

§ 2

El proceso civil y su destino

Concepto del proceso civil (1). — Para la consecución o para el mejor goce de un bien garantizado por la ley necesítase la actuación de ésta mediante los órganos del Estado, esto da lugar a un *proceso civil*, así como el proceso penal aparece en el campo en que es afirmada la necesidad de una actividad unitiva del Estado.

Concíbese también una organización política en la que se confiera a los individuos proveer con sus fuerzas propias, sea a la propia conservación sea a realizar sus naturales tendencias a los bienes de la vida contra los demás hombres. Pero también en los pueblos primitivos el poder público interviene en esta lucha para regular sus formas exteriores o para declarar si los bienes a que aspira el iniciador de la lucha le son debidos. La contienda material deviene sin contienda jurídica. Abundan en los procesos antiguos las formas simbólicas que recuerdan las luchas materiales y encontramos, tanto en el famoso decreto de Marco Aurelio (2), como en leyes antiquísimas (por ejemplo en las de Ammurabi) (3). En cuanto a las nuestras, castigan lo que vulgarmente se llama «tomar la justicia por la mano» (Código penal, art. 235 y 236).

Por excepción permite la ley al individuo proveer a la conservación o a la consecución de un bien jurídico, realizando actos que normalmente se prohíben; así es lícito cortar las raíces que del fundo *ajeno* penetran en el nuestro (Código civil, artículo 582); entrar en la finca *ajena* para seguir un enjambre de abejas (Código civil, art. 713); cazar aves *ajenas* cuando dañan nuestro

(1) WACH, Handbuch, I p. 1 y sigs.

(2) L. 13. Dig. *quod metus causa*, 4, 2; «quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possiderè vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse; *jus crediti non habebit*».

(3) Cap. 113 ed. WINKLER.

fundo (Código penal, art. 429); retener la cosa ajena para conseguir el pago de ciertos créditos (Código civil, art. 1863). En general es lícito cualquier acto realizado:

a) Por la necesidad de *rechazar* para sí o para otros *una violencia actual e injusta legítima defensa* (Código penal, art. 49 número 2).

b) Por la necesidad de salvarse o de salvar a otro de un peligro *grave e inminente* en la persona, del cual no es causa voluntaria y que no puede evitarse de otra manera (*estado de necesidad*, Código penal, art. 49, núm. 3); en la doctrina y en la práctica esta facultad se extiende a algunos actos de defensa de las cosas, y en el Código civil germánico se admite en general paratodo acto análogamente razonable, incluso la detención privada del deudor sospechoso de fuga, cuando la urgencia del caso no permita acudir a la autoridad (§ 229) (1).

De igual manera se permite al acreedor el uso de ciertos medios de coacción moral contra el deudor, como en una sociedad la exclusión de socios morosos, la publicación de los nombres de los deudores insolventes, cuando de tales medidas no se abuse, constituyense también asociaciones que tienen por finalidad asumir por cuenta propia los pleitos de los socios; la misma existencia de estos organismos ejerce funciones de coacción moral sobre los deudores de mala fe.

El Estado moderno, pues, considera como función esencial y propia del juez la administración de justicia. Sólo el puede aplicar la ley al caso concreto, y este poder llámase «jurisdicción». A esto atiende con órganos adecuados (jurisdiccionales) los más importantes de los cuales son los jueces (autoridad judicial), ante ellos debe formular su demanda quien desee hacer valer en juicio un derecho (Código procesal civil, art. 35). Deber de los jueces es afirmar y actuar la voluntad de la ley que *consideren* existente como voluntad concreta, dados los hechos que ellos *estimen* existentes.

La relación contraria que la historia ofrece entre el desarrollo de los organismos jurisdiccionales y la importancia de la autodefensa no debe hacernos pensar en una especie de contrato entre los poderes públicos y el particular, en virtud del cual este renuncia a su libertad de reacción contra la perturbación jurídica para

(1) Sobre esta materia, GALANTE, *La tutela giuridica*, Nápoles 1904.

que el Estado asuma en correspondencia su defensa. Ni siquiera debe creerse que la defensa jurídica que el particular realiza por sí sea la misma que la que tiene lugar en el proceso. Puede ser igual el resultado económico, pero ambas cosas son muy diferentes. En el proceso desarrollan una función pública y esta es la *actuación de la ley*, o sea, del derecho en sentido objetivo (1).

Este es el fin del proceso, no la *defensa* de derechos subjetivos como muchos afirman (2). En primer lugar, no siempre se encontraría en el proceso el derecho subjetivo a defender, por ejemplo, cuando la sentencia rechaza la demanda; pero, además, si el derecho subjetivo no es sinó la expectación de un bien garantizada por el Estado, el titular del derecho que se dirige al Estado, no pide una cosa que afirma tener, ya la *garantía* de su expectación, sinó la *actuación* de esta garantía que es la ley (3).

(1) De acuerdo REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, 1911 p. 33 y siguientes, el cual *unicamente* observa que es inexacto hablar de actuación «de ley» mejor que «de derecho». Prefiero la primera expresión porque al mismo tiempo que se aproxima más al lenguaje común (en el uso generalísimo en que decimos, por ejemplo, «la ley es igual para todos») evita toda suerte de equívocos entre derecho objetivo y subjetivo.

(2) Esta concepción del proceso hállase estrechamente ligada a nuestro concepto de acción y al de WACH (v. antes p. 60 y 69). Uno de los grandes progresos de la moderna doctrina procesal es, precisamente, haber tratado—y el mérito corresponde a los escritores alemanes—el proceso como organismo *general* de actuación DE LA LEY NO DE LAS OBLIGACIONES y correlativamente la acción como medio de obtener en el proceso la *actuación de la ley*; esta manera de concebir el proceso y la acción ha demostrado mejor la autonomía de los problemas procesales, y ha contribuido a evitar que se resuelvan con elementos de derecho sustancial.

(3) V. *Azione nel sistema dei diritti* cit, p. 4 y las allí citadas. Añádase, para esta concepción objetiva del fin procesal: ROCCO, *Sentenza civile*, cit. p. 27 y siguientes; BUNSEN, *Prozessrechtsgeschäfte (negocios jurídicos procesales)*, en la rev. para el proc. civ. al. vol. 35 (1906) p. 402. Para el proceso penal, LANZA V. *La querela e il suo valore processuale* cit. p. 201; MIRTO, *Intorno all'oblazione volontaria*, en el *Supl. Rivista pen.* XX, fasc. IV. Por otra parte esta es una de las cuestiones más estudiadas en los últimos años, pero muchos han hecho de ella una cuestión de sutileza, jurídica sin penetrar en la importancia fundamental. Equivocadamente GRISPIGNI, *La natura giuridica dei provvedimenti relativi alle persone penalmente irresponsabili*, en la *Rivista di dir. e proc. penale*, p. 28 del extracto,

A lo cual no se opone, como nos objeta SIMONCELLI, el hecho de que el proceso civil se inicia solo a instancia de parte *interesada* y no de oficio (1). Una cosa es la *naturaleza* de una función y otra el interés en su desarrollo *en el caso concreto*. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular, pero esto no priva que lo que él pide sea la actuación de la ley; del mismo modo que—haciendo una comparación vulgar—si yo adquiero una cosa en el comercio, satisfago mi interés, pero el acto del comerciante, en sí mismo, no se encamina a este fin, si no a los fines generales de su comercio.

La actuación de la ley es el fin *constante* del proceso. Sea fundada o infundada la demanda del actor, la sentencia que la acepta o que la rechaza es siempre actuación de la ley, esto es, afirmación de una voluntad *positiva* o *negativa* de la ley. El proceso no sirve a una parte o a la otra; sirve a quien tiene razón, según el criterio del juez.

La actuación de la ley puede realizarse en dos *estadios o fases* procesales diversos: de declaración (o de reconocimiento) y de *ejecución forzosa*, en el último de los cuales el Estado, o se vale de medidas que actúan sobre la voluntad del obligado para inducirlo a conformarse con la voluntad de la ley, o se subroga en su actividad dando directamente al interesado los bienes que la ley le garantiza. A veces basta el primero (acción de declaración) otras se pasa directamente al segundo (teniendo por base títulos ejecutivos diferentes de la sentencia) otras se agotan ambos estadios. En este último caso el de declaración se presenta como una preparación del de ejecución que no otra cosa fué en sus remotos orígenes históricos.

Pero también cuando la declaración se mantiene sustantiva esto es, se sostiene única actuación de ley. DEGENKOLB ha suscitado dudas recientemente sobre nuestro concepto: no encuentra actuación de ley más que en la ejecución forzosa (2). Pero así como la *anterior* expresión de una voluntad privada en cuanto es nece-

considera esta cuestión como «académica y bizantina». En cuanto al problema de si existe jurisdicción de *mero derecho* objetivo es otra cuestión a tratar más adelante §§ 13, 16.

(1) *Lezioni*, 1903, 1904, cit. p. 8.

(2) *La contesa sul concetto d'azione*, cit. pág. 77.

saría para la actuación de esta, es ya parte del procedimiento de su actuación, con mayor razón, la afirmación de una voluntad concreta de la ley por órganos públicos que la hacen cierta e indiscutible, es una forma de actuación de la ley, la cual por el solo hecho de haberse hecho indiscutible adquiere una fuerza mayor; de aquí que frecuentemente el deudor inclínase a cumplir la obligación por la sola fuerza de la declaración (1).

Es característica del proceso la presencia de un órgano público (juez, funcionario judicial). Esta nos apercibe de que la sentencia obliga como un acto de voluntad pública, independientemente de su justicia intrínseca y del consentimiento de las partes. La presencia del funcionario público distingue el proceso del *arbitraje* el cual solo se convierte en figura procesal cuando la sentencia privada es sometida a convalidación por parte del funcionario público (Cód. proc. civ. art. 24); por esto el arbitraje se encuentra regulado también por el derecho procesal (Cód. proc. civ. art. 8 y siguientes). Frente al proceso civil tenemos la institución de la *conciliación* en la cual si bien interviene un funcionario público (conciliador) no lo hace para decidir la controversia, sino para intentar la conciliación a instancia de una parte (Cód. proc. civ. art. 1 y siguientes).

En nuestra organización es regla general que en el proceso civil pueda pedirse la actuación de *cualquiera* ley que garantice un bien, sea frente a los particulares o al Estado (2). En otras leyes (Alemania) pertenecen al proceso civil las contiendas de *derecho privado*, y a la jurisdicción administrativa, las de *derecho público*. Como también en Italia existen jurisdicciones especiales ya de *derecho público* ya privado, debiendo señalar los límites del proceso civil, no podemos nosotros tener en cuenta la *materia*, sino solo

(1) LABAND *Staatsrecht des deutschen Reichs* (Dcho. público del imperio alemán), vol. III (4.ª ed.) p. 352 y sigs: REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, cit. p. 38 nota.

