

§ 4

La ley procesal (1)

I. *Objeto de la ley procesal.*—Llámase ley procesal la que regula la actuación de la ley en el proceso y particularmente la que regula la relación procesal. Es la resultante, según se ha visto en la introducción, de un conjunto de normas contenidas, parte en la ley procesal fundamental (Código de procedimiento), parte en leyes procesales modificadoras o complementarias y parte dispersas en leyes que regulan otras relaciones ya públicas, ya privadas; algunos de sus principios, como ya hemos visto, derivanse directamente de la existencia del proceso. La naturaleza procesal de una ley no debe, pues, deducirse del lugar en que aparece incluida, sino de su *objeto*. La ley procesal puede tener dos objetos, y todas las normas procesales se hallan ligadas a uno u otro de ellos:

a) Regular la *formación* de los órganos jurisdiccionales, su *condición* jurídica (disciplina, garantías); la *capacidad* de los órganos públicos y de las partes para realizar actos jurídicos en el proceso.

b) Regular las *formas de actuación* de la ley, los *derechos y deberes* de los órganos públicos y de las partes en el proceso, los *efectos* de los actos y medios jurídicos procesales (incluso los principios sobre la acción, la carga de la prueba, admisibilidad de la misma, y sobre la eficacia probatoria de los medios de prueba, sobre la cosa juzgada, ejecución, etc.); en fin, la *forma* de los actos procesales.

Aunque habitualmente se contraponen la ley sustancial a la ley

(1) Sobre esta materia, especialmente; BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht* (Derecho procesal dispositivo) en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 64, p. 1 y siguientes; WACH, I, p. p. 114, 129, 206, 254; POLLAK, I, páginas 115 y siguientes.

procesal, sería erróneo creer que la segunda tiene siempre carácter *formal*, porque garantiza un bien de vida que frecuentemente, como se ha visto hablando de la acción, no podría conseguirse sino en el proceso; pero es *procesal* porque se funda en la existencia del proceso, y deriva de ella. En todo conjunto de normas que regulan una figura procesal (sentencia de condena, sentencia de declaración, proceso documental y monitorio, embargo, ejecución sobre títulos contractuales, etc.) existe como base, expresa o tácita, una norma que concede las correspondientes acciones, que dispone por ejemplo: quien tenga un crédito en estado de incumplimiento tiene el poder de pedir una sentencia de condena; quien sea acreedor por una letra de cambio vencida tiene la facultad de pedir la ejecución forzosa inmediata, y así en casos análogos. Existe, pues, un derecho procesal *sustancial y formal*.

Para regular algunas de estas materias puede *referirse* también la ley procesal a las leyes reguladoras de otras relaciones, como ocurre para el estado y capacidad de las partes (Cód. proc. civ. artículo 36), y es meramente procesal la institución del procurador para pleitos (art. 156). Frecuentemente la norma procesal hállase ligada a instituciones y principios de derecho privado (a si la norma que concede la acción de condena se refiere al derecho civil por cuanto hace relación al concepto de *crédito* y al *estado de incumplimiento*; la norma de que el juez debe abstenerse cuando es *pariente* de una de las partes; la de que el que pretende haber sido liberado de una obligación debe probar el *hecho extintivo*). Análogamente muchas normas se conexionan al derecho constitucional y administrativo.

Entre los dos objetos de la ley procesal existe una íntima ligación; así veremos que según la conformación y la condición jurídica de los órganos jurisdiccionales, las formas procesales pueden ser reguladas más o menos rigurosamente (§ 43). No sólo esto; del mismo modo que en el Estado moderno el ejercicio del poder constitucional se considera exclusivamente como *función esencial* de la soberanía, y las personas investidas de la jurisdicción no son sino *funcionarios* del Estado, así las leyes y la doctrina procesal moderna consideran preferentemente en el proceso la actividad pública; y las instituciones procesales sobre todo desde el punto de vista del interés general lo cual explica también algunas fundamentales diferencias entre la doctrina moderna y la an-

lo 192); cuando la ley guarda silencio la nulidad no puede pronunciarse sino a instancia de una parte (art. 56). Entiéndase que esto se aplica sólo a la inobservancia de aquellas normas que se refieren a particulares actos del proceso; en cuanto a los presupuestos procesales, que son condiciones de regularidad no sólo del acto de citación, ni de tal o cual acto, sino de la serie completa de los actos procesales, el juez puede siempre poner de manifiesto, de oficio, su falta, porque el defecto no tiene únicamente importancia respecto de los actos ya realizados, sino también de los que se realizarán. Ni siquiera la parte puede oponer la nulidad cuando ella misma haya sido la causa, o cuando la norma violada fuere establecida sólo en interés de la otra parte (art. 57). La nulidad de los particulares actos de procedimiento queda subsanada, cuando la parte que podía oponerla, renuncia o no la opone en tiempo (artículo 57 y 191).

No se deduce de estas reglas sobre *nulidad*, que las partes puedan *anticipadamente* ponerse de acuerdo para no observar una norma procesal, sólo porque la inobservancia realizada no pueda, de oficio, ser puesta en evidencia por el juez. Con tal doctrina caeríamos en el proceso *convencional*. Una cosa es renunciar a oponer una nulidad *ya incurrida*, y otra es disponer un proceso convencional. Las normas procesales, pues, pueden ser:

1. Normas *dispositivas*, cuya inobservancia puede ser válidamente consentida por las partes.

2. Normas *absolutas*, cuya observancia es obligatoria, pero diferentes, a su vez, según que:

a) La inobservancia no puede ser puesta de manifiesto una vez realizada;

b) La inobservancia no puede ser relevada de oficio;

c) La inobservancia debe ser relevada de oficio, pero si no lo fué, es subsanable;

d) La inobservancia debe relevarse de oficio y es irremediable (y esta cualidad puede ser relativa, que desaparece con la sentencia o absoluta, que impide la sentencia).

Las normas dispositivas, cuando no existe derogación consensual, valen como normas absolutas (sobre todo esto v. §§ 41 bis, 43, 76).

III. *Contratos procesales* (1). *Compromiso*. La presencia de un órgano del Estado en el proceso hace que solo en pocos casos tengan validez los acuerdos de las partes para regular a su manera la relación procesal, de suerte que las partes puedan recíprocamente exigirse el cumplimiento del acuerdo, puesto que el acuerdo procesal por su naturaleza mira siempre de modo más o menos directo a la actividad del juez, que en virtud del mismo acuerdo viene limitada frente a la otra parte. Ni todas las derogaciones de normas dispositivas, ni solo ellas, constituyen contratos procesales. Frecuentemente el acuerdo de las partes es un simple presupuesto de la resolución del juez y debe existir en el momento en que ésta es pedida; si el convenio se ha formulado anteriormente, debe ser mantenido hasta este momento, de otro modo no tiene eficacia ni importancia jurídica; hay entonces acuerdo de voluntad pero no contratos procesales (§ 47, VII). Otras veces tenemos declaraciones de voluntad autónomas unilaterales y bilaterales, con eficacia dispositiva, pero constituyendo ellas mismas un acto procesal (§ 52, II). El contrato procesal, en cambio, no es en sí mismo un acto procesal (tanto que ordinariamente tiene lugar con vista a un proceso *futuro*); y tiene por contenido la reglamentación convencional del proceso (ejemplo típico el *pactum de foro prorogando*) o la renuncia de derechos que se hacen valer mediante el proceso (ejemplo, *pactum de non petendo*, compromiso). Es característica constante de los contratos procesales, la de desarrollar posteriormente su eficacia en el proceso futuro o pendiente, de manera que la parte puede obtener su actuación contra la parte u oponerse a cuanto se intentare hacer contraviniendo el contrato. El campo de estos contratos es limitadísimo. El acuerdo de comparecer espontáneamente en juicio, sin citación (Cód. proc. civ. artículo 37) está reconocido por la ley, pero es por su naturaleza in-

(1) Sobre esta materia, especialmente KOHLER, *Ueber prozessrechtliche Verträge und Creationen*. (Sobre los contratos y creaciones procesales) en el volumen de *Contribuciones al derecho procesal civil*, Berlín 1894, páginas 127-239, 253-259. Y en sentido muy diferente; BUNSEN, *Prozessrechtsgeschäfte* (Negocios jurídicos procesales) en la *Rivista pel proc. civ. tedesco*. vol. 35 (Marzo 1906) p. 401 y sigs. Por último FERRARA L. en *Foro italiano* 1907 p. 496 y sigs.

coercible, porque el no compareciente no podría juzgarse *rebelde*. Al contrario, en el caso de convenio de *no comparecer* en cierta audiencia, es discutible si el incumplimiento da lugar sólo al resarcimiento de los daños, como cree KOHLER o si lo actuado compareciendo contra el convenio es nulo (como ha estimado el Tribunal Supremo del Imperio alemán).

Ineficaces porque tienden a regular una actividad pública de manera distinta de la legal, son los contratos relativos *a la prueba*, que se dirigen a atribuir valor a ciertos medios de prueba o a excluir algunos o a dispensar de alguna formalidad en la asunción de las pruebas. El derecho común, en cambio, admitía estos contratos (1); la observación antes hecha (pág. 121 y 122) explica esta diferencia. Por lo demás muchas veces se llaman *contratos de prueba* a ciertas cláusulas contractuales que realmente tienen un contenido de derecho sustancial. Así la cláusula de que la existencia de objetos asegurados *no pueda probarse* en caso de siniestro sino con una escritura es, en realidad, una limitación de la responsabilidad del asegurador a las cosas que resultan de la escritura; la cláusula que determina que un recibo *haga prueba* únicamente del pago del último plazo vencido de una deuda, es una declaración de voluntad con la que se reserva toda cuestión respecto a los plazos anteriores.

No tenemos nosotros la *sumisión convencional* a la ejecución que se usa en Alemania añadiéndola a los contratos notariales para dispensar al acreedor del período de conocimiento; puesto que nuestros contratos notariales, como los franceses, son por sí mismos ejecutivos (Cód. proc. civ. art. 554 n. 3). Pero tenemos y admitimos como válido el pacto *de no cumplir* un título ejecutivo, como es válido el pacto más general de no hacer valer en juicio un determinado derecho (*pactum de non petendo*); aquí sólo existe una renuncia a un derecho individual. Pero no es válido el pacto de proceder contra el deudor, *sólo por vías ordinarias*, renunciando a pedir la declaración de quiebra, porque la facultad de

(1) *Partes possunt convenire et facere, quod probationes invalidae et attestations non rite receptae valeant et plene probent*: GIASONE DEL MAINO (1435-1519), ad. l. 31 *de jurejur*, n. 103. Cons. KOHLER, *civilprozessrecht*, pág. 131.

elegir el procedimiento de concurso, se concede al acreedor en beneficio del interés general (1).

