poder judicial. b) Dado el ejercicio de un derecho a un efecto jurídico, su declaración judicial no crea el efecto jurídico, sino que declara simultáneamente el efecto jurídico sobrevenido. En los casos en que se recurre al concepto de la sentencia constitutiva, existe un derecho a un efecto jurí-

(1) Helwigg, pág. 237.

dico que, por razones de utilidad social, la organización judicial no permite sea satisfecho por espontánea sujeción del obligado, o sea, por espontáneo reconocimiento de los efectos de su ejercicio; se tiene un derecho siempre *a priori*, incierto, que necesita siempre de declaración judicial. Esta y no otra es la situación. Pero esto significa que la declaración judicial es condición para que el ejercicio del derecho al efecto jurídico produzca efecto jurídico. Desde el momento en que la declaración tiene lugar, el ejercicio del derecho produce ya el efecto jurídico, y la declaración queda siendo un elemento puramente extraño y superfluo relativamente a la producción del efecto. Solamente, habiendo acreditado la sentencia el concurso de todas las condiciones para que surja el efecto, ha acreditado también implícitamente el efecto. Pero declarar o acreditar las condiciones para que se dé un efecto determinado, jurídico, y por consiguiente, el mismo efecto jurídico no significa ser causa de este efecto jurídico. Aun partiendo del concepto, para nosotros erróneo, de que exista un derecho a un efecto jurídico distinto del derecho o de los derechos en que consiste este efecto respecto a una determinada persona, se debe negar que la sentencia que acredita la existencia y el ejercicio de aquel derecho, y por consiguiente, también el efecto jurídico, tenga una función diversa de la declaración de una relación jurídica concreta o conjunto de relaciones jurídicas.

57. La concepción de una categoría de sentencias constitutivas conduce necesariamente a negar la autonomía

substancial de la función jurisdiccional; implica en el fondo la afirmación de que la actividad jurisdiccional no tiene una característica substancial suya propia frente a las demás formas de actividad estatal, especialmente frente a la administrativa; que le falta una materia suya propia, la cual, por su naturaleza, pueda formar objeto de la actividad jurisdiccional y no de otras; que, por último, la distinción entre jurisdicción y administración es una distinción de órganos y no de funciones. En efecto, si existe una categoría de sentencias civiles que no se limitan a declarar relaciones jurídicas, sino que crean relaciones jurídicas nuevas, quiere decirse que la función jurisdiccional no tiene por misión la realización de las relaciones existentes mediante la declaración de ejecución forzosa, que no se propone acreditar la tutela jurídica correspondiente a un interés concreto, o satisfacer un interés cuya tutela jurídica sea cierta (casi todas, en las que se supone ya existente la relación jurídica), sino que, por el contrario, la misión del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional es la de crear relaciones jurídicas, o sea, de procurar, con su propia actividad, tutela jurídica a determinados intereses. Ahora bien, esto equivale precisamente a negar toda diversidad de objeto a la función judicial, frente a la administrativa, y también a la legislativa, y a volver al viejo criterio de distinción, basado únicamente en la diversidad del órgano, criterio que a su debido tiempo hemos rechazado como insuficiente e inexacto. Y que ésta es precisamente la consecuencia a que el concepto de la sentencia constitutiva

conduce, nos lo confirma indirectamente uno de los autores del concepto, Kisch, que confiesa ser, para el concepto de la sentencia constitutiva, indiferente que el efecto a que debe conducir la sentencia, pueda, de *lege ferenda*, ser obtenido también mediante un acto de la jurisdicción voluntaria; sólo, por regla general —añade—, debe darse la preferencia a la forma contenciosa, cuando se trate de una relación en la que participen por lo menos dos personas cuyos intereses estén o puedan estar en colisión, pero hay también casos en que no existen criterios esenciales para decidir si un determinado efecto debe atribuirse a la jurisdicción voluntaria más bien que a la contenciosa. Esto es la negación de todo criterio substancial de distinción entre jurisdicción voluntaria y contenciosa, o sea en último análisis, es la negación de toda característica substancial de la función jurisdiccional civil frente a las demás funciones del Estado. La verdad es, por el contrario, que en la llamada jurisdicción voluntaria tenemos realmente una intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas privadas, si bien, también aquí, el Estado interviene con un elemento puramente extrínseco, mientras el efecto jurídico se relaciona siempre con una declaración privada de voluntad. Pero en los casos en que el ejercicio de un derecho latente presupone una previa declaración judicial, toda posibilidad de una intervención del Estado en la formación de la relación está excluida por el hecho de que no solamente no hay necesidad de una declaración de voluntad del Estado para dar vida a la relación,