(2) Art. 2, L. 20 Marzo 1865, del *E* sobre lo contencioso administrativo; «Son remisibles a la jurisdicción ordinaria todas las causas por «contravención» y todas las materias *en las cuales se haga cuestión de un derecho civil o político*, de cualquier modo que en ellas *pueda estar interesada la administración pública* y aunque hayan producido providencias del poder ejecutivo o de la autoridad administrativa.

los *órganos* que en él intervienen, considerándolo como el campo de actividad de la jurisdicción *ordinaria*.

El proceso civil es el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria (1).

II. *Otras maneras de entender el fin del proceso civil (2).*— Algunas concepciones que prevalecieron en tiempos pasados son ciertamente unilaterales. Así cuando se afirma que el proceso es un modo de definir las controversias; y sabido es que puede haber definiciones de controversias ajenas al proceso (arbitraje) y puede haber proceso sin controversias (juicios en rebeldía; reconocimiento inmediato por parte del demandado) y sin definición de controversia (ejecución fundada en títulos diferentes de la sentencia). Lo mismo cuando se dice que el proceso es un medio de coacción para el cumplimiento de los deberes, ya que puede darse proceso sin coacción alguna (sentencia rechazando la demanda.) Y, en fin, estimar que el proceso es un modo de dirimir conflictos de voluntad o de actividad, es no concretar exactamente el proceso, porque tales conflictos se dirimen también fuera del proceso (agente que impide robar a un ladrón, Alcalde que ordena la demolición de una obra que se opone a los reglamentos municipales).

Todas estas concepciones refiérense, más o menos directamente a la idea de la actuación de la ley. Opónese, en cambio, a esta idea la teoría que ve el fin del proceso de conocimiento y la misión del juez, no en la *actuación* de la ley, sino en su *determinación* o, dicese a veces, en su *producción*; y por esto niega que el proceso se halle subordinado al derecho sustancial, es decir, que se encuentre en relación de medio a fin sino que lo pone sobre el derecho mismo. Y como la actividad del juez se dirige ya a la de-

(1) Es sustancialmente el concepto de WACH, *Manual*, p. 1 y sigs.

(2) Para lo que sigue, v. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, 1904 p. 27 y sigs.; ROCCO, *La sentenza civile*, 1906, p. 132 y siguientes; ZITELMANN, *Lücken im Recht* (lagunas en el derecho) 1903; KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, 1903, p. 25 y sigs.; HELLWIG, II y 163 y siguientes; PAGENSTECHER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905 p. 29-45.

terminación de las normas *abstractas* (cuestiones de *derecho*) ya a la determinación de los hechos respecto las cuales se aplica la norma, o sea deviene *concreta* (cuestión de *hecho*), esta teoría se subdivide en varias proposiciones, unas referentes a la determinación del *derecho*, otras a la del *hecho*.

1.º *Determinación del derecho*.—Esta parte de la teoría fué particularmente desarrollada por BÜLOW (1), con cuya opinión guarda estrecha afinidad la doctrina de una moderna escuela francesa (2). La teoría de BÜLOW puede resumirse así: El oficio del juez se realiza a base de una relación lógica, pero no se reduce a un simple silogismo. La sentencia, como voluntad concreta, diferenciase de la ley y obliga con fuerza mayor a la de una simple norma abstracta. Un puro juicio lógico puede hacerse también por el particular, pero el particular no puede *sentenciar* ni *condenar*. Si el deber del juez se redujese a declarar la ley, la misión de la ciencia jurídica limitaría al conocimiento de las normas ya contenidas en la ley, y precisamente el mismo florecimiento de la ciencia jurídica demuestra lo contrario. Históricamente aparece el juez libre en su juicio, si bien regido por el sentido jurídico común o por la costumbre y la obra de los jueces va lentamente formando la legislación. Las *disputationes fori*, respecto de las XII Tablas; el

(1) *Gesetz und Richteramt (La ley y el oficio del juez)* Leipzig, 1885; *Gesändnissrecht (La confesión)* 1899 p. 130 y sigs.; *Heiteren und ernsten Betrachtungen über die Rechtswissenschaft (Consideraciones jocosas y serias sobre la ciencia del derecho)*, 1901; *Klage und Urteil (Demanda y sentencia)* cit., V. también MENGES *Sist. de der. proc.* p. 119 n 3; RÜMELIN E., *Werturteile und Willensentscheidungen*, 1891; STAMMLER, *Zur Lehre von dem richtigen Rechte*, 1903.

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. I, pref, p. IX; GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* París, 1899; ESMEIN, *La doctrine et la jurisprudence* (Revue trimestrielle de droit civil), 1902; SALEILLES, *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse* (Revue internationale de enseignement), 1902 reproducido en parte en la Revista la «*Corte de Appello*» de Nápoles 1903 con el título *I fattori di interpretazioni giuridica*; SALEILLES, *Méthode historique et codificación* (en los documentos del Congreso histórico, Roma, 1904, vol. IX, p. 3 y sigt.) V. también sobre el particular VANDER EYCKEN *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, 1906; DEGNI, *L'interpretazione della legge*, 1909, y los cit. más adelante.

jus honorarium, el mismo oficio jurídico de los emperadores romanos, las funciones de los regidores y el fenómeno de la introducción del derecho en Alemania, gracias principalmente a los jueces, lo demostrarían, pero también el juez moderno está llamado a *producir* derecho cuantas veces interviene juzgando casos no previstos por la ley, particularmente aquéllos nacidos por consecuencia de invenciones o descubrimientos; y también cuantas veces se encuentre frente a un problema jurídico, especialmente a la cuestión de si un cierto hecho se halla comprendido entre los determinados por la ley; como cuando elige entre más de una norma, o la ley es obscura o equívoca; la ley no es más que una indicación que señala como debe ser organizado el sistema jurídico. En ella las partes interesadas encuentran la norma que les compete. Si la ley es obscura o si el sentido jurídico de los particulares es insuficiente, interviene el juez dando la norma en nombre del Estado.

En cuanto a los antecedentes históricos en que se funda esta doctrina, es cierto que el pretor en Roma tuvo poder *casi legislativo*, sobre todo porque concedía fórmulas, incluso contra el derecho civil (*corrigendi juris civilis gratia*) y porque la fórmula concedida para un caso concreto entraba a formar parte del conjunto de las leyes.

Por lo demás, conviene distinguir la interpretación del derecho de la posición del juez en el proceso. En un país de escasa legislación escrita, el oficio del juez se acerca al del legislador en el sentido de que frecuentemente aplica al caso particular una norma primero no escrita y que seguramente por esta razón no goza del indiscutible reconocimiento universal que es propio de las leyes escritas, pero el juez en este caso no *encuentra* la norma a capricho, sino que la halla en el conocimiento que tiene del derecho consuetudinario o en la propia conciencia jurídica, en cuanto se siente acorde con la conciencia general; de todas maneras es un *formulador* de derecho existente (1) no otra cosa son los regidores alemanes. En el derecho moderno, la afinidad aparente entre el oficio del juez y del legislador desaparece, sea por el principio de separación de poderes, aplicación del cual es el art. 73 de nuestro Estatuto («la interpretación de las leyes, obligatoria para todos, corresponde *exclusivamente* al poder legisla-

(1) FADDA y BENZA, sobre *Windscheid*, I, p. 681.

tivo») ya por el gran número de leyes que detalladamente regulan las relaciones jurídicas.

Pero, por detallistas que las leyes sean, no pueden regular más que casos *abstractos* y ni siquiera pueden prever *todos* los posibles, aunque pueda decirse que la ley *no tiene lagunas* y que encierra *potencialmente* la norma para cada caso, por lo menos bajo la apariencia de norma *negativa* para todos los casos que no pueden someterse a una norma positiva (1), es cierto que la ley hace concesiones a la obra especializada del juez. Esta puede comprender dos actividades, respecto siempre de la cuestión de derecho:

a) La afirmación de una norma abstracta, frente a la relación real que la *hizo* devenir *concreta*. Esta actividad es constante, aún en los procesos más sencillos. Considerada en sí mismo, esta actividad puede llamarse *determinación* del derecho, como la sentencia puede llamarse *lex specialis*; pero con esto, sólo debe entenderse que la ley actúa en el caso determinado, no que la ley *deviene* concreta por intervención del juez, puesto que el juez no hace más que afirmar la norma abstracta como norma ya *devenida* concreta antes del proceso.

b) Pero se dice que el juez *determina* el derecho por lo menos en los casos en que existe una *cuestión* jurídica, en especial porque el caso jurídico considerado en abstracto sea nuevo, o porque la norma sea dudosa, o porque falte una norma expresa. Habría, pues, casos en los cuales el juez sería simple *ejecutor* del derecho, otros en que sería *creador* del derecho. Esto no puede aceptarse y se opone: a) a la idea que tenemos del oficio del juez como de un oficio único; b) en segundo lugar al hecho de que el derecho no tiene importancia sólo en el proceso; antes bien los derechos que devienen objeto del pleito son raras excepciones respecto a la innumerable cifra de derechos que nacen, viven, son reconocidos y satisfechos en la vida práctica, independientemente de todo pleito; y también todos estos derechos existen aun faltando la norma expresa de la ley y es necesario reconstruirla con la interpretación; mil dudas jurídicas son resueltas diariamente por los consultores legales; c) en fin, perentoriamente a nuestra ley la

(1) V. DONATI, *Le lacune nell ordinamento giuridico*, 1910, p. 36 y sgs. (voluntad con contenido negativo).

cual abre el proceso solo a quien afirma un derecho existente *que hacer valer* (Cód. proc. civ. art. 35) y que sobre los diferentes órganos judiciales pone la casación para mantener la *exacta observancia* de la ley (L. org. priv. art. 122) (1). Pero en realidad el juez no es creador de derecho ni aun cuando resulta dudosa la existencia de la norma abstracta; para declararla nuestro juez debe acudir a la analogía o a los principios generales de derecho (Código civ. art. 3. disp. prel.); y una y otras existen antes de la sentencia y son afirmadas existentes como ley por el juez.

Es verdad que la interpretación de la ley puede entenderse más o menos ampliamente. Desde hace mucho tiempo viene discutiéndose si debe rebuscarse el pensamiento del *legislador* o el de la *ley*, tal como resulta de su expresión objetivamente considerada: de aquí la diversa manera de apreciar los trabajos preliminares como medio de interpretación (2). Los trabajos preliminares tienen siempre esta importancia: la opinión de los compiladores es muy probable que haya devenido pensamiento de la ley, más o menos, según que se trate de relaciones o discusiones: en cada caso ha de investigarse si aquella probabilidad ha tenido efecto. Pero cuando se habla de *interpretación* admítase en la ley un pensamiento que el juez no hace sino aplicar. Sin embargo, la cuestión hoy se presenta con caracteres de mayor gravedad, ¿debe investigarse el pensamiento de la ley en el tiempo en que fué hecha o en el instante en que se examina, teniendo en cuenta el cambio habido en las condiciones económicas y sociales y en las doctrinas dominantes? La interpretación histórica ¿debe

(1) WACH en la *Rev. para el proc. al.* vol. 32, pág. 10 y HELLWIG, II, pág. 168 objetan a BÜLOW que su teoría conduciría a la consecuencia de sostener que no existe derecho, sino por acuerdo de las partes o en virtud de sentencia. Parecidas objeciones le hemos hecho también a Bülow en *L'Azione nel sistema dei diritti* cit. pág. 128. Nuestro MORTARA. *Commentario* II, n.º 420 y sgs. partiendo de ideas análogas a las que sostiene BÜLOW llega explícitamente a aquella conclusión. Sobre esto *Azione nel sistema dei diritti* cit. p. 59 y sgs. HELLWIG objeta, aún, II p. 168, nota 25 que partiendo del concepto de BÜLOW se puede concluir afirmando que el juez da normas jurídicas con carácter retroactivo: y es precisamente lo que termina sosteniendo MORTARA, II, n.º 424 al fin.