Así no puede hacerse reconocer ni valer en juicio el acuerdo de *simular* un proceso (p. 97); porque en el proceso entra la persona pública que no puede ser partícipe de la simulación.

La ley reconoce, en cambio, como ya hemos notado, un importantísimo contrato, que pertenece propiamente al derecho privado, pero que tiene una *importancia procesal negativa*; en cuanto da a las partes una excepción procesal, es el *compromiso*, o sea el acuerdo de las partes, de deferir la definición de las controversias a uno o más particulares (*árbitros*): Cód. proc. civ. artículo 8 y sigs (2).

El compromiso implica, pues, una renuncia «al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial». Si una de las partes comprometidas, citase a la otra ante el juez, el demandado puede impedir el examen del fondo mediante la excepción de compromiso, que no es ni de incompetencia ni de litispendencia, sino de renuncia al procedimiento de conocer por la autoridad judicial. Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es una *definición* de controversias, mediante un juicio *ajeno*: pero el árbitro no es funcionario del Estado,

(1) KOHLER, en un artículo en la *Rivista pel proc. civ. ted.* vol. 11, pág. 309 y sigs. y en el citado volumen de *Contributi*, p. 248.

(2) MORTARA, *Comment*, III, n.º 34 y sigs. V. n.º 43; MATTIROLO, *Trattato*, I, n.º 717 y sigs.; TRIANI, *Del compromesso*, en las *Studii ed appunti di diritto giudiziario*, 1883, p. 255 y sigs.; RIVALTA, *I. giudizii d' arbitri*, 1885; AMAR, *Giudizii arbitrali*, 2.ª ed. 879; CODOVILLA, *Del compromesso et del giudizio arbitrale*, 1889; DE POLO, *Titolo esecutivo*, 1901, p. 156 y sigs.; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit. páginas 29, 21; ROCCO *La sentenza civile*, cit. p. 38 y sigs.; BONFANTE, en la *Riv. di dir-comm*, III, 1905, 2, p. 45 y sigs. GALANTE, *Sentenze arbitrali*, en el *Digesto italiano*; Id., *La funzione degli arbitri*, en la *Legge* 1906, página 1594; Id., *Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri*: en los escritos en honor de CARLO FADDA; *Lezioni di Dir. proc. civ.*, 2.ª ed. p. 85 y sigs.; CASAVOLA, *L'elemento formale nel compromesso*, 1905; FERRARA, *Le pronuncie arbitrali straniere* en los *Studii di dir. proc. civ.* Nápoles 1908, p. 455 y sigs.; COGNETTI DE MARTIIS, *Il compromesso*, Turín, 1908; FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto procesuale civile internazionale*, Palermo. 1908; GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto procesuale civile internazio-*

no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada, no actúa la ley, no obra (1); sus facultades se derivan de la voluntad de las partes ex-

nale, en la *Riv. di dir. civile*, 1910, p. 674 y sigs.; GALGANO, *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, en la *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, 1910-11; SIMON, *Du compromis*, 1886; WEILL, *Les sentences arbitrales en droit international privé*, 1906; WACH, I, p. 64 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed. § 26; WEISMANN, II, § 190; WINDSCHEID, § 415 y sigs.; WADLINGER, *Die Zwangs vollstreckung ausländischer Schiedsprüche nach der Reichs-civilprozessordnung*, Munich, 1896; WEIZSACKER, *Das römische Schiedsrichteramt*, 1879; BORNHAK, *Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte*, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. XXX (1902), p. 1 y siguientes; DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani*, en el *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, año V. página 49 y sigs., particularmente págs. 49, 82.

(1) La naturaleza privada del arbitraje y del laudo en la más reciente doctrina italiana fué afirmada primeramente por nosotros en la monografía sobre la *Azione*, citada en la nota precedente, contra DE PALO y MORTARA, obras citadas. La tesis fué desenvuelta después ampliamente por ROCCO ALFREDO, *Sentenza civ.* citada. Pero ROCCO, creemos, la exageró de tal manera que las críticas de los más recientes adversarios (GALANTE, FEDOZZI, GHIRARDINI, GALGANO) no son del todo injustificadas. ROCCO lleva el arbitraje a los casos en que el árbitro del tercero es *elemento de determinación de la voluntad privada*. Esto puede decirse del *arbitrator* (V. más adelante el texto) pero no del árbitro. Las partes piden al árbitro no cual *deba* ser su voluntad, sino cual *es* la voluntad *de la ley* que regula su relación. No existe en el compromiso la manifestación de una voluntad incompleta, que el árbitro deba integrar. Decir que el laudo integra la voluntad de las partes, sino repetir la falta de sentidos de escritores menos modernos, según los cuales el laudo es una *convención*, es con todo erróneo: el laudo es por sí una obra de lógica jurídica afin al dictamen del jurista, a la pericia del técnico, y no integra la voluntad de las partes comprometidas más de lo que el cuadro, la novela, la obra musical, creada por el artista integra la voluntad de las partes en el contrato en virtud del que fué realizada. Pero cuando esta obra jurídica se realiza en las materias permitidas por la ley, por personas elegidas según las prescripciones legales, observando las formas queridas por la ley, el Estado consiente en tomar de este trabajo lógico de un particular, la materia prima de una *sentencia*. Para entender esto, conviene considerar que en la sentencia el elemento lógico no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad con el cual el juez formula la voluntad de la ley y en el que el acto jurisdiccional,

presadas de conformidad con la ley; su decisión (sentencia arbitral

la *sentencia*, consiste. La mera preparación lógica de la sentencia no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza por un órgano jurisdiccional. Por esto cuando la ley consiente que el órgano del Estado formule la voluntad de la ley deduciendo su tenor del trabajo lógico realizado por un particular (lo cual en la realidad puede tomar la forma de una simple sentencia, o también de un simple decreto, de ejecutoriedad del laudo) no por esto atribuye carácter jurisdiccional al laudo y mucho menos a la actividad ejercida por los árbitros para ponerse en situación de producirlo. El carácter jurisdiccional debería aparecer *durante* el arbitraje, pero es precisamente durante el arbitraje cuando la naturaleza puramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la carencia de todo *poder* que consienta a los árbitros examinar coactivamente testigos, realizar coactivamente una inspección ocular, etc., etc. (V. § 18). Por esto repetimos; el laudo es y permanece acto privado porque *es acto de un particular*, y cuando deviene ejecutivo es elevado *al nivel* de un acto jurisdiccional; en otros términos, laudo ejecutivo quiere decir un acto complejo en el que el acto particular tiene la materia lógica y el acto del órgano público la materia jurisdiccional de una sentencia. Esto será mágico (como afirma FEDOZZI, *ob. cit.*, p. 19 refiriendo una exclamación de LAINE, *De l'execution en France des sentences arbitrales étrangères*, en *Clunet*, 1899, p. 651, repetida después a través de FEDOZZI por GHIRARDINI, *ob. cit.*, p. 680), pero es real.

La doctrina de FEDOZZI que ha extremado la tesis menos concreta de MORTARA sobre la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, parte del concepto de que la sentencia es esencialmente un juicio lógico, y por esto encuentra en el laudo una sentencia perfecta «de pura declaración» que devendrá «sentencia de condena» cuando se le añada con el decreto del pretor el acto de voluntad (p. 39), FEDOZZI se inspira en la opinión sostenida entre nosotros por ROCCO (*Sentenza civile*, p. 34), que exagerando el carácter meramente *declarativo* de la sentencia, considera como esencial en la sentencia solo el juicio lógico con el *que* se afirma la existencia de una voluntad de ley. Verdaderamente ROCCO no supuso que esta opinión pudiera ser sostenida en favor de la naturaleza jurisdiccional del laudo, combatida por él; habiendo aclarado bien (p. 35) que para tener *sentencia* precisase que el juicio lógico sea realizado por un *juez*. Pero ciertamente su tesis se prestaba a ulteriores exageraciones.

Lo exacto, a nuestro entender, es que la sentencia—ya sea de declaración, ya de condena—es esencialmente un acto de voluntad del órgano público, que *debe* tener por contenido la formulación de la voluntad de la ley (ad. 63). De aquí que el razonamiento tiene una función meramente prepa-

o laudo) es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es eje-

ratoria (V. antes en esta nota y en el texto, p. 95), y el juicio lógico sobre la existencia de una voluntad de ley no atribuye por sí mismo *al particular* que lo realiza oficio, jurisdiccional. Es verdad que puede darse una ley opuesta; que no solo permita a las partes confiar a los particulares la preparación de la materia lógica de una sentencia, sino que considere a estos particulares como órganos jurisdiccionales, pero esto debe, ante todo, manifestarse con la concesión de *poderes jurisdiccionales* a aquéllos. Ahora bien—sin afirmar que esto fuese contrario a la esencia de nuestras organizaciones judiciales, ni reclamado, ni permitido por nuestras condiciones político-sociales—basta observar que nuestra ley *no concede* a los árbitros poderes jurisdiccionales. Y cuando FEDOZZI, para mejor demostrar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, acude a la comparación con los casos en que el particular está investido de funcionarios públicos, como cuando el art. 65 Cód. proc. pen. lo autoriza PARA DETENER a cualquier individuo sorprendido en flagrante delito, da la mejor prueba, con esto de la razón contraria, por que el particular en este caso (prescindiendo de cualquier otra observación sobre el asunto, cons. GHIRARDINI, ob. cit., p. 677) recibe de la ley un PODER que de otra manera no tiene, y es el uso de la fuerza contra el delincuente. Pero los árbitros no reciben de la ley NINGÚN PODER. No pueden examinar testigos, sino con el consentimiento de ellos, visitar lugares, sino con el acuerdo de las partes y de los terceros. En una palabra, la ley deja libres a las partes, ya que conocen las condiciones y las exigencias del caso concreto para convenir que la materia lógica de la decisión sea preparada *sin uso de poderes jurisdiccionales*. La historia nos presenta muchos ejemplos de procesos en los que las operaciones de juzgar son confiadas a diferentes personas (§ 20, V.): el mismo derecho italiano moderno conserva de ello un ejemplo en el jurado. El arbitraje es otro caso de perfeccionamiento de las operaciones del juicio y tiene precisamente por característica la exclusión de los poderes jurisdiccionales de las operaciones meramente lógicas confiadas a los árbitros. Puede existir una ley que no exija ni siquiera la sentencia o decreto de ejecutoriedad del laudo (tal ocurre en muchas leyes suizas: V. FEHR, *Das Schiedsgericht in der Schweizerischen Zivilprozessgesetzgebung*, Zurich, 1903, p. 81). Pero ni aún en esta ley el laudo y el arbitraje tendría carácter jurisdiccional, a menos que los árbitros tuvieran los poderes jurisdiccionales. Faltando éstos, su actividad y su decisión, aún *parificada* en los principales efectos a una sentencia incluso ejecutoria, no sería jurisdiccional. De los dos escritores italianos que más recientemente se ocuparon de este asunto, GHIRARDINI, ob. cit. rechaza la doctrina de FEDOZZI y se adhiere a la de MORTARA; pero define luego el laudo un acto jurisdiccional *en potencia* (p. 679) y la

cutiva (1). El Estado *hace ejecutivo* el laudo, mediante un acto de un órgano jurisdiccional (Cód. proc. civ. art. 24); este acto de jurisdicción respeta la naturaleza privada del laudo en sus orígenes y en su ejecutoriedad, pero asume su contenido como fundamento: con esto, el laudo ya ejecutivo es equiparado al acto jurisdiccional (2). El Estado, pues, aviva la consideración del interés individual en el proceso civil hasta consentir que las partes confíen a un particular, antes que a los jueces, la preparación de la materia lógica de una sentencia, y esto en previsión de que en el caso concreto, esta manera de definir las controversias pueda responder mejor a la confianza y a las necesidades de las partes.