sino tampoco de una declaración privada de voluntad que haya de ser aprobada por el Estado. Mientras que, en materia de jurisdicción voluntaria, es necesaria siempre una declaración privada de voluntad para que la relación surja (ya preceda o subsiga al acto de intervención del Estado); en materia de declaración de derechos latentes no es necesaria ninguna declaración de voluntad privada para hacer surgir la relación, porque ésta ya ha surgido siempre sobre la base de otro hecho jurídico que no está en cuestión.

58. Por consiguiente, también la llamada sentencia constitutiva entra en el concepto general de la sentencia sentado por nosotros, como acto de declaración de una relación jurídica concreta. Ninguna diferencia de función existe entre la sentencia constitutiva y las demás especies de sentencias; lo que en ella es diverso es solamente el objeto de la decisión, o sea la relación jurídica que es acreditada como existente. Tal objeto tiene de especial, que es una relación que se podría llamar latente porque existe, antes de la sentencia, tanto que el interesado puede hacerla valer siempre que le plazca, pero tiene necesidad para su actuación voluntaria o forzada de una previa declaración judicial.

59. Otra circunstancia demuestra además que se trata de una diferencia de objeto y no de función. A medida que el estudio de las varias categorías de sentencias avanza y se profundiza, se van añadiendo otras nuevas. Y mientras los primeros estudios científicos sobre nuestro te-

ma tenían por resultado la división de las sentencias en dos categorías: sentencias condenatorias y sentencias declarativas, afirmada la existencia de una tercera categoría de sentencias: las sentencias constitutivas (y esto no por la diversidad de la función ejercida, sino por el objeto del juicio lógico), no había razón alguna para detenerse en la vía de las distinciones y subdistinciones. En efecto, Kisch añade, a las tres categorías de sentencias otras tres: las sentencias disolutivas o resolutivas (*ausloesende Urteile*); las sentencias determinativas (*festsetzende Urteile*); las sentencias que establecen el modo de prestación de los alimentos, de que trata el párrafo 1,612, núm. 1o., Código civil alemán: Tendríamos una sentencia resolutive cuando el derecho objetivo, para dar lugar a un determinado efecto jurídico combina juntamente el hecho y la sentencia; particularmente en el caso de que un hecho jurídico material carezca de algunos requisitos de validez, y sea, por tanto, incapaz de por sí para producir su efecto jurídico normal; pero la ley, por razones de utilidad, prescinde de su eficacia, mientras ésta no haya sido afirmada expresamente mediante una sentencia del juez; en este caso, el efecto jurídico preexiste a la sentencia, y ésta se limita a suprimir el obstáculo que impide hacer valer la ineficacia. Tendríamos, por el contrario, una sentencia determinativa cuando el derecho objetivo, en lugar de hacer determinar la medida de una prestación de circunstancias existentes fuera del procedimiento, deja al juez su determinación: la función de la sentencia en este caso no es la de formar una

nueva relación jurídica (como en las constitutivas) y tampoco declarar una relación jurídica ya existente completa en todos sus elementos (como en la declarativa), sino completar una relación jurídica ya existente, si bien no determinada en todos sus elementos. Por último, sería un tipo completamente especial de sentencia la del párrafo 1,612, núm. 1o., Código civil alemán, por la cual determina el juez si la prestación de los alimentos puede ser hecha de otro modo que en metálico; en este caso la función de la sentencia es la de substituir a la prestación en dinero, considerada por la ley como normal, otra prestación; se trataría, por consiguiente, según Kisch, de un caso en que el legislador de un modo consciente prevé la posibilidad de la corrección de una disposición suya y confía al juez el encargo de efectuarla mediante una sentencia.