(2) FILOMUSI-GUELFI, § 38; MORTARA, *Comm.* I n. 75; SIMONCELLI *Lezioni* cit. § 10; HELLWIG, II p. 169 y sgs.

estancarse en el día en que la ley fué formulada: o debe adaptarse a las exigencias cambiadas? Basta observar que el que quiera aceptar el segundo método, que se llama de *adaptación histórica* y que, además, no puede nunca aplicarse *contra* la ley, sino solo en caso de duda o de falta de norma precisa (1) no puede deducir de ahí que el *juez* sea un creador de la ley. La interpretación es obra de la doctrina, no del juez: y si la interpretación debe considerarse como fuente del derecho, es evidente que el juez no hace más *que formularla*. En la doctrina de BÜLOW ocúltese un equívoco, que nace del hecho de que el juez moderno es al mismo tiempo un jurisperito: como tal *contribuye* a la interpretación, pero como juez *actúa* la ley según la interpretación que su cultura le sugiere, y precisamente la tendencia más autorizada en el método de adaptación histórica quiere que la función del juez esté preparada para cualquier hipótesis nueva en la ciencia jurídica (2).

(1) En realidad el método histórico, considerado como método de adaptación jurídica, exige el *respeto absoluto de las soluciones* positivas reglamentadas por un texto cierto cuyo sentido no ofrezca dudas; pero para todos los casos en que la duda exista e igualmente para aquellos en que el texto es defectuoso, atribuye al juez una misión social muy alta que consiste en rebuscar, no en un sistema de justicia ideal, sino en la objetividad de las realidades económicas y sociales, las creaciones jurídicas susceptibles de adaptarse a la totalidad de la ley y a solicitar, al mismo tiempo, la adaptación de la ley a su nueva fórmula científica, en vista de la utilidad social y del progreso de la idea de justicia. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, cit. p. 21.

(2) Mais ce rôle du juge ne peut s'exercer d'emblée et spontanément sans antre préparation générale. S'il est seul a pourvoir á ces nécessités, d'adaptation sociale il risque fort á côté d'une justice excellente, *de faire beaucoup de justice arbitraire*. Cette fonction de caractère historique dus juge, n'est possible que si elle est préparée par une puissante, longue et abondante doctrine scientifique, sur la base de l'histoire. *Ce que les historiens déterministes attendent [du juge, c'est le juge, au contraire qui doit l'attendre des jurisconsultes historiens*. SALEILLES-1 cit. Existen normas y series de normas jurídicas dictadas al juez por la doctrina. Así parte de las que hallaremos más adelante sobre el gravamen de la prueba (§ 55), sobre la iniciativa de las partes y del juez (§ 47) sobre la excepción (§ 11) y otras. Es al mismo tiempo innegable que, conceptos representados por una cierta palabra pueden modificarse en la práctica jurídica (así el

Cierto que el nuevo código civil suizo, siguiendo las modernas tendencias dice «En l'absence d'un texte légal applicable le juge prononce selon le droit coutumier, et en l'absence d'un droit coutumier, suivant la doctrine et la jurisprudence. A défaut de ces sources, il appliquera les règles *qu'il edicterait, s'il avait a faire office de législateur*» (art. 1) y los *motivos* del proyecto lo explican: La seule direction que la loi puisse alors lui fournir c'est qu'il ne doit pas statuer arbitrairement, sous l'influence de circonstances momentanées, pitié, indignation, animosité personnelle, mais agir comme si, faisant office de législateur, il avait a edicter une règle *pour l'appliquer* ensuite a l'espèce qui lui est deferée. Il prononce en se fondant non sur une loi qui serait absolument complete, *mais sur le droit qui doit l'etre*, et il cree lui meme la norme qu'il estimerait juste et sage, *dans le cadre de l'ordre juridique existant...* (1)

Pero de todas maneras, diferente este principio del de nuestra ley, aun no ha sido contrastado por la práctica, única que podrá garantizar que no sea peligroso. Observamos únicamente, que si bien radical en apariencia no puede menos de reproducir el dualismo entre jurisperito —«vicelegislador» para *el caso concreto*— y juez. No se reconoce aquí al *juez* un nuevo oficio sino todo lo más una fuente nueva de derecho, un derecho ni escrito ni contenido en el escrito, un derecho en *estado inorgánico* que el juez ha de reconocer y aplicar: el peligro está en la indeterminación de esta fuente puesto que si hasta la aplicación de normas evidentes puede resultar defectuosa dejada en manos de un juez inculto o de

concepto de cosa, de culpa, de persona jurídica, etc.) Lo cual explica cómo una misma norma puede recibir en diferentes tiempos distintas interpretaciones. Ni siquiera es negable que estas modificaciones de la práctica puedan ser determinadas también por la necesidad de corregir un derecho deficiente. Es una obra inconsciente del tiempo que es necesario limitarse a constatar como hecho, ni puede de cualquier modo considerarse una función del juez.

(1) HUBER *Exposé des motifs* etc., Berna, 1902, p. 31; GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Berna, 1908, y sobre esto WIELAND, en la *Rheinische Zeitschrift*, I (909, página 583 y sgs; RÜMELIN, *Das neue Schweiz Zivilgesetzbuch and seine Bedeutung für uns*, Tübingen, 1908; SCHMIDT, *Die Richtervereine*, 1911 página 73.

mala fé ¿qué ocurriría con la aplicación de normas tan inciertas y elásticas como aquellas que el juez estaría autorizado a desenvolver por su exclusivo y propio criterio?

Más peligrosas aun son algunas doctrinas recientes inspiradas en el principio de la mayor libertad del juzgador (escuela llamada del *derecho libre*), y que exageran esta libertad hasta las facultades de corrección de la ley (1)

(1) EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (Libre Judicatura y libre ciencia del derecho)*, 1903; RUMPF, en los *Jahrbücher de Ihering*, vol. 49, p. 404 y sgs; STAMPÉ, en *Deutsche Juristenzeitung*, (5 noviembre 1903 p. 1017 y sgs; GNAEUS, FLAVIUS (MAX KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, (trad. it. MAJETTI) a los cuales se adhiere en Italia GALDI en la *Rivista giuridica e sociale*, 1906, página 493. Desde la publicación de las dos primeras ediciones de estos «Principii» los escritos en pro y en contra de este movimiento en favor del derecho libre (*Freirechtsbewegung*) se han venido multiplicando. Aun no hemos hallado nada que añadir a cuanto escribimos en el texto ante todo el problema como nosotros lo entendemos mas pertenece a la doctrina general del derecho (teoría de las fuentes) que al derecho procesal. En segundo lugar la importancia intrínseca de este movimiento—que por lo demás, puede ahora decirse próximo a un fin—no guarda proporción con el sonorido que le ha acompañado. Lo que tiene de bueno y verdadero no se diferencia en mucho de problemas conocidos ya en todos los tiempos. Pero en cuanto tiende (como le atribuye UNGER en la *Deutsche Juristenzeitung*, 11, pág. 781) a la «liberación del derecho de la ciencia» es el fruto de una observación unilateral y tendenciosa que exalta las ventajas de la interpretación libre, elástica, individual, olvidando sus peligros, esto es, la incertidumbre jurídica y la arbitrariedad. La codificación y el método científico de la interpretación van ligados como todas las conquistas cuanto más nos alejamos en el tiempo de los motivos que las determinaron, a movimientos de reacción. Nos limitamos a citar algunos entre los más notables escritores de esta cuestión (además de los recordados en las notas precedentes). En la literatura alemana: MÜLLER ERZBACH (favorable al movimiento) en la *Deutsche Juristenzeitung*, 11, p. 1235 y sgs; MICHAELIS (contrario) íd. página 394 y sgs; GOLDMANN *Der Richterstand und die sozialen Aufgaben der Gegenwart* (contrario), 1907. KLEIN (contrario) en el *Recht*, 10, p. 915 y sgs; FUCHS (el más exagerado partidario) en numerosos trabajos que pueden verse citados en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 39, p. 142; 40, p. 359; 41, p. 443; BOZI, *Die Weltanschauung der Jurisprudenz* (favorable), 1907; BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung* (sustancialmente contrario), 1907; JUNG, *Positives Recht* en los trabajos en honor de la Uni-

Baste haber afirmado enérgicamente que tales poderes como contrarios a la ley y fáciles a la confusión y la arbitrariedad, deben negarse a nuestro juez (1).

versidad de Giessen, 1907; STERNBERG, *Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft*, 1907; STIER SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, en los trabajos en honor de LABAND, vol. 2 página 445 (contrario), 1908; VIERHAUS, *Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege* (contrario) en *Deutsche Juristenzeitung*, 14, p. 1169 y siguientes; SPIEGEL, *Jurisprudenz und Sozialwissenschaft* (favorable) en la *Zeitschrift für Priv. und off. Recht*, XXXV (1910); OERTMANN *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, 1910; *Soziologische Rechtsfindung* en la *Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen*, 1911 (contrario); BEROLZHEIMER, *Gefahren der Gefühljurisprudenz* (favorable, pero preocupado por los peligros) 1911, y por último (contrario) SCHMIDT, *Die Richtervereine* páginas 70-105, 1911; y NEUKAMP, (contrario), *Der gegenwärtige Stand der Freirechtbewegung*, en la *Deutsche Juristenzeitung*, 1912, p. 44 y sgs. Cífanse otras obras en SCHMIDT cit. y en la *Zeitschrift für D. Zivilprozess*-41, (1911), p. 443. En la literatura italiana (contraria casi unánimemente, sea frente al problema general, sea frente a nuestro derecho positivo): CHIOVENDA, *Del sistema negli studii del processo civile* en la *Rivista italiana per le Scienze giur.*, 1908 (reproducida en los *Nuovi saggi di diritto processuale*, (Nápoles 1912), GRISÓSTOMI, *Di alcune recenti teorie sulle fonti e sulle interpretazione nel diritto privato* 1904; REDENTI, en la *Rivista de diritto commerciale*, 1906, II, p. 7; *Giudizii con pluralità di parti*, 1911, página 38; COVIELLO L. *Del moderni metodi d'interpretazione della legge* 1908. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, p. 203, 1908; POLACCO V. *Le cabale del mondo legale* (Atti dell'Istituto veneto), 1908; *Di alcune deviazione dal diritto comune conseguite al terremoto calabrosicula* (Atti dell'Istituto veneto) 1909; CATELLANI, en la *Rivista de diritto internazionale*, 1908, p. 31 y sgs; COVIELLO N. *Manuale di diritto civile*, I, p. 36; DONATI *Il problema delle lacune nell ordinamento giuridico*, 1910, p. 175 y sgs FERRARA FR. *Potere del legislatore e funzione del giudice*, en la *Rivista di diritto civile*, 1911, p. 490 y sgs; SCIALOJA V. *Per un programma di studii del Circolo giuridico*, en el *Bolletino del Circolo giuridico di Roma*, 1911; DONATI B. *Dottrina pitagórica e aristotélica della giustizia*, 1911, p. 39 y sgs. Referente a la antigüedad del problema, puede verse precisamente este último trabajo que encuentra su exposición en Aristóteles; y SCHMIDT, *Richtervereine* cit. que también (p. 77, 84 y sgs) busca sus precedentes en la historia de la filosofía a partir de Sto. Tomás (*Summa, Prima secundae*, p. 96).