Por eso el Estado somete normalmente un importantísimo grupo de sus controversias con los particulares al conocimiento ar-

función de los árbitros una *jurisdictio minus plena* de cuyas expresiones la primera encierra una contradicción en los términos y la segunda recuerda una distinción que hoy ya no tiene significado. GALGANO, por el contrario toma y desarrolla con mayor amplitud la tesis de FEDOZZI (ob. cit. p. 50 y sigs.) considerando el arbitraje como un caso de asunción particular de funciones públicas. A lo cual basta oponer cuanto hemos dicho en otras ocasiones; el particular que asume una función pública recibe los poderes inherentes a la función; los árbitros no reciben poderes especiales, ni en el acto de juzgar, ni (lo que también importa) durante el procedimiento destinado a situarle en grado de juzgar.

(1) Que los árbitros a los efectos de la ley penal (y siempre que se trate de los árbitros privados, y no de los que tienen funciones públicas, como los conciliadores, los árbitros peritos, a que se refiere el art. 378 del Arancel civil, los árbitros necesarios) sean *equiparados* a funcionarios públicos (Cód. pen., art. 207) significa tan poco en ayuda de la naturaleza pública de su función como la equiparación del testamento ológrafo y de la letra de cambio a un acto público (Cód. pen., art. 284) significa en favor de la naturaleza pública de tales actos. Y también el argumento derivado del artículo 207 del Cód. pen., parece convincente a muchos defensores de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. V. además de GALANTE. ob. cit. y CASAVOLA, ob. cit., p. 52 nota, LONGHI, *Legittimità della resistenza agli atti dell' autorità*, Milán, 1908, p. 253 nota.

(2) Que el laudo en sí sea escritura privada, no quiere decir que la parte contra quien se haya hecho valer pueda limitarse a desconocer esta escritura. Se interpone ahí un acto público, el decreto del pretor, y si existe un interesado en anularlo debe antes probar el defecto de los presupuestos de este acto.

bitral (1). Pero al conceder esta facultad a las partes, la ley no renuncia a regular su ejercicio, determinando las condiciones de validéz del compromiso, del procedimiento y de la sentencia arbitral y permitiendo impugnarla ante los órganos de la jurisdicción, *aun mediando cualquiera renuncia* (arts. 30 y 32, Cód. proc. civ.) (2). Con esto muchas veces las controversias antes que simplificarse se complican. Tan exagerado es considerar esta institución como un mero residuo del pasado, como un augurio de mejor justicia futura (3).

A veces la ley llama *árbitros* también a órganos especiales de jurisdicción que las partes no *acuerdan* aceptar, sinó que deben acatar por mandato de la ley (*árbitros necesarios*). Y la ley dispone que las decisiones de estos órganos sean o no ejecutorias como el laudo (4).

Desde hace tiempo que se discute doctrinalmente la diferencia entre *árbitro y arbitrador* (5). El árbitro conoce de una relación litigiosa, como de ella conocería el juez: el *arbitrador* del derecho común es un *amicabilis compositor* llamado a determinar en una relación jurídica pacífica en si misma, un elemento no definido por las partes (por ejemplo, el precio de una venta, la partici-

(1) V. *Capitolato generale* 28 Mayo 1895, para las contratas de las obras dependientes del Ministerio de obras públicas, art. 41 a 50.

(2) De aquí que estas normas y estas inderogables impugnaciones, nada argumentan en favor de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje; significan solo las condiciones, bajo las cuales consiente la ley que la preparación lógica de una sentencia sea resultado *particular* de una actividad *particular*.

(3) También según MANCINI (MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA II, p. 12) «el juez del porvenir volverá a parecerse al árbitro bajo la triple relación de economía, sencillez y confianza de los litigantes. Pero éste árbitro se diferenciará del antiguo en que tras él estará ahora el poder social en la plena posesión de toda la fuerza necesaria para la realización de sus decisiones».

(4) V. MORTARA, *Commentario*, I, núm. 432 y siguientes.

(5) DURANTI, *Speculum giudiciale*, lib. I, part. I *de arbitro et arbitratore*; WEISMANN, en el *Archivio per la pratica civile*, vol 72, p. 269 y siguientes. vol. 74, p. 422 y siguientes, y en el *Manuale*, II, p. 261; KOHLER en el vol. citado de *Contributi* p. 259 y siguientes; ASCOLI, en la *Rivista di diritto commerciale ind e mar*, 1904, II, p. 386 BONFANTE en la *Rivista ci-*

pación de un socio en una sociedad), tanto en uno como en otro caso las partes se obligan a pasar por la decisión del tercero, pero la decisión del *arbitrador* puede impugnarse cuando es evidentemente injusta. El *arbitrador*, pues, no *declara* derechos existentes, sino que *completa* relaciones jurídicas, lo cual no tiene importancia sino para el derecho civil. Nuestra ley admite el *arbitrador*, ya concediendo la impugnación de sus determinaciones (Código civil, art. 1718) ya prohibiéndola (Cód. civ. art. 1454), y de esta institución hace uso frecuente la práctica, hoy principalmente bajo la forma de acuerdos entre obreros y empresarios. Admite la ley además una figura intermedia, entre el *arbitro* y el *arbitrador*, o sea el árbitro *amigable componedor*, que decide relaciones litigiosas, lo cual lo asimila al árbitro, pero no necesariamente *según el derecho* (Cód. proc. civ. art. 20) lo que le da un poder modificativo o constitutivo de las relaciones.

La distinción entre *arbitro* y *arbitrador*—que prácticamente es importante por la diferencia de las normas que rigen ambas instituciones—puede dar lugar a graves dudas, cuando se confía a un tercero la simple determinación de la importancia de un valor o de un daño. En la duda ha de entenderse que se trata de árbitro y de compromiso cuando el acuerdo de acudir al tercero es posterior al momento desde el cual el valor o el daño es debido (1).

En cambio no ofrece dificultad la diferencia entre árbitro y *árbitro-conciliador* (Cód. proc. civ. art. 402).

ARBITRAJE. Solo puede constituirse por contrato (mientras otras leyes, como la alemana, admiten otros actos, como el testamento). El compromiso debe contener la *determinación de las controver-*

zada, 1905, II, p. 45 y siguientes; MESSINA en la *Rivista* cit. 1904, I, p. 488 y siguientes; SRAFFA, en la *Rivista* cit. 1907, I, p. 429; GALANTE, *Natura ed efficacia* etc. p. 32 y siguientes del extracto.

(1) A veces la determinación de un valor es sustraída *por la ley* a la autoridad judicial y remitida a peritos o árbitros, cuya resolución es definitiva sin que por esto tenga carácter jurisdiccional; tal ocurre para la determinación del valor de los inmuebles a los fines fiscales (L. 20 Mayo 1897, art. 24 y siguientes); para la determinación del valor de los objetos de arte o antigüedad con el fin de fijar el impuesto de exportación y precio de adquisición por parte del Estado (L. 20 Junio 1909, arts. 9 y 10).

sias; el compromiso *genérico* (convenio de someter al compromiso todas las controversias posibles o las de determinada naturaleza entre A y B) es nulo; es lícito, sin embargo, comprometer todas las cuestiones que *pueden* nacer de un determinado contrato ya concluido (cláusula compromisoria) Cód. proc. civ. art. 11 y 12. Las cuestiones que se comprometan deben ser *transigibles*: exclúyense, las de estado y separación personal (art. 8), debiendo, en cambio considerarse admitida la cuestión de alimentos. Siendo una renuncia al conocimiento por la autoridad judicial, el compromiso es acto de disposición afín a la transacción pero aun más importante; por eso la capacidad para comprometer supone la de transigir (art. 9), pero la facultad de hacer transacciones no implica la de hacer compromisos (Cód. civ. art. 1742).

Como *forma* del compromiso requiere nuestra ley (*ad solemnitatem*) el acto publico o la escritura privada (Cód. proc. civ. artículo 11); la ley alemana admite también la forma oral. El compromiso debe contener el nombre y apellido de las partes y de los árbitros (uno o más, en número impar; ciudadanos o extranjeros, excluyendo las mujeres, (1) los menores, los sometidos a interdicción y los excluidos por condena penal del cargo de jurado, no rehabilitados; arts. 8, 10 y 11). Pero la determinación de la persona física del árbitro no pertenece a la esencia del compromiso como la determinación del objeto. Esta diferencia obsérvase más claramente en el compromiso para controversias futuras; aquí la ley misma prevé que los árbitros no nombrados o que después faltaren sean nombrados por la autoridad judicial o del modo convenido por las partes (art. 12), pero también en el compromiso para controversias actuales debe considerarse válido el pacto que se defiere el nombramiento de los árbitros a un tercero o a dos árbitros nombrados atribuye el nombramiento del tercero y la sustitución (artículo 44, núm. 2). Es necesaria la aceptación *escrita* de los árbitros (artículo 13, *receptum arbitri*).