Estas tres categorías de sentencias son ciertamente distintas, y no se puede decir que la distinción tenga por base la diversidad de naturaleza y de funciones, sino la diversidad del objeto del fallo. En las llamadas sentencias resolutivas, la relación que hay que declarar está latente; existe, a pesar del hecho o estado jurídico viciado de causas de ineficacia o ilegitimidad, precisamente por la existencia de estas causas: también aquí la sentencia tiene una pura función declarativa; sólo que la declaración cae sobre relaciones de naturaleza especial. En las sentencias determinativas, el objeto de la declaración es una relación, alguno de cuyos elementos no está aún determinado, pero está determinado según ciertas circunstancias extrínsecas,

las cuales se imponen al juez; también aquí, pues, es su misión declarar alguna cosa existente fuera de él. La gran dificultad confesada por el mismo Kisch, de distinguir sus sentencias determinativas de ciertas sentencias declarativas, en que el juez debe determinar algún elemento de la relación, basándose en datos preestablecidos, prueba de que teórica y prácticamente es imposible una distinción entre los dos casos. Como tampoco en la llamada sentencia determinativa se opera la determinación según el libre arbitrio del juez, sino según su apreciación justa y equitativa (1), también aquí tenemos una declaración, sino que la declaración no se hace según una norma precisa de la ley, sino según la equidad, esto es, según el derecho del caso singular, por consiguiente, siempre según alguna cosa que existe fuera del juez y preexiste al procedimiento y a la sentencia (2). Por último, en cuanto a la sentencia del párrafo 1,612 del Código civil alemán, diremos que no tiene de particular más que el objeto, o sea la relación, sobre la cual versa, que es una obligación, que puede llegar a ser facultativa, cuando concurren razones especiales que justifiquen esta transformación, razones que se demostrarán

(1) V. el mismo Kisch, *Beitraege*, pág. 124.

(2) También hay en el derecho italiano casos en que el juez puede decidir según las circunstancias (artículos 144, 145, 154, 516, 544, 569, 574, 578, 656, 681 y 1.173 del Código Civil); y también en lo que se refiere a estos casos se debe repetir que los elementos, basándose en los cuales el juez haya de emitir su juicio, preexisten a la sentencia, la cual, por tanto, tampoco tiene aquí un valor constitutivo, sino declarativo.

mediante un fallo del juez; la sentencia, pues, por sí misma, aun en este caso, cumple una función simplemente acreditativa. En el caso análogo del art. 145 del Código civil italiano, tenemos, en cambio, una obligación alternativa, que puede llegar a ser simple, cuando las circunstancias del caso, aún acreditadas judicialmente, lo justifiquen.

Estas ulteriores distinciones de las sentencias están todas justificadas, si se toma como criterio distintivo la relación sobre que versan, pero son injustificadas desde el punto de vista de la función que realizan, la cual es, en todos los casos, la misma: una función declarativa del derecho en el caso concreto. Luego, desde el punto de vista del objeto, las distinciones y subdistinciones pueden multiplicarse hasta lo infinito, porque es infinita la variedad de las relaciones que pueden constituir el objeto de una sentencia. La misma facilidad con que se van encontrando nuevas categorías de sentencias, demuestra que estamos precisamente en este campo y no en el de las funciones que la sentencia, como tal, realiza.

60. La prueba de la exactitud de cuanto hasta aquí hemos dicho nos la da el hecho de que cuando se ha querido ver en el sistema de nuestro derecho positivo (que más particularmente nos interesa) una sentencia constitutiva, en realidad la sentencia ejerce una función declarativa de una relación o estado jurídico existente, y no crea nunca relaciones o estados jurídicos nuevos (1).

(1) En este caso tendremos presente de un modo particular,

Desembaracemos ante todo el terreno de algunos casos en que no sólo no se trata de sentencias constitutivas, sino ni siquiera de sentencias, porque nos encontramos, por el contrario, frente a actos del juez en el ejercicio de la llamada jurisdicción voluntaria (1); así en los casos del artículo 67 del Código civil (autorización al hijo, para contraer matrimonio, en la hipótesis de irracional disenso de los padres, del consejo de familia o de la tutela), 136 (autorización a la mujer para realizar los actos de que trata el artículo 134, en caso de irracional disenso del marido, de oposición de intereses, de separación por culpa de la mujer, o de ambos cónyuges, o por mutuo consentimiento).

Hay que excluir también del número de las sentencias constitutivas, aun según la misma doctrina alemana más reciente, las sentencias de condena a la prestación de una declaración de voluntad, aún admitiendo, como en el derecho alemán, que la sentencia baste a ocupar el lugar de la declaración de voluntad (2). En este caso tenemos una

el Tratado de Cammeo, *La acción del ciudadano*, pág. 38 y siguientes, que es el único escritor que estudia el problema de la distinción de las sentencias en constitutivas, condenatorias y declarativas, especialmente desde el punto de vista del derecho positivo italiano.