(1) Contra estas exageraciones manifiéstase el mismo BÜLOW en su

2.º *Determinación del hecho.*—El juez, considerando existentes algunos hechos, determinase a actuar la ley. Estos hechos no siempre corresponden a la realidad. La convicción del juez puede ser fruto de error, de dolo, de pruebas insuficientes; a veces la ley ordena al juez, considerar *como existentes* determinados hechos (hechos no contradichos, confesados, jurados). Aún más; en interés del bienestar social, la ley pone límites a la revisión de la sentencia; agotadas algunas reclamaciones o fenecidos algunos términos, la sentencia tiene calidad de cosa juzgada, deviene *res iudicata*, esto es indiscutible, pese a los errores de hecho y de derecho que han viciado la fundamentación del juez.

Esto indujo a algunos autores, como vimos, a negar la existencia de la acción como derecho anterior al proceso (v. p.). Por consecuencia, los mismos autores niegan que el proceso sea actuación de la ley, con esta argumentación: puesto que la sentencia del juez puede *de hecho* modificar el derecho existente, no cabe decir que *el proceso* sea actuación del derecho, sino que precisase distinguir el período de conocimiento del de ejecución: en el primero se *determina* cual es el derecho entre las partes, en el segundo, en cambio, *se actúa*.

Ahora bien, conviene reconocer que la posible diferencia entre el hecho admitido por el juez y el hecho *efectivo* puede oscurecer la visión exacta del fin del proceso, de la función de la sentencia. Esto lleva a muchos a hablar de verdad formal, de verdad *material*, de derecho *justo* y de derecho *injusto*, a explicar la cosa juzgada como una *ficción*, como una *presunción*, como una *subrogación* de la verdad. E induce también a muchos a atribuir a la sentencia una eficacia más bien *constitutiva* que meramente *declarativa* del derecho. Otros, en cambio, como HELLWIG (1) sin perjuicio de admitir el derecho de acción y la naturaleza *declarativa* de la sentencia, afirma que siendo esta un acto meramente procesal no tiene ninguna influencia en la existencia o no existen-

trabajo *Sobre la relación entre la sentencia y la ley*, en la revista *Das Recht* 1906 p. 769, y ahora el mismo KANTOROWICZ, rechaza enérgicamente la afirmación de que su teoría admita decisiones *contra legem*. v. SCHMIDT *Die Richtervereine*, 1911, p. 77.

(1) *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (Esencia y límites subjetivos de la cosa juzgada)* Leipzig 1901, p. 10 y siguientes.

cia de la relación jurídica sustancial: la sentencia injusta no satisface el derecho de acción; por lo mismo este sobrevive. Pero la admisión de este derecho sobreviviente carece de importancia práctica, porque es un derecho *que ya no puede hacerse valer más* (§ 78). Admitir como hacen muchos (1) que la relación jurídica *efectiva* sobrevive en estado de obligación natural, tendría importancia práctica, pero es contraria a la institución de la cosa juzgada.

Pero ¿qué es el derecho *efectivo*? El conocimiento humano es relativo: esto sucede también en el campo de las ciencias, donde, la investigación de la verdad no tiene límites; en el campo práctico del derecho, esta relatividad es mayor porque las exigencias de la paz social señalan límites a la investigación. El fin *fundamental* del proceso mantiene la *actuación* de la ley existente: no pueden considerarse los límites que tiene en la práctica como un segundo fin del proceso y menos como un fin predominante o único, cual si el proceso debiese dar vida a un derecho cualquiera para obtener la paz social.

Jurídicamente la voluntad de la ley es *aquello que el juez afirma ser la voluntad de la ley*. Ni esta afirmación del juez puede llamarse una *verdad formal*: frase que supone un confronto entre lo que el juez *afirma* y lo que *podría afirmar*, el derecho no admite esta confrontación, y nosotros al buscar la esencia de una *institución* jurídica debemos colocarnos en el punto de vista del derecho. Con razón observa WACH (2) que la *idea* de una institución debe encontrarse en su fin fundamental, no en su funcionamiento práctico. Esto corresponde a la voluntad de las partes y del juez: ni aquéllas desean ni éste afirma un derecho nuevo, sino un derecho ya existente. Y esto concuerda con el pensamiento común, porque todos ven el proceso, desde su punto de vista individual, como un medio de conseguir bienes de la vida, a través de la actuación de la ley que los garantiza.

Antes de recaer la sentencia, el derecho es *incierto*, no *inexis-*

(1) VITI, *Commento* páginas 83-96.

(2) En el *Manuale*, p. 8, nota 7, y en el artículo «*Sul diritto alla tutela giurídica en la Rivista pel proc. civ. ted.* vol. 32, p. 5 y sgs. Nosotros hemos preferido siempre hablar de *actuación de la ley*, mejor que de *tutela jurídica*.

tente: el derecho preexiste a la sentencia, porque preexiste al proceso la voluntad de la ley de ser interpretada y aplicada por el juez. De aquí deriva que el bien garantizado por la ley sea considerado por el juez en un momento anterior al proceso o, al menos, a la sentencia; esto no es, pues, consecuencia del hecho de que la sentencia obre retroactivamente (p. 90, nota).

Sin embargo, debe notarse que el juez declara como indiscutible la voluntad concreta de la ley, pero no declara efectivamente existentes los hechos que produjeron la concreta la voluntad de la ley, los hechos son lo que son, y el Estado no puede pretender darlos por verdaderos: no hay ahí una lógica del Estado. La sentencia vale *como expresión de voluntad del Estado, y no por sus premisas lógicas*: éstas deben ser desenvueltas por el juez en los *motivos* para garantía de los ciudadanos, pero no *pasan* en calidad de *cosa juzgada*. La *cosa juzgada* consiste en que el bien inmediata o potencialmente conseguido en virtud de la sentencia no debe ser prejuzgado de ninguna manera; queda por consecuencia en libertad la discusión de los hechos declarados por el juez, con tal que no tienda a disminuir o suprimir aquel bien (§§ 78, 79). La inferior importancia reconocida al elemento lógico, al razonamiento frente al acto de la voluntad, a la formulación de la voluntad de la ley en el proceso, es una de las características fundamentales de la doctrina del proceso moderno respecto al de otros tiempos (1).

Síguese de todo esto, que el *conocimiento* y la *ejecución*, aunque estadios autónomos procesales, cada uno de los cuales puede subsistir sin el otro, no están encaminados a diversos fines, sino a un fin *común* si bien en diferente medida. Síguese también que el proceso tiene un carácter de medio a fin; pero esto no quiere decir que esté *subordinado* al derecho sustancial: es un medio *autónomo* de conseguir bienes de la vida garantizados por la ley.

III. *Fines anormales del proceso*. A veces las partes utilizan el proceso para un fin diverso del suyo fundamental. Suele distin-

(1) V. nuestra publicación *Sulla cosa giudicata*, en la *Rivista italiana per le scienze giur* 1907, reproducido en los *Nuovi saggi di diritto e proc. civ.*, Nápoles, 1912, p. 81 y sgs. V. adelante § 58, 78. La importancia práctica de esta observación aparecerá frecuentemente en adelante.

guirse a este respecto entre el proceso *aparente* y el *simulado* (1).

El proceso *aparente* es una figura meramente histórica: es el empleo de formas procesales con el fin de constituir negocios jurídicos, como medio, consentido por el derecho mismo; de suplir las imperfecciones del derecho. Ejemplo: la *in jure cessio* romana; declaración de deuda bajo la forma de confesión judicial, para tener un título ejecutivo, origen de los instrumentos *garantizados* (2).

Por el contrario, el proceso *simulado* es el empleo del juicio con el fin de obtener el resultado práctico correspondiente a un negocio que no se puede constituir válidamente (ejemplo, donación entre cónyuges): o con el fin de hacer creer la existencia de un estado jurídico que las partes entre sí reconocen inexistente (convenio en daño de deudores, Cód. proc. civil, art. 512). El juez que observe el ánimo de simular rechazará la demanda. Sobre los efectos de la simulación véase §§ 4, 11.

IV. *Diferentes maneras de actuar la ley.*—Ya hemos visto como el proceso puede adoptar formas diversas según la clase de acción empleada (antes p. 66 y 73). Puede haber, pues, conocimiento y ejecución. Puede existir conocimiento con condena, con simple declaración, con constitución de efectos jurídicos, conocimiento completo o sumario, conocimiento con fines de ejecución o de conservación. Puede darse ejecución a base de sentencia u otra resolución o a base de títulos ejecutivos contractuales. No todas estas figuras son constantes y necesarias. El proceso de mera declaración, el conocimiento sumario, las medidas previsoras, la ejecución sobre títulos contractuales, por ejemplo, pueden o no existir como las acciones correspondientes, según la ley del tiempo y del lugar del proceso. Respecto de una misma obligación pueden, pues, darse diferentes formas de proceso, según el tiempo y el lugar donde el proceso se desarrolla. El hecho de que el derecho sustancial reconozca una obligación exige solamente que la ley proce-

(1) SINTENIS, *Der simulierte Prozess (El Proceso simulado)* en la *Riv. pel. proc. civ. ted.*, vol. 30, p. 358 y sgs.; MESSINA *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902.

(2) BRIEGLEB, *Geschichte des Executiv-Prozesses*, 2.^a ed. 1845, p. 54 y siguientes.

sal conceda un modo de conseguir el bien correspondiente prescindiendo de la voluntad del obligado, en cuanto esto sea posible. Este mínimo necesario de correspondencia entre el derecho y el proceso se deriva de la naturaleza misma de la organización jurídica y de la existencia del proceso: *el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho de conseguir*. Un principio tan general no está ni precisa estar formulado en parte alguna. No existe norma expresa que asegure la acción al acreedor no pagado de un capital prestado: las normas del Código civil sobre el mutuo refiérense a las *obligaciones* de las partes, no a las acciones; los arts. 35 y 36 del Código de procedimiento civil presuponen una norma más general que conceda la acción, pero no la contienen; tampoco duda nadie que la acción exista. El proceso como organismo público de actuación de la ley es por sí mismo la fuente de todas las acciones prácticamente posibles, que se encaminen a la actuación de una voluntad de ley.