Los *efectos jurídicos* del compromiso consisten: a) en la excepción de renuncia al conocimiento judicial; b) en la acción para la constitución del juez arbitral mediante nombramiento de los

(1) Hoy no existe esta exclusión en virtud de la ley 17 Julio 1919.
(Nota del Traductor)

árbitros que falten. La aceptación del nombramiento por parte de los árbitros produce: *a)* la obligación de los árbitros de pronunciar sentencia en el término establecido, bajo pena de responsabilidad por daños, salvo causa justa (art. 34, últ. parr.); *b)* el derecho de los árbitros a una remuneración (1).

El procedimiento arbitral apenas tiene formalidades; se regula en el compromiso y, en su defecto, por el criterio de los árbitros (art. 14 y 17). Los árbitros, como personas privadas, no tienen para la instrucción del pleito los poderes coercitivos que estudiaremos inherentes a la jurisdicción (V. nota a la pág. 28 y cap. 18). Las normas señaladas por la ley son dispositivas en su mayor parte; unas veces por su declaración expresa (art. 18 y 34, núm. 3); en otros casos precisase tener en cuenta la compatibilidad de una convención contraria con el *fin* de la norma particular. Surgiendo cuestiones prejudiciales *no transigibles* o relativas a un hecho que pueda dar lugar a acción penal, los árbitros *deben* enviar a las partes a la autoridad judicial competente, y el arbitraje queda en suspenso (art. 19).

El *fin* normal del arbitraje es el pronunciamiento del laudo o sentencia arbitral. No obstante, ésta puede ser simplemente interlocutoria, en cuyo caso hace correr un *nuevo* plazo igual al término establecido en el compromiso, o en su defecto, en la ley (90 días), para pronunciar la definitiva o una nueva interlocutoria (art. 34). Cesa anormalmente el arbitraje: *a)* por consentimiento de las partes. Si revocan por escritura pública o privada el nombramiento de los árbitros; *b)* por muerte, recusación, desistimiento, su capacidad de uno de los árbitros, salvo que las partes hayan pactado lo contrario en este caso; *c)* por transcurso del término sin que se haya pronunciado el laudo (art. 34).

El *laudo* debe ser deliberado después de *conferenciar personalmente los árbitros*; pronunciado en el Reino (2); suscrito, por

(1) Discútese si este derecho comprende la facultad en los árbitros de liquidar por sí mismo la retribución V. CHIOVENDA, *Condanna nelle spese giudiziali*, 1901, pág. 405. Pero admitido el derecho de los árbitros a la remuneración, su liquidación es una cuestión de gastos implícitamente deferida a los mismos árbitros.

(2) Esta disposición del art. 22, sólo es aplicable a los laudos *italianos*, o sea a los regulados por la ley italiana que deben ser ejecutivos en Italia,

lo menos, por la mayoría que, en su caso, mencionará los motivos por los cuales la minoría rehusó suscribirlo; y contener nombre y apellido, domicilio o residencia de las partes, indicación de la escritura de compromiso, la parte dispositiva precedida de los motivos de hecho y de derecho, la fecha y el lugar del pronunciamiento (art. 21 y 22). En cuanto al *contenido* de aquel, los árbitros no obran distintamente de los jueces, a no ser que decidan como amigables compondores (art. 20). Pueden, lo mismo que los jueces, declarar provisionalmente ejecutiva la sentencia (art. 23) y *a fortiori* están sujetos a las limitaciones que la ley impone al oficio de los jueces (por ejemplo, conociendo de un acto administra-

conforme al art. 24. Carece de fundamento la opinión que deduce de aquí la invalidez del compromiso o cláusula compromisoria estipulada en Italia entre italianos, o entre italianos y extranjeros, para deferir controversias a árbitros extranjeros que pronunciarán en el extranjero (en tal sentido alguna sentencia italiana: Casación de Turín 24 Mayo y 8 Junio 1907 *Foro it.* 1907 pág. 1261, 1267; 29 Agosto 1911 en *Foro it.* 1911 pág. 1465; Apelación de Genova 9 Enero 1905, 6 y 16 Marzo 1906 en la *Rivista di dir int* 1906 p. 467). Ni la invalidez puede derivarse incondicionalmente de un principio general. Las partes que pueden comprometer son libres de someter el arbitraje a una u otra ley, la cual dedúcese principalmente del *domicilio* (sede) que han asignado al arbitraje, y éste a su vez, en silencio de las partes, del domicilio del árbitro. No es bastante la consideración de que el compromiso sea hecho en Italia y regulado por la ley italiana, para deducir que el arbitraje deba regirse por la ley italiana y desarrollarse en Italia. Ni menos conduce a tal consecuencia el hecho de que el compromiso se refiera a contrato cumplido o que deba cumplirse en el Reino. Cuando se dice (Sentencias citadas y notas en *Giurisp. ital.* 1907 p. 801 y 920 y 1911 p. 1305), que en este caso el contrato *está sometido* a la jurisdicción italiana (art. 105 número 2, Cód. proc. civ.), y que ésta conforme al art. 69 Cód. proc. civ. puede ser subrogada únicamente con un arbitraje italiano, confúndese ante todo la competencia genérica con la competencia *exclusiva* de la autoridad italiana; en segundo lugar, se considera equivocadamente el compromiso como un caso de *prórroga* de jurisdicción. La prórroga supone dos actividades jurisdiccionales, una sustituida por otra, y en el arbitraje ocurre algo diferente. En las normas referentes al compromiso hay que distinguir un principio general de derecho público interno que admite que la voluntad de las partes confíe a la actividad privada la resolución meramente lógica de ciertas controversias; y las normas que regulan esta actividad y su eficacia, *en cuanto se desenvuelve en Italia*. Una vez reconocido tal prin-

tivo no pueden declarar que deba revocarse o modificarse por el art. 4.º de la ley 20 de Marzo de 1865, anp. E. someter por el artículo 48 de las Condiciones generales para las subastas de obras públicas).

La sentencia arbitral debe *convertirse* en ejecutiva por el pretor del departamento en el cual fué pronunciada y a tal fin se deposita con el compromiso, dentro de los cinco días siguientes a su pronunciamiento, por uno de los árbitros o por un mandatario suyo especial en la cancillería de ese tribunal (art. 24). La inobservancia de esta disposición (cuyo carácter absoluto o dispositivo se discute), hace inútil el arbitraje y el compromiso. La norma es común a las sentencias definitivas e interlocutorias; hasta que se observa, la sentencia no es ejecutiva, no solo en el sentido de no ser título de ejecución forzosa, sino en el de que carece de efecto jurídico, fuera del derecho de las partes a que se haga ejecutiva. Con el decreto del pretor el laudo adquiere la eficacia de la sentencia de los jueces (o sea idoneidad, si no es impugnada, para adquirir fuerza de cosa juzgada, fuerza ejecutiva), pero la paridad del laudo ejecutivo y del acto jurisdiccional, no es absoluta; el fundamento de la irrevocabilidad del laudo existe en la voluntad de las partes; estas pueden *convenir* no someterse a un laudo aunque sea ejecutivo y someter la controversia nuevamente a los jueces, lo cual como veremos, no puede hacerse con una sentencia (§ 78) (1).

cipio general, no pueden señalarse límites a la libertad de las partes, respecto al lugar en que ha de desarrollarse el arbitraje, que jamás la ley ha pensado señalar, y que no podía señalar sin contradecirse, puesto que este reconocimiento de la voluntad de las partes está determinado por la consideración de las posibles modificaciones y de las posibles exigencias *del caso concreto*; y éstas pueden ser tales que requieran (especialmente en las relaciones entre italianos y extranjeros), que el arbitraje se desarrolle en el extranjero. Para la validez del compromiso en cuestión. Véase: ANZILOTTI en la *Riv. di dir internaz*, 1906 p. 467 y sigs. 1907 p. 35.; RISSETTI, en el *Foro it* 1907 p. 1261; FEDOZZI, *L'arbitrato* cit. p. 119 y sigs. La validez del pacto, defendida por nosotros en el pleito de la Sociedad Humboldt contra la Sociedad Solfati; fué reconocida en tres sentencias conformes del Tribunal, Corte de apelación y Corte de Casación de Roma (V. esta última en *Foro it* 1911 p. 1444, nota.

(1) En esto se manifiesta la diferencia fundamental entre un *laudo ejecutivo* y la *sentencia del Estado*: el Estado puede reconocer aquel, en cuan-

El *conocimiento del pretor*, llamado a hacer ejecutivo el laudo, no puede limitarse en su *extensión*, como frecuentemente tratan de hacer los escritores, ya negando ya permitiendo al pretor las investigaciones sobre la capacidad de los contratantes, la naturaleza de la prestación, etc., es un conocimiento limitado solo en la *intensidad* como el que en muchísimos casos precede a la concesión de un acto de poder público a la parte interesada; ordinariamente se limitará a la regularidad exterior del laudo pero no se podría constreñir al pretor a reconocer la sentencia arbitral fundada en un compromiso que en su conocimiento sumario apareciese ciertamente contrario a la ley. Este acuerdo del pretor, positivo o negativo, puede ser objeto de conocimiento completo por parte del tribunal (art. 25); el resultado de este juicio puede ser la definitiva negación de la ejecutoriedad del laudo y, por consecuencia, su nulidad. El laudo en sí mismo puede, además, ser objeto de impugnación ante la autoridad judicial, con recursos comunes a las sentencias como la apelación y el recurso de casación (con las limitaciones de los arts. 28 y 31) y la demanda de revocación (artículo 30) y aun con un medio *especial*, la «demanda de nulidad» que se funda en la nulidad del compromiso o en su cesación (artículo 32, número 1), o en la incapacidad de los árbitros (art. 32, número 3), o en la falta de pronunciamiento, o en el pronunciamiento contradictorio, o que excede los límites del compromiso (art. 32, números 1 y 2), o en la violación de formas (art. 32, números 4 y 5). Es competente para conocer de la demanda de nulidad o de revocación, la autoridad que hubiese sido competente para conocer de la controversia (arts. 30 y 33). Nada dice la ley referente a los otros medios; sin embargo discútese vivamente en nuestra doctrina si debe considerarse competente por razón de territorio la autoridad que sería competente para conocer de la apelación si el pleito de primera instancia fuese propuesto ante la autoridad judicial, o la autoridad judicial del lugar donde fué pronunciado y depositado el laudo (1).

to *querido* por las partes, pero no ver en él comprometida la *propia* autoridad como en las sentencias *propias*.