(1) Cfr. Cammeo, loc. cit., pág. 40, nota 5.

(2) La doctrina alemana menos reciente enumeraba entre las sentencias constitutivas la del pfo. 779 (hoy 894) de la Ordenanza procesal (condena a la prestación de una declaración de voluntad); así Kipp, Schmidt, Langheineken. En la literatura más reciente, en cambio, prevalece la opinión contraria, esto

simple sentencia condenatoria: el efecto particular que produce, según el párrafo 894 de la ordenanza alemana (la declaración de voluntad se tiene por prestada al adquirir la sentencia fuerza de cosa juzgada), no es más que una forma particular de ejecución. Para esta especie de sentencia la ejecución forzosa no consiste en un acto exterior del órgano ejecutivo, porque tal acto no es necesario, bastando para el fin de la ejecución una ficción por la cual la declaración de voluntad se tiene por prestada.

Los demás ejemplos de sentencias constitutivas aducidos se pueden agrupar del siguiente modo:

a) Sentencias que revocan asuntos jurídicos (ejemplo: artículo 1,235, Cód. civ.; 708, y 709, Cód. com.);

b) Sentencias que anulan actos o negocios jurídicos (ejemplo: artículos 105, 1,038, 1,300, Cód. civ.; 163 y 842 del Código de Comercio);

c) Sentencias que resuelven o rescinden negocios jurídicos (ejemplo: artículos 1,165, 1,308, 1,441 y 1,442 del Código civil; 99 y 843, Cód. com.);

d) Sentencias que hacen desaparecer algunos particulares efectos de actos o negocios jurídicos (ejemplo: artículos 148 y 1,418, Cód. civ.);

e) Sentencias que atribuyen a alguno, ciertos derechos a que éste tenía derecho, o producen la resolución o

es, la de que la sentencia del pfo. 894 (hoy 779) no es una sentencia constitutiva, sino una sentencia condenatoria, que presenta algunas particularidades sólo respecto a la ejecución. V. Falkmann, Helwigg, Kisch y Weismann.

la modificación de una relación jurídica a que alguno también tenía derecho (ejemplo: artículos 516, 555, 556, 593, 598, 600 y 603, 681, ult. pfo., 1,264, 1,617; 1,884; 2,024 y siguientes y 2,059, Cód. civ.).

Pero en todos estos casos y en otros semejantes que podríamos enumerar, la sentencia no tiene una función distinta de la que le hemos asignado como esencial: la declaración de relaciones jurídicas concretas. En los casos *a*, *b*, *c*, *d*, se trata de negocios o, en general, de actos jurídicos, los cuales, o por causas originarias o inherentes al acto mismo, o por causas que sobrevienen, son total o parcialmente, absoluta o relativamente, incapaces de producir los efectos jurídicos que se les atribuye normalmente: la sentencia no hace más que declarar esta incapacidad, y con ella la existencia de derechos latentes, cuya existencia, si bien precaria, impedía formalmente el ejercicio de aquellos actos. En los casos *e*, la posición es análoga: tampoco en ellos se trata de constituir nada nuevo, sino de declarar algo ya preexistente. De los casos allí enumerados algunos se refieren a derechos latentes, cuyo ejercicio depende de la simple voluntad del titular, y que por esto se presentan al juez después de la demanda judicial, no sólo como preexistentes, sino como actuales y perfectos (ejemplo: artículos 555, 556, 593, 598 y 600, Cód. civ.). Otros casos se refieren a derechos latentes, cuyo ejercicio está subordinado a una previa declaración de voluntad del titular para acreditarse judicialmente; aquí la sentencia acreditando la declaración, acredita el derecho (ejemplo: ar-

títulos 1,617, 1,884 y 2,059, Cód. civ.). Otros casos, por último, se refieren a derechos latentes que encuentran obstáculos en su ejercicio en un estado de derecho que puede hacerse cesar o modificar por declaración de voluntad del titular, que también debe acreditarse judicialmente (ejemplo: artículos 516, 2,024 y sig., Cód. civ.); aquí también la sentencia, al acreditar la existencia de las condiciones para la cesación o modificación del estado jurídico, acredita la existencia de aquellos derechos.

Queda así probado una vez más que las particularidades de las llamadas sentencias constitutivas se refieren al objeto, no a la función de la sentencia.