Esta tendencia del proceso a dar todo lo más que pueda concederse al acreedor tiene naturalmente dos límites: límites de derecho, y límites de hecho. Los primeros se manifiestan particularmente en la posibilidad o admisibilidad de los *medios ejecutivos*, ya que algunos medios ejecutivos, y precisamente los que significan limitación de la libertad personal, como el arresto personal, o del derecho de propiedad, como el embargo de naturaleza coercitiva, o que tienen un carácter penal, si bien atenuado, como las multas judiciales, no son posibles *si la ley no los admite formalmente*, pero esto por principios más generales a los que la misma tendencia del proceso está subordinada (Constitución, art. 26, 29; Cód. civ. disp. prel. art. 4; Cód. pen. art. 1).

Además, un proceso puede limitar expresamente, por razones especiales de tiempo y de lugar, las formas de actuación de la ley lógicamente posibles. Un proceso puede admitir la acción de condena y prohibir la de mera declaración; puede admitir la ejecución forzosa y excluir las medidas previsoras. La ley procesal, aun no pudiendo—sin contradicción—negar la acción en los casos en que el derecho garantiza a alguien un bien, puede, sin embargo, limitar la función del proceso a este oficio sustitutivo de la prestación de los obligados, y negar que el proceso sirva para la producción de bienes no alcanzables fuera del proceso, como la

certidumbre jurídica, la seguridad de los créditos dudosos, etcétera, etcétera.

Faltando estos límites jurídicos, la tendencia del proceso sigue su natural expansión, y no se detiene de nuevo más que frente a la imposibilidad de hecho. Cuando el proceso es de hecho impotente para actuar la ley, tendremos voluntades de ley que permanecen inactuadas, o voluntades que se transforman, en cuanto suceden a los derechos originarios derechos derivados, como el derecho al resarcimiento de daños.

Resumiendo: *todas las formas de actuar la ley (y todos los medios ejecutivos) que sean prácticamente posibles y no contrarios a una norma general o especial de derecho, deben considerarse admisibles (1).*

V. *Objeto del proceso.*—De cuanto queda expuesto, resulta que *es objeto del proceso la voluntad concreta de ley de cuya existencia y actuación se trata, y el poder de pedir su actuación, esto es, la acción.*

Si una relación jurídica comprende distintas voluntades de ley, puede ser objeto del proceso la particular voluntad o el complejo de las voluntades, según la demanda. Deducida en un pleito una sola voluntad puede ser deducido sucesivamente en el pleito el complejo de las voluntades, mediante una demanda de declaración incidental (§ 93).

(1) Más adelante veremos la importancia práctica de este principio. El justifica la acción de declaración como figura general (v. § 7); la acción para obtener—en caso de incumplimiento de un contrato preliminar—el equivalente jurídico de la falta de declaración de voluntad (§ 8); la acción aseguradora como figura general (§ 9).

APENDICE AL § 2

Referencias al Derecho español

Código civil.—Artículos 592 (distancias respecto de las plantaciones), 612 (ocupación de un enjambre), 1780 (obligaciones del depositante), 6 (normas de aplicación del derecho).

Ley de Enjuiciamiento civil.—Artículos 1 (comparecencia en juicio), 460 y siguientes (de los actos de conciliación) 487 y 790 y siguientes (árbitros y amigables compondores).

Código penal.—Artículo 1 (delitos o faltas: conceptos).

Constitución de la Monarquía.—Artículo 76 (poder judicial).

§ 3

El proceso como relación jurídica.

Análisis del procedimiento (1).—Entre el momento en que es pide la actuación de la ley y aquel en que se verifica de cualquiera de los modos expresados, sucede una serie de actos que *proceden* hacia el acto final, de aquí el nombre de *procedimiento y proceso*. Estudiamos el procedimiento de *conocimiento* típico, el de los pleitos ante el *Tribunal* civil.

Este comienza generalmente por la citación, la cual realízase de ordinario por medio de la notificación de un escrito, que contiene la designación del bien a que se aspira y de la norma que lo garantiza. Precisa añadir a esto, en cuanto sea necesaria, la indicación del valor del pleito que puede ser también implícita (art. 35, 37, 132, 134, 80 Cód. proc. civ.)

Además la citación debe contener aquello que le da el nombre, el llamamiento a juicio (*vocatio in ius*) del demandado a una audiencia determinada, que en otros sistemas se fija por el presidente del colegio judicial (sistema del reglamento alemán (2), en el nuestro, por el contrario, se determina libremente por el autor. En los pleitos en que es precisa la intervención de procurador, la citación debe indicar el nombre y apellido del procurador del actor. (Código proc. cit. art. 134).

La citación no solo debe notificarse antes de la audiencia, sino que entre la notificación y la audiencia debe mediar un término mínimo, llamado «término para comparecer»: este, no siendo reducido por el juez, es de diez días (o más según las distancias) en los pleitos que se ventilan ante los tribunales, y más breve en los que tienen lugar ante los pretores y conciliadores. El actor puede

(1) V. KOHLER, *Civil prozessrech*, p. 58 y sigs. WEISMANN, *Manual* página 390 y sigs.

(2) Sobre el sistema francés y sobre el nuestro anterior a la ley 3^a Marzo 1905 véase, adelante § 41 V. B.

fijar un término mayor del ordinario; pero en este caso el demandado, puede «contracitar» fijando una audiencia más próxima, salvo el término mínimo (Cód. proc. civ. art. 147 y sigs; L. 31 Marzo 1901, art. 1).

Según otros sistemas (Reglamento alemán) durante el término para comparecer tiene lugar un cambio de derechos preparatorios. El actor notifica primero un acto en el cual indica los hechos y las pruebas que producirá, pero ordinariamente este primer escrito está englobado en la citación. El demandado responde. Al escrito del demandado puede hacer seguir el actor otro de «réplica» (1). En nuestro sistema (L. 31 Marzo 1901 y Real decreto 31 Agosto 1901) por el contrario llégase sin más a la audiencia, y en ella se cambian los escritos, a la audiencia se va mediante la previa *inscripción de matrícula o inmatriculación (iscrizione a ruolo)* del pleito, a base de la cual es *llamado* aquel a la audiencia.

En la audiencia tiene lugar el examen *oral*. Los defensores, o sea los abogados o procuradores, exponen oralmente los hechos, luego leen sus conclusiones y después desarrollan los motivos sobre que se fundan. Las partes asistidas de sus procuradores, pueden defenderse por sí mismas (Cód. proc. civ. art. 349, 350). La exposición oral del hecho y de los fundamentos puede también omitirse y ordinariamente se omite, refiriéndose las partes a las defensas escritas.

Puede ocurrir que en esta discusión se presenten cuestiones procesales, especialmente sobre la competencia del juez. Estas cuestiones se discuten de ordinario en vía preliminar, pero juntas con las cuestiones fundamentales: esto no impide que la discusión pueda limitarse a las cuestiones preliminares. A base de estas se produce la sentencia que, si reconoce la irregularidad procesal, la declara y resuelve el juicio *absolutio ab instantia o ab observatione iudicii*; y si nó declara perfecto el procedimiento y pronuncia en el fondo, u ordena la continuación del pleito en el fondo. Si no surgen cuestiones procesales, pásase, sin más al fondo.

Si el pleito no se termina en una audiencia, fija el juez otra para su continuación, y en la nueva audiencia se procede del mismo modo; así puede haber varias audiencias. El aplazamiento (*rinvio*) puede tener lugar porque el hecho no esté suficientemente es-

(1) Respecto al sistema francés V. adel. § 44, IV.

tablecido: en este caso en la nueva audiencia, el hecho se expone de nuevo y no es preciso, para esto, que intervengan los mismos jueces que han estado presentes a la primera audiencia: pero si el pleito fué aplazado por no haberse terminado la discusión, precisase que los jueces sean los mismos; no bastaría (como en el sistema germánico), presentar a los nuevos jueces el resumen de la precedente discusión estudio. (Cód. proc. civ. art. 349 Reg. general jud. art. 255).

Después de la discusión del pleito, los jueces deben deliberar. Pero pueden declarar que el pleito no se encuentra bastante preparado; así pueden, sin embargo, dictar sentencia sobre una de las partes de la demanda, reservando las otras para la continuación del juicio.

Puede ocurrir que los hechos que han de servir de fundamento a la decisión del juez, sean inciertos; en este caso debe examinar los medios de prueba propuestos por las partes y disponer que tengan lugar aquéllos que le parezcan adecuados para ilustrarlo; cosa que en algunos casos podrá hacer de oficio. Este pronunciamiento se da con sentencia *interlocutoria*. No obstante, las partes, aún antes de comenzar la discusión oral, podrían convenirse de la necesidad de experimentar ciertos medios de prueba y estar de acuerdo sobre su admisión; en tal caso, la admisión de las pruebas, en cuanto el acuerdo sea aceptable, tiene lugar antes de la discusión, mediante simple *orden (ordinanza)* del presidente. Otras resoluciones se toman con simple acuerdo del presidente, hasta a veces sobre una excepción de incompetencia, si las partes lo convienen así. El caso más frecuente de estas providencias es el aplazamiento puro y simple del pleito, antes de la discusión oral. Para todas estas providencias se destina la primera fase de la audiencia, que se desarrolla ante el presidente tan solo. (L. 31 Marzo 1901, art. 4; R. D. 31 Agosto 1901, art. 24 y sigs.) admitidas las pruebas, se practican. Por ejemplo son citados los testigos por la parte que los induce, y oídos bajo juramento. Pueden oírse peritos, que también prestan juramento sobre las cuestiones enunciadas por el juez. Si la prueba se funda en documentos, éstos se presentan al juez con los actos del pleito (en dos piezas separadas) después de comunicarse al adversario. Si los documentos a cuya exhibición se tiene derecho, están en poder del adversario, o de un depositario público que se niegue a dar copia de ellos, o de un

tercero, puede pedirse al juez que ordene la exhibición del documento o conceda un término para pedir contra el tercero el documento o la exhibición de la copia. La ejecución completa de estas pruebas debería realizarse verdaderamente *ante el colegio*; y el ideal sería que inmediatamente después de realizarse la discusión oral y la sentencia. Permite, no obstante, comisionar para la recepción de la prueba a un miembro del colegio (juez delegado): y a veces es necesario confiar esa misión a un miembro extraño a aquél. De las pruebas hácese proceso de actas y basándose en éste, los defensores en la discusión oral seleccionan los resultados de la prueba; y sobre él se funda la sentencia (Cód. proc. civ. art. 208 y sigs.).

Cuando el juramento es deferido a una parte, en Alemania ordinariamente se pronuncia sobre el fondo con la sentencia misma que defiende el juramento, condicionando la decisión al caso que el juramento sea o no prestado: cuando esta sentencia ha pasado en calidad de cosa juzgada, entonces únicamente se asume el juramento, y una segunda sentencia completa la primera, haciéndola incondicionada. Esto se practica en algún tribunal italiano, aunque con alguna variante.