(1) En el primer sentido CUZZERI, BORSARI y GARCIULO, en sus respectivos comentarios: MATTIROLO, *Trattato*, I, núm. 791. Contrarios MORTARA, *Comm.* III, núm. 186. No se conocen sentencias sobre este particular

En fin, aun antes de que surja el laudo, suscitándose dudas acerca de la validez del compromiso pueden las partes provocar una declaración del magistrado. En tal caso puede resolverse la cuestión a base de una *excepción de compromiso* presentada en un juicio ordinario.

La coordinación entre la actividad arbitral y la jurisdiccional es mucho más sencilla en el sistema germánico; los efectos de la cosa juzgada corresponden al laudo sin que este sea ejecutivo; solo para la ejecución forzosa es necesaria una *sentencia* que reconozca la validez del laudo; aun antes de ser solicitada esta sentencia la validez del laudo puede ser impugnada; el conocimiento del magistrado en ambos casos es idéntico, y corresponde al magistrado que fuese competente para conocer de la controversia.

IV. *Eficacia de la ley procesal en el tiempo* (1). Más que llevar una norma procesal al campo del derecho público, conducir las particulares instituciones a la ley procesal mejor que a la civil tiene importancia práctica también con referencia al problema de la eficacia de la norma en el tiempo y en el espacio (2).

anteriores a la de 12 Diciembre 1905 (*Foro Italiano*, 1906, pág. 232) de la Casación de Turín, que se adhirió a la segunda opinión.

(1) GABBA, *Teoria de la retroattività delle leggi*, vol. IV, 3.^a ed., página 427 y sigs.; MORTARA, *Principii di procedura civile*, núm. 7; LESSONA, *Teoria delle prove*, vol. I; SIMONCELLI, *Sulla restituzione delle scorte nella mezzadria (Legge, 1903)*; PASINI, *Sulla retroattività delle leggi processuali civili*, Perugia, 1906; SICILIANI, *La retroattività delle leggi processuali civili*, en la *Giurispr. ital.* 1908; CHIOVENDA, *Le norme sulla prova rispetto alla loro efficacia nel tempo*, en el *Foro ital.* 1912; WACH, I, pág. 211 y siguientes; MENGER, pág. 188 y sigs.; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, página 206; SCHMIDT, 2.^a cd., § 23; HELLWIG, I, pág. 29; WEISMANN, I, página 21.

(2) El período de duración de la ley procesal se determina según los principios generales referentes a la obligatoriedad y a la derogación de las leyes. Hubo leyes procesales de los precedentes Estados italianos que continuaron en vigor: así las leyes para las exacciones privilegiadas de los ingresos municipales (Reglamento gregoriano, cap. §§ 1655 y sigs.; decreto napolitano de 30 Enero 1817, art. 67, etc.), se mantuvieron en vigor hasta la ley 24 Diciembre 1908, sobre el procedimiento coactivo, actualmente texto único de 14 Abril 1910.

En el proceso se desarrollan *actividades públicas* y actividades privadas coordinadas a las públicas y como tales no pueden estar normalmente reguladas más que por una ley, la del tiempo y la del lugar en que se desenvuelven. La validez y la eficacia de un acto procesal realizado júzgase pues, según la ley procesal del tiempo y del lugar en que se ha realizado; la de un acto a realizarse, según la ley actual del lugar donde ha de tener realización.

El tiempo y el lugar en que ha nacido el derecho deducido en juicio no tiene por tanto importancia en lo que se refiere a la ley procesal que deberá aplicarse. Esta no podrá ser sino la del momento y del lugar en que—como la ley expresa—*se hace valer* aquel derecho en juicio. Este principio derivase de la separación substancial entre el derecho y el proceso (pág. 114). La misma acción, fundándose en la existencia del proceso, en tanto puede proponerse en cuanto la ley procesal, en el momento y en el lugar en que se propone, la reconoce (pág. 63). Solo la ley del proceso del tiempo y del lugar pueden decir lo que es lícito buscar en el proceso. Lo cual, como ya se ha observado (págs. 63, 98 y siguientes), aparece poco evidente cuando se piensa en las acciones que tienden a la consecución de un bien que podría obtenerse también fuera del proceso mediante la prestación de un obligado; puesto que cuando es admitido el derecho a una cierta prestación, es admitida paralelamente una acción para conseguir el bien correspondiente con los medios concedidos por el proceso del tiempo y del lugar. Pero si se piensa en las acciones que se refieren a bienes no conseguibles sino mediante el proceso (certidumbre jurídica, tutela posesoria, seguridad de créditos), véase como las acciones pueden o no existir en cuanto a la misma relación jurídica, según que la ley procesal del tiempo y del lugar admita o no las correspondientes formas de actuación de la ley.

Estos principios que no son sino la consecuencia de la autonomía de la acción y del proceso, significan todo lo que tienen de común las normas sobre la eficacia de la ley procesal en el tiempo y en el espacio. Pero además, estas dos órdenes de normas presentan profundas diferencias de naturaleza, para entender las cuales basta considerar que unas van dirigidas a regular la relación entre el presente y el pasado, y otras, por el contrario, a regular la relación entre las normas *coexistentes* de diversos territorios jurídicos. De aquí las desviaciones de aquellos comunes principios fun-

damentales, los cuales se encuentran en ambos órdenes de normas pueden ser dictadas por consideraciones de diversa naturaleza, lo que excluye que sean, sin más, aplicables por analogía (1).

Por lo que se refiere a la eficacia de la ley procesal en el tiempo, supongamos ante todo el caso de una ley procesal que suprima algunos modos de actuación de la ley o algunos medios de actuarla. En este caso desaparece también el poder jurídico de pedir su aplicación, por esto bajo el imperio de la ley nueva no se puede pedir la actuación de la ley con aquellos medios y en aquella forma, y todo esto sin consideración alguna al tiempo en que había nacido el derecho de pedirla. Así la ley que abolió la detención personal (pág. 18) ha suprimido este medio ejecutivo aun a los acreedores preexistentes. Lo mismo debería decirse de una ley que aboliese el embargo conservador, o de una ley que aboliese la actuación de la ley mediante *mera* declaración, si bien algunos consideran exceptuadas en este caso las acciones de declaración surgidas durante la ley antigua (2). Poco importa que la acción de declaración en sí misma sea un derecho y que se conciba como un derecho público o privado puesto que las leyes que abolen completamente una institución jurídica, como sería una cierta forma de tutela jurídica, tienen siempre en sí mismas un elemento de orden público de tal naturaleza que impone el sacrificio de los derechos preexistentes aunque sean privados (3). Así también si la ley nueva no admite la acción posesoria para la posesión de algunos derechos, no podrá utilizarse la acción posesoria concedida por leyes preexistentes ni siquiera para hechos anteriores (4). Por el contrario, si la ley nueva se limita a suprimir la acción en determinados casos, por ejemplo en los créditos provenientes del juego, esto no quiere decir que las obligaciones ya contraídas se reduzcan al es-

(1) En contra SICILIANI, loc. cit. § 1.

(2) SCHMIDT, *Manuale*, pág. 104.

(3) SIMONCELLI, *Sui limiti della legge nel tempo* (en el vol. I de los Estudios en honor de Víctor Scialoja, pág. 374 y sigs. Milán 1905.

(4) La Corte de apelación de Aguila ha considerado lo contrario (17 Enero 1903, en *Foro Italiano*, 1903, 221), partiendo de la idea de la acción posesoria como *derecho a la posesión*, y aunque la pretendida perturbación (negativa de corresponder una prestación) tuviese lugar bajo la ley nueva.

tado de obligaciones naturales, una *condena* en dinero es aun posible, si bien la causa origen de la deuda esté reconocida por la ley.

En cambio, si la ley admite nuevas formas de actuación de la ley o extiende las ya existentes a casos no admitidos antes, o introduce nuevos medios ejecutivos pueden servirse de la extensión también los titulares de derechos preexistentes; así, puesto en vigor el código procesal de 1865 que atribuye carácter de título ejecutivo a los actos contractuales públicos, adquirieron carácter de título ejecutivo también los estipulados antes (Real decreto 30 Noviembre 1865, art. 13; Real decreto 25 Junio 1871, art. 69). Y lo mismo podría resolverse en cuanto a las letras de cambio, desde que el nuevo Código de comercio atribuyoles efectos de título ejecutivo si la misma ley no hubiere prescrito lo contrario (art. 9, disposición transitoria para el Código de comercio) impulsada por la idea de que la reforma dirigida a favorecer la función de la letra de cambio podía limitarse a las letras *futuras*, también en vista de la corta vida *normal* de las letras de cambio que se encontraban emitidas en el momento de la actuación de la ley.

Bajo la ley nueva caen, según esta, los presupuestos procesales (competencia, capacidad (1), etc.), las excepciones procesales, los derechos y deberes de las partes, la forma y los efectos de los actos procesales.

Y lo mismo debe decirse de las *pruebas* no solo desde el punto de vista de su ejecución sino de su *admisibilidad*. Ya no puede dudarse hoy que las normas sobre la admisibilidad de las pruebas corresponden a la ley procesal. Ni puede inducirnos a creer lo contrario verlas incluidas en los códigos de derecho sustancial, pues sabemos que la naturaleza de una norma derivase de su *objeto*, no del *lugar donde se encuentre* (pág. 120) y que la historia

(1) Ya se entiende que en cuanto la ley procesal remite a la ley sustancial por lo que se refiere al estado y capacidad de las partes (Cód. Proc. Civ. art. 36; antes pág. 121, adelante § 35) pueden permanecer en vigor las normas anteriores, pero en virtud de una nueva norma de remisión (rinvio) de la *nueva* ley procesal. Si la norma de la ley procesal sobre capacidad tiene un contenido propio (como ocurre en el *jus postulandi*) la aplicación de cuanto llevamos dicho en el texto es más evidente.

del proceso francés nos explica porque el *code de procedure* no acoge sinó las normas procesales de carácter *formal* (pág. 12). No se puede ligar a la tradición y al espíritu de raza lo que únicamente es una costumbre hoy abandonada. Análogamente no es recomendable acudir en estas materias a las doctrinas del derecho común que se hallan todavía bajo la influencia de una concepción enteramente privada de las instituciones procesales, hasta el punto de admitir la validez de *contratos* sobre la prueba (páginas 122 y 126).