Sería de desear que la sentencia se pronunciara en la misma audiencia, enseguida, bajo la reciente impresión de la discusión oral. La ley, sin embargo, permite aplazar el pronunciamiento a una audiencia entre las próximas y así se hace habitualmente. La ley señala un término sólo a los pretores: no más tarde de la *cuarta* audiencia (Cód. proc. civ. art. 356 y sigs. Reg. gen. jud. art. 197).

La sentencia liga al juez cuando ha sido *publicada*: no puede entonces modificarla. Las partes, por el contrario, pueden provocar la modificación, valiéndose de los medios de impugnación: principalmente la *apelación*, la cual contra las sentencias del tribunal llévase a la Corte de apelación. La apelación se propone mediante notificación de un acto escrito que contiene la indicación de la sentencia apelada, la declaración de la voluntad de apelar y la citación ante la Corte de apelación para una audiencia fijada por el apelante. En ella, el apelante debe presentar la sentencia apelada y los actos del primer juicio (Cód. proc. civ. art. 481 y sigs.).

La Corte puede examinar de nuevo el pleito con la mayor amplitud; pueden las partes deducir nuevos hechos, nuevas pruebas (no nuevas demandas). La Corte decide reformando o confirman-

do la sentencia; puede reformarla ordenando nuevos actos de instrucción, y en tal caso retener el pleito o remitirla a los primeros jueces. En nuestro sistema son apelables también las sentencias interlocutorias. Si la Corte confirma una sentencia interlocutoria, el pleito vuelve a los primeros jueces: Si la reforma, puede al mismo tiempo decidir definitivamente sobre el fondo, en otro caso debe remitirla en cuanto al fondo a los primeros jueces. Si en primera instancia se ha pronunciado solo sobre la competencia, en apelación se pronuncia nada más que sobre ésta. Si en primera instancia se pronunció también sobre el fondo, la Corte que declare incompetentes a los primeros jueces, no puede conocer del fondo (Cód. proc. civ. arts. 490, 492 y 493),

Contra las sentencias de apelación, se admite el recurso a la Corte de *Casación* sin límite de valor (límite administrativo en Alemania). La Casación no puede ocuparse sinó de violaciones de ley, y de altos vicios de la sentencia, rigurosamente determinados por la ley (art. 517). Si reconoce la existencia de uno de tales vicios, no decide nuevamente el pleito, sinó que casa y envía a un juez de grado igual a aquel que pronunció la sentencia casada, para una nueva decisión. Si casa porque la autoridad judicial no podía pronunciar, casa sin enviarla. Si casa por violación de las normas sobre competencia, estatuye sobre ésta. Contra la sentencia de remisión o envío (*rinvio*) se admite nuevo recurso por los mismos o por diferentes motivos: en el primer caso la Corte pronuncia en Secciones reunidas, y la nueva sentencia de casación causa estado sobre el punto de derecho decidido, en el sentido de que el nuevo juez de *rinvio* debe conformarse con ella (Código proc. civ. art. 544 y siguientes).

Una sentencia de segundo grado y a veces una de primer grado, en casos determinados y por determinados motivos, puede ser impugnada también con la *demanda* de *revocación*, la cual se lleva al mismo juez que ha pronunciado la sentencia (art. 494 y siguientes). Una sentencia puede ser también impugnada por un tercero (*oposición* de tercero), en cuanto perjudique a sus derechos (art. 510 y sigs.); también esta impugnación se lleva al mismo juez que ha pronunciado la sentencia.

Cuando el demandado no comparezca, se procede en su rebeldía. En tal caso el actor debe probar los hechos del pleito; al contrario, según otros sistemas (por ejemplo el germánico) en re-

rebeldía del demandado, se dan por admitidos los hechos. El demandado rebelde que no fuese personalmente citado (esto es, mediante entrega de la citación en sus manos) o al cual no se haya renovado la citación, puede hacer «oposición» a la sentencia en rebeldía. La oposición se ventila ante el mismo juez y se procede por los trámites ordinarios. Si al contrario es el actor el rebelde, el demandado puede pedir ser absuelto simplemente del seguimiento del juicio, o que sea decidido en el fondo el pleito (Código proc. civ. arts, 380 y sgs.)

Es distinto el procedimiento *formal*, más complicado y fundado en la división en dos estadios, uno impeditivo (preclusivo) para la instrucción, que se realiza por escrito (fuera de audiencia), y otro para la discusión oral (en la audiencia); pero es hoy de rara aplicación. También es diferente el procedimiento en los pleitos menores, ante los pretores y conciliadores. Aquí no es *necesaria* la gestión del procurador; las partes pueden comparecer personalmente, aún sin citación; no son necesarios los emplazamientos; las demandas y las contestaciones pueden hacerse oralmente, en cuyo caso se levanta acta de ellas por el secretario. El pretor y el conciliador deben tratar de conciliar a las partes y pueden ordenar su comparecencia personal para interrogarles, cuando hayan comparecido mediante procurador (Cód. proc. civ. art. 415 y siguientes, art. 448 y siguientes).

Contra la sentencia del pretor puede apelarse al Tribunal, cuya sentencia (a diferencia del sistema germánico) es impugnabile, en este caso, en casación. Contra la sentencia del conciliador, en los pleitos de cuantía superior a 50 liras, existe la apelación ante el pretor, cuya sentencia puede también impugnarse, en este caso, en casación; las sentencias del conciliador en los pleitos de cuantía inferior a 50 liras son inapelables, excepto por motivo de incompetencia (L. 16 junio 1892, L. 28 julio 1895, sobre conciliadores).

Normas especiales rigen para el procedimiento en los pleitos comerciales (Cód. proc. civ. art. 393 y sigs.) y para varios procedimientos especiales, sobre todo en los pleitos matrimoniales (Código proc. civ. art. 797 y sigs), así para los procedimientos sumarios en sentido estricto, como el procedimiento cambiario (Cód. com. artículo 324) el procedimiento monitorio (Cód. proc. civ. art. 379); así para los procedimientos encaminados a obtener medidas preventivas como el embargo (Cód. proc. art. 924) etc.

En fin, también la ejecución forzosa presenta un procedimiento que parte de una demanda basada en «título ejecutivo» (Código proc. civ. art. 553 y sigs.) y llega hasta el agotamiento de las medidas ejecutivas que se han pedido, por una serie de actos, diferentes según la naturaleza del bien a que el solicitante aspira (pago de una cantidad, entrega de una cosa, prestación de hacer o no hacer) y de los correspondientes medios ejecutivos (expropiación de muebles o inmuebles). Si surgen oposiciones se resuelven por el procedimiento empleado para el conocimiento, pero con algunas normas particulares.

II. *La relación jurídico procesal.* Esta serie de actos no es sino la forma de desarrollarse, la vestimenta exterior, de una relación jurídica, que se llama *relación jurídica procesal*.

Antes de que pueda ser juzgada la demanda de actuación de la ley, debe ser examinada: esto produce un *estado de incertidumbre* en el cual no se sabe si la demanda es o no fundada, pero se hace lo necesario para saberlo. Durante este interin, las partes (actor y demandado) deben ser puestas en situación de hacer valer sus correspondientes razones o derechos: hay *deberes y derechos*. De aquí la sencillísima, pero fundamental idea, notada por HEGEL (1), afirmada por BETHMANN-HOLLWEG (2) y desenvuelta principalmente por OSKAR BÜLOW (3) y más tarde por KOHLER (4) y por otros muchos

(1) *Filosofía del diritto*, § 212.

(2) *Il processo civile*, vol. I, p. 22. Por lo demás, la idea de que el proceso sea una sola relación compleja, encuéntrase más o menos clara también en otros autores. V. HARSCHER VON ALMENDIGEN, *Metaphisik des Civil processes*, 1808, p. 172 y sigs.; para el derecho romano, PUCHTA, *Istituzioni* § 150.

(3) *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. (La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales). Giessen, 1868; y después en el artículo. *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts* (La nueva ciencia procesal y el sistema del proceso civil) en la *Rivista pel processo civile tedesco*, vol. 27, p. 201 y sigs. En contra SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess*. 1883, página 48, nota; 285 y sigs.

(4) *Prozess als Rechtsverhältniss* (El proceso como relación jurídica) Mannheim, 1888, y en la *Enciclopedia* de Holtzendorff, 6.^a ed. II páginas 52, 103 y sigs. La idea de que el proceso sea una relación jurídica inter-

incluso en Italia (1): *El proceso civil contiene una relación jurídica*. Es la idea inherente ya al *judicium* romano: y a la definición que de él daban nuestros procesalistas medioevales: *Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*.

Todos los actos procesales hasta aquí analizados tienen importancia jurídica en cuanto pertenecen a esta relación fundamental. Esto, servirá pues, además del concepto de acción, de base sistemática a nuestros estudios (2). El tratado del proceso se divide así naturalmente en dos grandes partes.

En la relación procesal, como en cualquier relación jurídica, debe examinarse:

a) *Naturaleza de la relación procesal*. La relación procesal es una relación *autónoma y compleja* que pertenece al derecho *público*. *Autónoma* en cuanto tiene vida y condiciones propias, independientes de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada por las partes, puesto que se funda en otra voluntad de ley, en la norma que obliga al juez a proveer a las demandas de las

prétase de maneras diversas: acerca de las opiniones sobre su naturaleza, su contenido, sus condiciones, los sujetos entre los cuales se desarrollan, puede verse nuestra obra citada *L'azione nel sistema dei diritti* página 34 y sigs., pág. 63 y sigs., pág. 103 y sigs. Añádase, HELLWIG, *Klagrecht und Klagmöglichkeit (Derecho de obrar y posibilidad de obrar)*. Leipzig, 1905 pág. 76 y sigs.; *Lehrbuch*, II págs. 152; WEISMANN, I p. 9 y sigs. 385; KLEINFELLER, § 12; KREMER, *Zur Konstruktion des Zivilprozesses*, en la *Rivista* de GRÜNHUT, vol. 33 (1906) p. 289 y sigs. (especialmente en la pág. 338 y sigs.). KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, 1909, I, pág. 16 no admite el concepto de relación procesal sino en un sentido absolutamente especial (*Ein Zustand der Gebundenheit*, condición de vínculo).

(1) DIANA, *Del rapporti processuali*, en el *Monitore dei Tribunali*, 1901, n. 9; SIMONCELLI, *Lezioni*, cit. RISPOLI, *Il rapporto giuridico processuale di cognizione*, en el *Archivio giuridico*, 1910; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, 1911, p. 19 texto y notas. También MORTARA, ha asumido el concepto de relación procesal, si bien en un significado absolutamente especial, en el *Commentario*, vol. II, n. 414, y desde este punto hizo, la base sistemática de su exposición.

(2) V. CHIOVENDA. *Del sistema negli studii del processo civile*, en la *Rivista ital. per le scienze giur.*, 1907. reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, 1912 p. 3 y sigs.

partes cualesquiera que ellas sean: UNA COSA ES LA ACCIÓN Y OTRA ES LA RELACIÓN PROCESAL; aquélla corresponde a la parte *que tiene razón*, ésta es fuente de derechos para *todas* las partes. *Compleja* en cuanto no comprende un sólo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos como sucede con muchas relaciones aun de derecho civil (por ej. la sociedad); pero todos estos derechos coordinados a un fin común, que recoge en unidad todos los actos procesales: por esto la nulidad inicial de la relación vicia todos los actos realizados después; por esto puede haber allí *sucesión* en el proceso, etc. Perteneciente al derecho *público* porque derivase de normas que regulan una actividad pública.

b) *Contenido*. El deber fundamental que constituye como el esqueleto de toda relación procesal, es el deber del juez o de otro órgano jurisdiccional de proveer las demandas de las partes. A éste corresponde el deber de hacer todo lo necesario en el caso concreto para proveer (oir las partes, asumir las pruebas, etc.); esto es, para aceptar o rechazar en el fondo, mediante la actuación de la ley, la demanda. Este deber forma parte del oficio del juez, corresponde al juez con relación al Estado, y está garantizado por la responsabilidad penal y civil del juez que se niega a proveer, aun bajo pretexto de silencio, obscuridad, contradicción o insuficiencia de la ley (Cód. pen. art. 178; Cód. proc. civ. art. 783 y siguientes); nuestro juez no puede decir, como el juez romano: *Non liquet* (AULO GELLIO, *Notti. Att.*, 14. 2) (1). Además es prácticamente inútil discutir si el juez está obligado *también respecto de las partes*, y si el juez está obligado frente a ellas como persona o como órgano del Estado. Ciertamente las partes tienen frente al juez, como persona, el *poder jurídico* de ponerlo (con sus demandas) en la necesidad jurídica de proveer; y esto nos basta. Que las partes tengan luego *deberes* respecto del juez, y derechos y deberes entre sí, ya lo veremos oportunamente (§ 48).

c) *Sujetos*. De cuanto hemos dicho resulta que la relación procesal tiene tres sujetos: el órgano jurisdiccional de una parte, y de la otra las partes (actor y demandado). Esto en su forma más simple. A veces encontramos más personas como actores o como demandados (*litisconsorcio activo o pasivo*, Cód. proc. civ. artículo 74, 98, 376, 469); otras un interesado interviene en una rela-

(1) Cons. aquí HELLWIG II, p. 164.

ción pendiente entre dos y pide por su cuenta y en favor propio la actuación de una voluntad de ley (*intervención* principal, Código proc. civ. art. 201); o es llamado por una parte para que, si la ley debe actuarse contra ésta, otra voluntad de ley actúe contra el llamado (*llamamiento en garantía*, Cód. proc. civ. art. 193 y siguientes). Entre las mismas partes puede también pedirse en el mismo proceso la actuación de la ley para la consecución de otros bienes (Cód. proc. civ. art. 73, 100, n. 3). En estos casos tenemos una relación con *multiplicidad de sujetos* o, por lo menos, de *intereses*.

d) *Constitución*. La relación procesal se constituye con la demanda judicial en el momento en que es comunicada a la otra parte (Cód. proc. civ. art. 38) puesto que no se puede *estatuir* si no es oída o citada la parte contra quien se ha propuesto la demanda. La preparación de la resolución del juez hácese normalmente mediante la actividad contraria de las partes cuyos intereses están en oposición. El contraste puede faltar de hecho: basta que se haya cumplido cuanto la ley exige para hacerlo posible. Ordinariamente, pues, aún hoy es el proceso una lucha (intelectual) regulada por el derecho. Existe excepcionalmente proceso no fundado en el conflicto de partes, sino regido por principios especiales, un proceso *inquisitorio*, en el que predomina la iniciativa del juez, como el proceso de interdicción (Cód. proc. civ. art. 836 y sigs.).

Para que pueda constituirse la obligación del juez de proveer a las demandas, se requieren (además de la existencia de una demanda perfecta y regularmente notificada, que es el acto constitutivo), algunas condiciones que se llaman *presupuestos procesales*. No sólo deben existir los tres sujetos, un órgano investido de jurisdicción ordinaria (según las normas reguladoras de la *jurisdicción y de la organización judicial*) y dos partes reconocidas por el derecho como *sujetos de derecho* (*capacidad para ser parte*); sino que deben tener ciertos requisitos de capacidad (*competencia* de los órganos jurisdiccionales; *capacidad procesal* de las partes y en algunos casos el poder de pedir *en nombre propio* la actuación de una voluntad de ley que garantice un bien *a otros*, lo que se llama *sustitución procesal*).

Hay, además, presupuestos especiales a determinadas demandas, así la demanda propuesta por vía de *reconvención*, (Código procesal civ. art. 100 núm. 3) las demandas de reforma de una

sentencia tienen sus presupuestos procesales aparte. También se dan algunas circunstancias que una parte *puede hacer valer* como impedimento a la constitución de la relación procesal (*litispendencia; compromiso; obligación de intentar* la conciliación, de *prestar una fianza*, de pagar los *gastos* de un *juicio precedente*).

Faltando una de estas condiciones, no nace la obligación del juez de proveer en el fondo. Aún en este caso tiene una obligación el juez: la de declarar la razón por la cual no puede proveer; existe, pues, aún entonces una relación jurídica. (Ej. Cód. procesal civil art. 493). Esta relación procesal más estricta no exige como presupuestos más que la existencia *de un órgano* jurisdiccional y *de una demanda*; sin estas no es siquiera concebible una *sentencia* que declare *no proveer* al fondo de la demanda (1).

Para que, una vez constituida, la relación procesal pueda *desarrollarse* válidamente se requieren otras condiciones. Cada acto procesal tiene la suya. Dos condiciones *generales* son: *a)* que la persona física a la cual se dirigen los actos como órgano jurisdiccional sea *subjetivamente* capaz, esto es, no interesada personalmente en el acto; *b)* que, cuando sea exigida la intervención de los procuradores las partes estén *representadas* por ellos. Para simplificar, comprendemos entre los presupuestos procesales también estas dos condiciones, pero debe observarse que los presupuestos procesales deben existir en *el momento de la demanda*, y por tanto su falta produce la nulidad o anulabilidad de la demanda, mientras que estas condiciones son necesarias para *el desarrollo* de la relación procesal, por eso su falta impide tal desarrollo pero no hace desaparecer el proceso.

c) Desarrollo, trámites y fin. La relación procesal es una relación *en movimiento, en acción*: mientras las partes y el juez se ocupan de la relación sustancial que es objeto del juicio, viven ellos mismos en una relación que desarrollan con su actividad. Lo primero que debe llamar la atención de las partes y del juez es si esta relación está válidamente constituida: antes de actuar la ley acogiendo o rechazando la demanda, el juez debe examinar si existen las condiciones para proceder a esta operación. En el pro-

(1) Se concibe, sin embargo, una sentencia de fondo sin demanda precedente, y por lo mismo sin *precedente* relación procesal. Más adelante (§ 41 bis, II), veremos como puede ocurrir y como puede regularse este caso.

ceso está, pues, contenido un *procedimiento preliminar*. En los procesos antiguos preséntase diferente este estadio; en Roma por una parte del procedimiento *in jure* (es la *contentio de ordinando iudicio*); en el proceso germánico y alemán-medioeval existe un estadio especial en que se discute acerca de la obligación de contestar en el fondo: en el proceso italiano medioeval en el período anterior a la *litis contestatio* se agotan los *praeparatoria iudicii*. En los procesos modernos este procedimiento preliminar se confunde ordinariamente con el procedimiento de fondo. Pero algún proceso reciente, como el austriaco, inclínase al resurgimiento de aquella distinción bajo la forma de *audiencia preliminar*, que además de otros fines, tiene el de resolver algunas cuestiones procesales. Observemos que la sentencia con que el juez declara proceder o no proceder al conocimiento del fondo, tiene una naturaleza profundamente distinta de la sentencia con que provee sobre el fondo. Con aquella el juez pronuncia *sobre la actividad propia*, con esta juzga *sobre la actividad ajena* (V. §§ 13, 76, 78).

La relación procesal se desarrolla mediante aquella serie de *actividades* de las partes y del tribunal, determinada por la ley, que hemos analizado. En su mayor parte son *actos jurídicos*: pero también en la relación procesal pueden hallarse *actos no jurídicos*, además de simples *hechos jurídicos*. La relación procesal puede *transformarse*, objetivamente (si se cambia el objeto de la controversia) o subjetivamente (en caso de sucesión de las partes o paso de un juez a otro: Cód. proc. civ. art. 336, 468, 101, 102) y puede interrumpirse (por ej. por muerte de una de las partes, Código proc. civ. 332 y sigs. art. 468).

A los dos estadios del proceso (conocimiento y ejecución) corresponden dos relaciones procesales, que lo mismo que aquellos pueden sostenerse independientemente o desarrollarse ambas de modo sucesivo: la relación de conocimiento concluye normalmente con la *sentencia* que pronuncia sobre el fondo, y excepcionalmente con la *amigable componenda* (Cód. proc. civ. art. 417), la *renuncia a los actos* (Cód. proc. civ. art. 343 y sigs.) o la *perentoriedad* (Cód. proc. civ. art. 338 y sigs.). Al procedimiento cerrado por la sentencia, puede no obstante, seguir un *procedimiento* de oposición, o de apelación y después de casación, quedando siempre el proceso uno; aquí vemos la diferencia entre *procedi-*

miento y proceso: aquél es una *fase* de éste (Cód. proc. civ. artículo 805).

f) *La relación procesal de ejecución*. Se constituye con la demanda de una medida ejecutiva: en muchos casos se hace oralmente al órgano ejecutivo y no se comunica al adversario; este tiene noticia de ella por la comunicación de actos que ya pertenecen al desarrollo de la relación ejecutiva y al procedimiento ejecutivo. La relación ejecutiva tiene pues, un carácter propio originado por el hecho de que procediendo de una *declaración* (título ejecutivo), la convicción de los órganos ejecutivos acerca de la actuación de una voluntad de ley está ya formada. Sin embargo, hasta que la medida ejecutiva se realice, nos encontramos aquí también en un *estado de suspensión*, teniendo el deudor derecho de oposición ya sea por falta de título ejecutivo ya por inadmisibilidad de la medida interesada; a veces el deudor es citado como en la relación de conocimiento. La relación ejecutiva tiene además sus presupuestos, que en parte son comunes a la relación de conocimiento, y en parte especiales (por ejemplo Cód. proc. civ. art. 662); tiene su desarrollo por medio de la actividad de los órganos públicos y de las partes; su desarrollo y su fin parecidos a la relación de conocimiento (Cód. proc. civ. arts. 560, 569, 614, 566, 581. etc.)

III *Diferencias entre las condiciones de actuación de la ley (condiciones de la acción) y las condiciones de existencia de la relación procesal (presupuestos procesales) (1)*.