Encaminadas las pruebas a formar la convicción del juez, pertenecen al derecho procesal y solo pueden admitirse de acuerdo con la ley del momento en que devienen necesarias, porque solo esta ley puede determinar cuáles son los medios idóneos para formar *actualmente* la convicción del juez. No es posible que el mismo juez, en la misma audiencia admita en un proceso un medio de prueba y lo excluya en otro de la misma naturaleza solo porque los derechos de que se trata han nacido en tiempos diversos. La convicción del juez no es el producto de una operación formal y mecánica cuyos instrumentos puedan adquirirse mucho tiempo antes; es el resultado de un trabajo lógico que encuentra sus instrumentos en las convicciones de la sociedad, de la civilización y del pensamiento del *tiempo en que se desenvuelve*; en cuyas condiciones precisamente se inspira la ley procesal que en interés de la mejor marcha de la función jurisdiccional determina los medios de prueba adecuados en el tiempo del juicio. Si, pues, realmente un derecho subjetivo no puede probarse sino *con un solo* medio de prueba y este viene suprimido por la nueva ley, débese esto al cambio de condiciones de tiempo (económicas, morales, religiosas), a las cuales precisamente acomódase bien o mal la nueva ley. Abolido el juramento por la abundancia de perjurios y la disminución de la fe, nadie podría invocarlo para la prueba de su derecho, aunque este hubiese nacido bajo el imperio de la ley anterior en condiciones de no poderse probar de otra manera. No negamos por tanto que entre derecho y prueba existan íntimas relaciones, pero son relaciones de hecho, de las cuales no se deriva que el derecho deba ser acompañado hasta la muerte, a través de cualquier cambio de ley y costumbres de los medios de prueba empleados cuando ha nacido; esto demostraría que el derecho subjetivo es cosa inviolable o indefectible, aislada de las condiciones del tiem-

po, mientras, por el contrario, si de una parte es verdad que su suerte está íntimamente ligada a la de la sociedad en que vive, por otra la prescripción demuestra que el tiempo puede proporcionarle cualquier otro perjuicio que el de privarlo—tal vez solo temporalmente—de la prueba.

Esto sentado, no puede reprobarse la doctrina que seguimos culpándola de olvidar las atenciones debidas a la voluntad de las partes, las cuales, dicese, tienen presentes los medios de prueba admitidos por la ley del tiempo en que dan vida a relaciones jurídicas. Prescindiendo de considerar que esta objeción no puede referirse a las relaciones nacidas de *hechos jurídicos* diferentes de los *negocios jurídicos*, prescindiendo del hecho de que en la grandísima mayoría de los casos las personas que realizan negocios nada se preocupan de su prueba y mucho menos de las leyes sobre la prueba, que ordinariamente ignoran, la cuestión estriba precisamente en saber si las partes que piensan en las normas concernientes a la prueba deban considerarlas como normas inmutables del negocio que realizan o como la expresión de condiciones sociales extrínsecas al negocio y sujetas a cambios.

Además, la manera más frecuentemente adoptada por las partes para expresar su preocupación respecto de la prueba es la redacción de un escrito; pero a esto no llegan en consideración de la ley del tiempo y de la futura, sino de las ventajas propias de la ley escrita en relación con el valor del negocio y de la probable duración de sus efectos. ¡Si prescinden del escrito no es porque piensen que en caso de litigio la ley admita la prueba testifical sino porque piensan evidentemente en la posibilidad del pleito!

No es, pues, lícito argumentar contra el art. 10, párrf. 2.º, disp. prel. Cód. civ. («Los medios de prueba de las obligaciones los determina la ley DEL LUGAR en que el hecho fué realizado»). Ya se ha observado antes que a la aplicación analógica de las normas de derecho internacional en el campo del derecho transitorio opónese la diversa naturaleza de las consideraciones o referencias en que se inspiran ambos órdenes de normas (1). Pero en

(1) El juez extranjero exigiendo un acto en el reino, puede pedir que sea cumplido con las formas de la *ley extranjera* (Convenio de La Haya acerca de procedimiento, art. 10). He ahí una norma inspirada en la consideración debida a la autoridad judicial y al proceso extranjero, no solamente

realidad el art. 10, sirve más bien para confirmar que para contradecir nuestra doctrina. En efecto, el art. 10 no dice que las pruebas de la obligación están reguladas por la ley de la obligación, sino por la ley *del lugar* donde el acto se ha realizado, que puede no coincidir con la ley de la obligación. Es precisamente el artículo 10 el que distingue la ley de la prueba y la ley de la obligación. Y las normas de la prueba derivan de la ley del lugar donde fué verificado el acto, porque este lugar es aquel que suele proporcionar las pruebas del acto; por eso es justo que sean reguladas por la ley que expresa las condiciones sociales del lugar del cual se derivan las pruebas.

Ni aún puede argumentarse con el art. 1.º del Real decreto de 30 de Noviembre de 1865 (Disp. trans. para el Cód. de proc. civil) que dispone que «los actos y las pruebas ya comenzados con arreglo a las formas anteriormente prescritas podrán verificarse con arreglo a las mismas formas»; porque esta norma dictada para la actuación del Cód. de proc. civil, no podía referirse más que a las normas contenidas en éste, y además aquella no tiene otro fin que el de regular, desde el punto de vista formal los *juicios pendientes*, ni se refiere en algún modo a la admisibilidad de las pruebas (1).

Más bien precisase considerar que no todas las normas que se refieren a las pruebas son normas *sobre las pruebas*, pertenecientes a la ley procesal. Esto explica porque los mantenedores de doctrinas opuestas llegan en algunos casos a los mismos resultados prácticos. A veces la documentación escrita de un acto es considerada por la ley tan esencial que hace de ella una condición de validez del acto (escritura pedida *ad substantiam* o *ad solemnitatem*); en este caso la norma relativa a la prueba (nuestro ar-

te a las partes que en él litigan, y evidentemente contraria al principio de la autonomía de la acción que, por el contrario, aplícase rigurosamente por esta consideración en el derecho transitorio.

(1) Análogamente el art. 18 del mismo Real decreto es extraño al asunto, porque mientras extiende el principio de la libertad de nuevas pruebas en apelación (art. 490, Cód. proc. civ.) a los juicios de apelación pendientes en Lombardía y regulados por el principio opuesto del (viejo) reglamento austriaco (§ 323 del texto italiano) exceptúa «los efectos jurídicos de las pruebas ya realizadas conforme a la legislación antigua».

tículo 1314 del Código civil figura entre las normas relativas a la prueba) no se dirige a regular la formación del convencimiento del juez sino la existencia del acto jurídico; es, pues, norma de derecho sustancial a la cual se aplica el principio *tempus regit actum*. Analogamente en la mayor parte de los casos las normas concernientes a las pruebas dictadas en vista de *particulares relaciones jurídicas* son normas de derecho sustancial porque nacen de razones substanciales, por ejemplo, del deseo de facilitar o salvaguardar las condiciones de particulares relaciones o negocios jurídicos. Conviene, pues, en todo caso investigar la razón de la norma relativa a la prueba. La norma *general* que limita la prueba testifical de las *convenciones* (art. 1341, Código civil), es sin duda una norma procesal porque está determinada por razones evidentemente procesales como el temor de que la convicción del juez pueda falsearse, dada la poca credibilidad del hecho que las partes (en tiempos en que el uso de la escritura está tan difundido) lleguen a convenciones de cierto valor apoyándose únicamente en la prueba testifical, y la poca idoneidad de los testigos para repetir las fórmulas de una convención ocurrida tal vez mucho tiempo antes (1). Pero la norma *especial* que limita la prueba testifical de la maternidad (art. 190, Código civil), no es procesal porque no se inspira en el temor de que en este caso la prueba de testigos sea *más* falaz que en los otros casos sino en el temor de la *particular gravedad* de las consecuencias que tendría *en este caso* para la mujer o para la sociedad un testimonio contrario a la verdad. De aquí que esta norma no se aplique a los hijos nacidos o concebidos antes de su actuación (art. 7.º de las disposiciones transitorias 1865; art. 6.º de las de 1871); porque esta solicitud para la mujer y para la sociedad mira únicamente al futuro. Y lo mismo debe considerarse para la norma del art. 174 Código

(1) El art. 154 de la ordenanza de Moulins (1566), de la cual deriva nuestro art. 1341 a través del 1341 del Código francés y el art. 2.º, título XX de la ordenanza 1667, fué determinado por otra razón pero también estrictamente procesal; la necesidad de concluir con las interminables dilaciones de la encuesta testifical del antiguo proceso francés. Véase CHIOVENDA, *Le norme sulla prova rispetto alla loro efficacia nel tempo*, cit, y los que en ella se citan.

civil sobre prueba del estado legítimo aunque a este respecto nada dicen las disposiciones transitorias (1).

De la misma naturaleza son las normas que contienen *præsumptiones juris*, las cuales aunque relativas a la carga de la prueba (art. 1352 Cód. civ.) no tienen naturaleza procesal porque no se encaminan a mantener la igualdad de las partes repartiendo entre ellas, en general, la carga de la prueba según el principio de la normalidad, de la mayor facilidad de la prueba, etc., etc., § 55), sino que—inspirándose también de ordinario en lo que comúnmente ocurre—establecen qué hechos deben considerarse en determinadas relaciones jurídicas como constitutivos o impeditivos, *salvo prueba en contrario*, con el fin no tanto de ajustar a la verdad la convicción del juez como de facilitar ciertas condiciones jurídicas (de hijo, de propietario, de poseedor, de acreedor, etc.). Aquellas pertenecen pues al derecho substancial (2).

En cuanto a los procesos *terminados* bajo la ley precedente es cierto que no están influidos por el derecho nuevo; los efectos por ellos producidos quedan firmes aunque tengan relaciones con actos aún no cumplidos. La cosa juzgada permanece, aunque en el juicio hayan sido usados medios de prueba que la ley nueva no admite: porque la cosa juzgada por su misma naturaleza impide el análisis de su formación. Lo que se ha logrado en virtud de medios ejecutivos, que la ley nueva ya no reconoce, no se debe restituir, porque el inconveniente que la ley nueva quiere reparar no

(1) Véase CHIOVENDA, Ob. cit. en la nota precedente y decisiones en ella mencionadas. La Casación de Roma estima inaplicable el art. 174 a la reclamación de estado legítimo por parte de quien ha nacido en el Lombardoveneto bajo el imperio de la ley austriaca que admite sin límites la prueba testifical: parte aquella de la afirmación de que las leyes sobre pruebas no se aplican a la prueba de derechos nacidos bajo la ley precedente. Al mismo resultado llegamos nosotros partiendo de la afirmación opuesta, pero negando que en tal caso se trate de ley *sobre la prueba*.

(2) WACH, pág. 127; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 247. Por esto estamos conformes con SIMONCELLI, *La restituzione delle scorte* etcétera, cit. en cuanto considera aplicable la presunción contenida en el Estatuto de Milán a los juicios actuales concernientes a colonatos milaneses antiguos; pero, como en el caso de la nota precedente, partimos de premisas opuestas.

es el de que el acreedor consiga lo suyo sino que lo consiga mediante el uso de ciertos medios y el uso de estos en tiempo pasado es un inconveniente irreparable.

En cambio es difícil la cuestión por lo que se refiere a los procesos que se encuentran *pendientes* en el momento en que se pone en vigor la ley nueva. Teóricamente son posibles dos soluciones extremas: aplicar la ley antigua hasta el término del proceso (solución sugerida por el deseo de evitar perturbaciones y complicaciones); o aplicar la nueva a los actos sucesivos (aplicación rigurosa de la autonomía de la acción). Una solución intermedia puede encontrarse en la división del pleito en períodos, de suerte que hasta el término de un período se aplique la ley antigua y después la nueva. Deben respetarse en todo caso los actos ya realizados: en cuanto a los no cumplidos, normalmente se aplicará la ley nueva, siempre que la ley no provea a este extremo. Pero la cuestión suele estar resuelta por el derecho positivo (disposiciones transitorias) ya de una manera ya de otra, según la naturaleza de los actos y de las innovaciones. El R. D. 30 Noviembre 1865 ha prescrito la aplicación inmediata de las leyes nuevas en cuanto a los presupuestos procesales (representación obligatoria, competencia; pero en cuanto a esta ha sustraído al juez inferior los pleitos devenidos de competencia del superior, no viceversa (1), y en cuanto al procedimiento (art. 1.º y 2.º) ha mantenido en vigor las leyes precedentes para los medios de impugnación contra las sentencias *ya pronunciadas*, para los juicios arbitrales, para los juicios de cesión de bienes, para las ejecuciones ya emprendidas (arts. 3.º, 5.º, 6.º y 9.º), ha adoptado la división en períodos para los juicios de graduación y de concurso (art. 11) etc. Así el R. D. 31 Agosto 1901, ha seguido en parte el sistema de la división en períodos (art. 56); en parte el de la aplicación inmediata (art. 57). El R. D. 19 Diciembre de 1901 (art. 15) estableció que hasta la sentencia definitiva la defensa en las preturas pudiese ser continuada por la persona a quien se había confiado aunque carezca de los requisitos exigidos por la ley 7 Julio 1901.

Entre los efectos de los actos ya realizados que permanecen in-

(1) Otras leyes por el contrario han respetado para los pleitos pendientes también la competencia del juez inferior; véanse las disp. trans. para el Cód. estense (art. 2).

variables debe comprenderse el derecho del procurador a los honorarios que le son debidos. A los actos ya terminados no es aplicable la tarifa nueva (1).

V. *Eficacia de la ley procesal en el espacio* (2). Como ley reguladora de las actividades procesales, la procesal tiene una aplicación limitada *al territorio* del Estado donde aquellas actividades se desarrollan (y de sus colonias si no están regidas por leyes especiales). Nuestra ley admite incondicionalmente a los extranjeros obrando en Italia (Cód. civ. art. 3). pero ante las autoridades italianas se procede según la ley procesal italiana aunque los litigantes sean extranjeros (*Lex Fori*, Cód. civ. disp. prel. artículo 10). Para la capacidad de las partes (art. 6.º disp. prel. Código civ. referido implícitamente por el art. 36 Cód. proc. civ.) tiénesse en cuenta su ley nacional, el *jus postulandi*, por el contrario, se regula según la *lex fori*; el extranjero podrá comparecer en juicio ante el tribunal aun antes de los 21 años si por su ley alcanza antes la mayor edad, pero deberá ser representado por procurador aunque su ley procesal no lo exija. La competencia y las formas de los procedimientos régulanse por la ley italiana (disps. prels. Cód. civ. art. 10). Análogamente los derechos y deberes de las partes y lo mismo la carga de la prueba (3).

A este principio general pueden oponerse excepciones. Así el art. 10 antes citado dispone que los «*medios de prueba* de las obligaciones se determinan por las leyes *del lugar en que el hecho fué realizado*»; y ya se ha explicado antes la razón de esta norma. Entiéndese que la ley del lugar donde el hecho se realizó

(1) Así decidieron las Cortes de apelación de Nápoles y de Florencia respecto de la nueva tarifa 7 Julio 1901. Lo contrario ha resuelto la Corte de apelación de Palermo 16 Septiembre 1905 (*Foro Italiano*, 1905 página 1472).

(2) FEDOZZI. *Il diritto processuale civile internazionale*, Bolonia 1905, vol. I; WACH, I, pág. 219 y sigtes.; GIERKE. *Deutsches Privatrecht* I, página 247; VON BAR, *Intern. Privatrecht*, II §§ 388-474; SCHMIDT, 2.ª ed., § 23; MENGES, *Sistema*, págs. 128-187; POLLAK, I, pág. 113; MEILI, *Das internationale Zivilprozessrecht*, 3 vol. Zurich, 1904-1906.

(3) WACH, I pág. 125 y sigs. En contra, estimando la carga de la prueba sometida a la ley sustancial GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I pág. 247.

(lex loci actus) se aplica en cuanto sea ley *procesal*; pero si la ley de la obligación (que como ya se ha observado puede no coincidir con la ley del lugar donde el hecho fué realizado) contuviese normas relativas a la prueba, si bien determinadas por razones no procesales, estas encontrarán aplicación; así debe entenderse para las *praesumptiones juris*. De aquí que pueda suceder que frente a la ley de la relación sustancial se encuentren dos leyes procesales diversas, la del lugar en que se tramita el proceso y la del lugar donde el hecho fué realizado. Además según el art. 14 de la Convención Internacional de La Haya al ejecutar el juez un acto por rogatoria del juez extranjero puede, si se le pide, seguir las formas procesales extranjeras siempre que no estén *prohibidas* por la ley del Estado. Así también en muchos casos el derecho procesal se funda en la ley extranjera, como ocurre en las leyes sobre capacidad de las partes (art. 6 citado). En cuanto a la ley reguladora de la relación discutida (*lex rei*) puede ser italiana o extranjera. En estos casos la ley extranjera recíbese como ley interior en virtud de la norma que impone su aplicación al juez (§§ 13. III 81). Es afín al principio que se refiere a la eficacia de la ley procesal en el tiempo, el principio según el cual el Estado regula él solo el problema de la actuación de la ley en el interior; y por consecuencia no concede otras formas de actuación de la ley que los reconocidos por sus leyes. Así en Italia no podría pedirse la quiebra de un extranjero no comerciante, ni la detención del deudor sospechoso de fuga (Convención de La Haya, art. 24). Pero por otra parte el Estado permite a los extranjeros pedir la actuación de la ley en todas las formas que él reconoce, aunque no sean reconocidas en el extranjero. Así ocurre con el embargo conservador (1). Lo mismo con la ejecución (Cód. civ. disp. prels. artículo 10, último párr.). Y también las *condiciones* del derecho de pedir la ejecución hállanse reguladas por la ley interior: por ejemplo nuestra ley admite la ejecución forzosa basada en una simple letra de cambio; esto sirve también para las letras expedidas en el

(1) En contra apelación de Lucca, 20 Diciembre 1907 (en la *Rivista de Dir. internaz.* 1908, pág. 181, con nota de ANZILOTTI, conforme con el texto).

extranjero, aunque la ley extranjera no reconozca la letra de cambio como título ejecutivo (1).

En cuanto a los actos procesales cumplidos en el extranjero, sus condiciones, su forma, su efecto están regulados por la ley del lugar (*locus regit actum*). Pero si deben desarrollar estos efectos en el interior en un proceso pendiente en el interior, los efectos son regulados por la *lex fori*. Así un contrato procesal extranjero (por ejemplo, un *pactum de foro prorogando*) no puede tener influencia en un proceso italiano sino según la ley italiana: una citación hecha en el extranjero para comparecer en Italia produce únicamente los efectos previstos por la ley italiana. Los efectos que la existencia de una relación procesal en un Estado, y el acto de la autoridad que la define, pueden desarrollar en los demás Estados, implican una cuestión resuelta de modo distinto por cada legislación en particular y de la cual nos ocuparemos más adelante (§ § 13, III, 38 y 81).

VI. *Interpretación de la ley procesal* (2).—Nuestro Código de procedimiento no tiene normas especiales para la interpretación; aplicándose las generales contenidas en el Código civil (artículos 3 y 4 disps. prels.) (3). También en esta materia frecuentemente es preciso hacer uso de la analogía. Conviene observar que en el cuadro general de la interpretación a cada ley corresponde

(1) WACH. *Feststellungsanspruch*, pág. 17. Entiéndese comunmente lo contrario considerando el derecho a la ejecución como un efecto de la obligación regulado por tanto por la *lex rei* (art. 9 disps. prels.) Pero la ejecutoriedad está concedida inmediatamente por la ley sin ninguna consideración a la voluntad de las partes. Y no puede argumentarse en contrario con la norma de derecho transitorio que excluye la eficacia ejecutiva de las letras de cambio emitidas bajo la precedente (disp. trans. del Cód. de Com. art. 9) puesto que la razón especial de esta derogación de los principios (antes pág. 142) no tiene lugar en el derecho internacional privado; también las letras de cambio extranjeras, en cuanto circulan en el Estado, cumplen la función de la letra de cambio que la ley ha querido favorecer. Más adelante § 10 III.

(2) MENGER, *Sistema*, páginas 106-126; ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, en el *Archivio giuridico*, 1906.