Llamáanse *condiciones de actuación de la ley* (o lo que es igual, condiciones de la *acción*) las condiciones necesarias para obtener una resolución FAVORABLE; y varían según la naturaleza de la resolución. Así, si se ha pedido una sentencia de condena, veremos que las condiciones para obtenerla son normalmente: 1.º la existencia de una voluntad de la ley que garantice a alguno un bien obligando al demandado a una prestación; 2.º la *calidad*, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona del demandado con la persona obligada; 3.º el *interés* de conseguir el bien mediante los órganos públicos.

(1) WACH *Feststellungsanspruch*, 1889; SCHMIDT, 2.ª ed. párrafo 104; HELLWIG, *Klagrecht und, Klagmöglichkeit cit; Lehrbuch*, I §§ 22 y siguientes; II, §§ 66 y siguientes; WEISMANN, I, §§ 22, 89.

Llámanse *presupuestos procesales*, como vimos, las condiciones por las que se obtiene cualquiera resolución FAVORABLE O DESFAVORABLE, sobre la demanda (competencia, capacidad etc.).

Existe naturalmente entre las condiciones de la acción y los presupuestos procesales la misma diferencia que entre la acción y la relación procesal: estos deben existir independientemente de la existencia de aquéllas. Para que pueda pronunciarse sobre la demanda *acogiéndola* o *rechazándola*, conviene que intervenga un juez competente, partes capaces jurídica y procesalmente etc., etc.

Lógicamente, pues, antes de investigar si existen o no las condiciones de la acción, conviene que el juez busque si existen los presupuestos procesales, lo cual debe hacer de oficio (v. mas ad. párrafos 41 bis y 47). Los presupuestos procesales deben existir en el momento de la demanda y están regulados por la ley procesal. *Negando la existencia de los presupuestos procesales, no se niega la existencia de la acción.* Se niega que la acción, en la hipótesis de que exista, pueda hacerse valer *en este proceso*; pero no se niega que puede hacerse valer incluso inmediatamente *en otro proceso*. La sentencia que pronuncia solo sobre presupuestos procesales, esto es, que declara que ha lugar a proveer sobre la demanda o absuelve del *seguimiento del juicio*, no es favorable ni al actor ni al demandado; ni concede ni niega algún bien; por esto, veremos que ordinariamente no debe contener condena en las costas (v. párrafo 77) y que no produce cosa juzgada *sustancial* (v. p. 97. y párrafos 26, 78). En cuanto a la *capacidad para ser parte* (para ser sujeto de derechos) afirman algunos (HELLWIG) que se trata de una condición de la acción, más que de un presupuesto procesal, porque negando la capacidad para ser parte, dicese, se niega la acción. Pero verdaderamente en este caso no se niega la acción, sino la existencia de una parte, esto es, una condición necesaria tanto para poder tener razón, como para lo contrario. Estamos pues, en el campo de los presupuestos procesales (1); la sentencia que niega la existencia de una parte, no tiende al reconocimiento de algún bien a la otra; si se ha negado la capacidad para ser parte al actor, el demandado por esto será prácticamente favorecido, *de rechazo*, pero no porque la

(1) V. WACH, I. p. 519.

sentencia le sea favorable. Análogamente, el mismo autor encasilla el poder de *sustitución procesal* (v. antes) entre las condiciones de la acción: Si X pide *en nombre propio* la actuación de la ley que garantiza un bien a Z, debe probar dos cosas: a) la relación que le da derecho de obrar en nombre propio; b) las condiciones de la acción que debería probar el mismo Z, si obrase. Quiere decir que existen dos condiciones diferentes, sobre el derecho de X y sobre el de Z, la primera cuestión debe resolverse necesariamente antes de la segunda: la existencia del derecho de X es una condición para proveer acerca del derecho de Z sea en su pro o en su contra. Lo mismo puede decirse cuando la sustitución procesal tiene lugar con relación al demandado. Por esto hemos considerado la *sustitución procesal* entre los presupuestos procesales (v. párrafo 36). Debemos sin embargo reconocer que este supuesto es autónomo.

Entre los presupuestos procesales hemos considerado aparte algunos que no son *necesarios* para la existencia de la relación procesal hasta el extremo de que el juez deba *de oficio* pronunciar sobre ellos. Solo se atribuye al demandado pedir que no se proceda. Así ocurre si el pleito está ya *pendiente* en virtud de una demanda anterior (Cód. proc. civ. arts. 104, 108); o si ha habido un *compromiso* (Cód. proc. civ. art. 8 y siguientes), o si el actor antes de obrar debe *cumplir* una sentencia precedente (Código proc. civ. art. 445) el demandado puede *excepcionar* que el juez no debe proveer sobre la demanda.

Por esto algunos estudian justamente tales presupuestos autónomos, bajo el nombre de *excepciones procesales* (1). La sentencia que admite una de estas excepciones, no niega que exista la acción, sino que puede hacerse valer *también en otro proceso* mientras dura un cierto estado de cosas (la litispendencia, el compromiso, la inejecución de la sentencia precedente etc.) La sentencia pues, en el segundo y en el tercer caso, es parcialmente *favorable* al demandado, le reconoce un bien (como es la exención temporal de la acción adversaria) y puede por esto producir cosa juzgada. El demandado tiene la carga de probar la excepción procesal.

En cuanto a las condiciones de la acción, basta ordinariamente

(1) HELLWIG, I, p. 143 y siguientes.

que subsistan en el momento de la sentencia (más exactamente del cierre de la discusión: ad. párrafo 5) y están reguladas por la ley sustancial, pero solo en cuanto es la ley sustancial la que informa sobre la existencia de una obligación acerca del estado de incumplimiento, acerca de la pertenencia subjetiva de los derechos (1). Además de las condiciones de la acción señaladas por nosotros, alguno (HELLWIG) enumera también la *competencia de la autoridad judicial*, frente: *a)* a otros *órganos del Estado*; *b)* a los *extranjeros*. En principio esto es exacto, pero en cuanto al derecho italiano hay que observar: *a)* respecto de la competencia frente a otros órganos del Estado, si se trata de *otros órganos jurisdiccionales* (especiales) es un presupuesto procesal; si se trata de órganos *administrativos*, es una condición de la acción, pero cuadra bien a la primera de las condiciones admitidas por nosotros, porque negar la competencia de la autoridad judicial frente a la administración, en Italia equivale a negar la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien del actor (v. párrafos 5, 14 y 16); *b)* acerca de la competencia respecto de los extranjeros, es también una condición de la acción que encaja en la primera condición dicha; porque negar la competencia de la autoridad judicial en cuanto a los extranjeros, es lo mismo que negar la existencia de una voluntad de ley *del Estado*, que garantice un bien al actor (v. párrafos 4, 5 y 30).

La sentencia que *pronuncia sobre la demanda* puede negar la acción por falta de *interés o de calidad* o de un *bien* garantizado por la ley; en los tres casos es *favorable* al demandado, le reconoce un bien y produce la cosa juzgada, pero en diferente grado. Si niega la acción por defecto de interés, no niega que la acción pueda nacer después respecto al mismo derecho ya deducido en pleito y a base de un nuevo interés (por ejemplo nueva lesión del derecho, caducidad efectiva del término). Si niega la acción por defecto de calidad, no niega que el actor pueda volver a deducir la demanda, respecto del mismo derecho, a base de un nuevo hecho que le de la calidad (cesión, sucesión, etc.). Si, por el contrario, niega la acción por defecto de una voluntad de ley que

(1) Esto no excluye, naturalmente, que sea norma procesal la que, dado el concurso de ciertas condiciones por ella determinadas, concede la acción (v. § siguiente).

garantice un bien, la absolución del demandado es completa y definitiva: es el máximo favor que puede corresponder al demandado. El actor en este caso no podrá obrar más, sino probando que la voluntad de ley, que no existía antes, ha surgido para razón de un hecho nuevo.

De todas las cuestiones de un proceso, la última y más importante es, según vemos, la cuestión acerca de una voluntad de ley que garantice un bien a determinado sujeto. Las demás se presentan todas en un orden lógico como *preliminares*, una de la otra y todas de la última, o como *prejudiciales* en sentido amplio, esto es, en el sentido de que una debe conocerse antes de la otra, o que la solución de una puede hacer inútil pasar a la otra. Pero este orden lógico no es siempre obligatorio por ley (§§ 69 y 70) una clara oposición existe ciertamente entre presupuestos procesales y condiciones de la acción (1).

Las cuestiones sobre las condiciones de la acción llámanse cuestiones de *fondo* «de mérito» (*merita causae*), frente las cuestiones sobre los presupuestos procesales (Cód. proc. civ. artículo 492 y 493, 803, etc.) (2).

Comenzamos por las cuestiones de mérito, siguiendo el razonamiento lógico que hace el que se propone obrar en juicio.

(1) En todo esto se manifiesta la diferencia entre nuestra doctrina y aquéllas que identifican derecho y acción. Sus partidarios suelen identificar también el interés de obrar con el interés que es contenido del derecho; o—reconociendo la autonomía del interés en obrar—hacen de él una condición de *admisibilidad* de la acción. Así piensan entre los italianos TEA, *Interesse ad agire*, 1917, quien mostrándose convencido (p. 111) de la verdad de nuestras observaciones (§ 5, VI) sobre la independencia del interés en obrar, no ha sabido, no obstante, renunciar a la concepción tradicional de la acción. Que el interés en obrar no es condición de *admisibilidad* de la acción, sino condición específica de *existencia* de la acción, resulta de cuanto hemos dicho sobre la acción, y está demostrado con claridad insuperable por WACH. *Feststellungsanspruch*, cit. p. 25 y sigs.

(2) A veces la ley habla de fondo de la controversia para contraponer la actuación de la voluntad provisional de la ley a la actuación de la definitiva (Cód. proc. civ. art. 940); o para contraponer la cuestión sobre la anulación de un pronunciamiento precedente, a la que fué objeto de ésta (Código proc. civ. art. 33, 508).

APÉNDICE AL § 3

Referencias al derecho español

En el estudio del procedimiento que corresponda a cada juicio en particular—dentro de nuestra ley de enjuiciamiento civil—hallaremos aplicación de la doctrina del capítulo precedente; y correspondencia de las citas legales que refiriéndose a los códigos italianos hace allí el autor.

Por creerlos de más inmediata relación con aquellas doctrinas y, desde luego, más integralmente básica nos parece oportuna en este lugar la referencia a los arts. 1 (comparecencia en juicio), 524 y siguientes (juicio declarativo ordinario de mayor cuantía), 260 y siguientes (notificaciones, citaciones, etc.), 489 y siguientes (cuantía de las demandas), 578 y siguientes (prueba), 840 y siguientes (de la segunda instancia), 1686 y siguientes (recursos de casación), 762 y siguientes (juicios en rebeldía), 919 y siguientes (ejecución de las sentencias), 533 (excepciones dilatorias) y 790 y siguientes (juicios de árbitros y amigables componedores) de la ley de Enjuiciamiento civil, y el 6 del Código civil, en relación con el 368 del penal que se refiere a la obligación del juez de fallar las controversias a él sometidas.