(3) Consultese WEISMANN, *loc. cit.* pág. 22; HELLWIG, II; página 174.

una posición especial, según su naturaleza. Así ocurre a la ley procesal. Entre las instituciones jurídicas el proceso civil es el organismo más delicado: como medio de atribuir los bienes de la vida mediante la actuación de la ley ocupa un lugar medio entre las instituciones de derecho privado y las de derecho público; y como es una relación tan compleja que en ella vive tanto la parte jurídica como la política y social, los cambios más leves de las condiciones morales, políticas y sociales del tiempo (de la época), refléjanse en su funcionamiento. Por ejemplo, cuanto más domina en las relaciones sociales la corrección y la buena fe, cuanto más reina en las relaciones políticas la confianza entre los ciudadanos y los poderes públicos, cuanto más difundida está la costumbre de mirar la substancia de las cosas y menos difundido el espíritu del formalismo tanto más los pleitos podrán proceder expeditos y necesitarán menos garantías formales. Esto hace más fácil que en cualquier otro campo la desarmonía entre una norma y las necesidades de la práctica, porque formas creadas para un cierto momento no son adaptables a otro, mientras que las clases forenses en cuanto al tecnicismo procesal son eminentemente conservadoras. De aquí se deriva la especial importancia de la interpretación histórica de la ley procesal (1). Existen normas procesales que perdieron toda razón de ser histórica y no por esto el intérprete puede rechazar su aplicación, sino que debe señalarlas al legislador para las reformas oportunas. Otras normas pueden responder aún a las condiciones actuales pero entiéndense hoy de distintamente, que en épocas pasadas, no en cuanto a su contenido (esto equivaldría a modificarlas) sino en cuanto a los fines a que tienden; y esto puede influir en los límites y formas de su aplicación y además nos advierte y precave en el uso de la doctrina antigua. Tal ocurre en muchas normas sobre la competencia. Existen, finalmente, normas que literalmente entendidas son contrarias, no tanto a las condiciones cambiadas sino al mismo sistema de la ley que ya se ha adaptado a los cambios ocurridos y en este caso la interpretación

(1) CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, páginas 198, 304 y siguientes. *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, en la *Rivista giuridica e sociale*, 1907, reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale*, 1912, pág. 95 y siguientes; ROCCO, loc. cit., número 17.

lógica puede también corregir la expresión material de la ley. Esta facultad no puede usarse sino en casos excepcionales y con mucho tino. La mejor garantía contra las libertades de las interpretaciones subjetivas es la regla según la que, en general, ante el conflicto simple entre la letra y el espíritu de la ley, debe prevalecer aquella.

Una exigencia especial de la ley procesal sería la *unidad* de su interpretación: la incertidumbre y la mutabilidad en este campo tiene las desventajas y carece de las ventajas que en otros campos puede tener. Por esto se comprende que muchas leyes procesales en caso de duda en la norma que deba seguirse remitiesen al juez a la decisión del Príncipe o de un supremo tribunal que debería estimarse a veces en lo futuro como declaración auténtica de la ley (1). Este sistema está hoy condenado pero júzgase de muy diferente manera por lo que respecta al derecho sustancial o al procesal, puesto que la relación procesal es una relación en movimiento, no es *objeto del juicio*; respecto a ella el juez es órgano *activo*, no juez (§ 78).

En la interpretación de la ley procesal desempeña la doctrina un importante papel: hay materias en que la ley no puede dar criterios al juez, porque dictar normas generales es tan difícil como descender a los particulares. Así los criterios para el reparto de la carga de la prueba están determinados en gran parte por la doctrina (2). La doctrina elevase en estos casos a los principios generales. Todas las leyes procesales modernas infórmanse o tratan de informarse en algunos principios fundamentales. P. S. MANCINI formulaba así los cuatro principales (3).

I. El principio *lógico* del proceso está representado por esta fórmula: Selección de los medios más seguros y expeditos para buscar y descubrir la verdad y evitar el error.

II. El principio *jurídico* tiende a proporcionar a los litigantes la igualdad en la contienda y la justicia en la decisión.

III. El principio *político* propónese introducir en el proceso

(1) Reglamento general austriaco, texto italiano del 1785, § 451; Cód. de Barbacobi §§ 4 y 5; Reglamento judicial parmense de 1804, art. IV, disp. prel.

(2) En el proyecto de Código civil germánico pensóse en adoptar criterios generales, pero después han sido abandonados.

(3) *Commentario al Codice sardo*, vol. II, pág. 10.

la máxima garantía social de los derechos con el menor sacrificio individual de libertad.

IV. Por último, el principio *económico* exige que los pleitos no sean materia de graves impuestos, ni que por su extensión y por los gastos sean accesibles únicamente a algunos ciudadanos privilegiados por la riqueza.»

Pero puede añadirse a éstos un principio más general que no es sino la aplicación del principio del *mínimo medio* a la actividad jurisdiccional y no solamente en el proceso particular sino también en cuanto a otros procesos en su recíproca relación: *conviene obtener el resultado máximo en la actuación de la ley con el menor empleo posible de actividad jurisdiccional* (principio de la *economía de los juicios*).

APÉNDICE AL § 4

Referencias al derecho español.

El capítulo que precede tiene por contenido una de las doctrinas más interesantes de la ciencia procesal civil. Al adaptar las referencias legales al derecho español nos fijaremos con atención más concreta en los *contratos procesales*, sin perjuicio de aludir con notas de nuestros Códigos a las cuestiones que principalmente estudia en el capítulo el Prof. Chiovenda.

CONTRATOS PROCESALES.—La ley de enjuiciamiento civil consagra un título—es el V del lib. II—a los *juicios de árbitros y de amigables componedores*, respetando la distinción ya expresada con claridad en las Partidas, entre *árbitros de derecho y arbitra-dores o amigables componedores* (ley 23, tít. IV. Part. 3.^ª). Y esta es la única fundamental diferencia que separa ambas clases de juicios. Las demás, que de ordinario se citan, son, como veremos distinciones de procedimiento.

a) *Cuestiones que pueden ser objeto de estos juicios.* Es fundamental la doctrina del art. 487. Toda contestación entre partes, antes o después de deducida en juicio, y cualesquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral o al de amigables componedores por voluntad de todos los interesados, con las únicas excepciones de las demandas relativas a derechos políticos u honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas; y las cuestiones en que deben intervenir el Ministerio fiscal o la Abogacía del Estado (V. también el art. 1821 en relación con los 1810 a 1812 del Código civil).

b) *Partes.* Solo pueden valerse de este procedimiento las personas que tengan aptitud legal para contraer el compromiso (artículo 487).

c) *Jueces: capacidad, número.* El juicio *arbitral* exige en los jueces la calidad de letrados, mayores de 25 años, que estén en

pleno ejercicio de los derechos civiles. En el juicio de *amigables componedores*, basta para ser juez la mayoría de edad, el pleno goce de los derechos civiles y saber leer y escribir.

En ambos juicios el número de los jueces será siempre impar y si las partes conviniesen que sea *uno* solo, lo elegirán de común acuerdo.

También mediará acuerdo para la elección de todos o por lo menos del tercero, si se conviniere en que sean tres o cinco, de cuyo número no podrá pasarse; los interesados no podrán conferir a una tercera persona la facultad de hacer la elección de ninguno de los árbitros, y aún sería nulo conforme tiene establecido el Trib. Sup. (Sent. 17 Mayo 1904) el pacto en que se dejase a *una de las partes* la designación del tercero.

d) *Contrato*. El compromiso para el juicio *arbitral* se formalizará en escritura pública que habrá de contener bajo pena de nulidad los nombres, profesión y domicilios de los que la otorguen y de los árbitros, la designación del negocio que se someta al fallo arbitral, el plazo en que los árbitros han de pronunciar la sentencia, la estipulación de una multa, que habrá de pagar la parte que deje de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso, y de otra, que pagará el que se alce del fallo al que se conforme con él para ser oído, la designación del lugar en que habrá de seguirse el juicio y la fecha del otorgamiento del compromiso.

En el juicio de *amigables componedores* el compromiso contendrá de las circunstancias anteriormente relacionadas las referentes a las partes, jueces, objeto, plazo y fecha del otorgamiento.

El compromiso, en ambos juicios, cesa en sus efectos por la voluntad unánime de los que lo contrajeron y por el transcurso del término señalado en el compromiso, o de la prórroga, cuando haya tenido lugar.

Si falleciesen los árbitros o alguno de ellos, los interesados se pondrán de acuerdo para reemplazarlos en la forma designada para su nombramiento, a no ser que convengan en que dicten el fallo los que queden.

e) *Procedimiento*.—*Juicio arbitral*. Las actuaciones se verificarán ante el Secretario del juzgado de primera instancia, elegido por los árbitros, si no lo hubiesen designado los interesados de común acuerdo.

Los árbitros fijarán a los interesados un plazo, que no podrá exceder de la cuarta parte del marcado en la escritura, para formular sus pretensiones y presentar los documentos en que las apoyen. Si alguno no lo hiciere continuará el juicio en su rebeldía, sin perjuicio de exigirle la multa estipulada por haber dejado de cumplir con los actos indispensables, para la realización del compromiso. En cualquier estado del juicio en que comparezca el rebelde será oído, pero sin que en ningún caso pueda retroceder la sustanciación del pleito.

Las pretensiones y documentos que se presentaren, se comunicarán mutuamente a las partes por medio de las copias que han de acompañarse, concediéndoles para impugnarlas un término que no podrá exceder de la cuarta parte del señalado para formularlas.

Dentro de este término, cada interesado podrá impugnar las pretensiones del contrario y presentar los documentos que creyere necesarios al efecto. En estos escritos manifestarán si estiman o no necesario el recibimiento a prueba.

Transcurridos aquellos términos, se recibirá el pleito a prueba si lo hubiesen solicitado ambas partes, o si no hubiere conformidad entre ellas sobre hechos de directa y conocida influencia en las cuestiones objeto del pleito; y aunque ninguna de las partes hubiese pedido el recibimiento a prueba, los árbitros podrán acordarlo, determinando los hechos a que deba contraerse.

El término de prueba no excederá de la cuarta parte del señalado en el compromiso. Será común para proponerla y practicarla.

Concluido el término de prueba y unidas a los autos las practicadas, los árbitros citarán a las partes para sentencia; y antes de pronunciarla podrán oírlas o a sus letrados, si lo creen necesario o aquellas lo solicitan.

También podrán los árbitros, antes de fallar, acordar para mejor proveer la práctica de cualquiera de las diligencias que autoriza el art. 340 de la ley a los jueces y tribunales en caso análogo.

La sentencia se pronunciará dentro del plazo que reste por correr del señalado en el compromiso, o de su prórroga, si se hubiere otorgado. Se dictará con las solemnidades prevenidas para las de los juicios ordinarios. El voto de la mayoría absoluta hará sentencia cuando sean más de uno los árbitros. Si no hubiere mayoría

de votos conformes, se extenderá en los autos el voto de cada árbitro en forma de sentencia, y los puntos en que discordaren se someterán a la resolución del juez de primera instancia del partido, y será sentencia lo que éste acordare, fuere o no conforme con el voto de cualquiera de los árbitros.

La sentencia será apelable en ambos efectos para ante la Audiencia del distrito. Pero al interponer la apelación, o dentro de los tres días siguientes deberá el apelante acreditar que ha satisfecho a la parte que se hubiere conformado con el fallo, la multa estipulada, o consignarla en la Secretaría para que le sea entregada.

Si las dos partes apelan, ninguna pagará la multa; y si el apelado después de haberla recibido, se adhiriere a la apelación en el Tribunal Superior, la devolverá al apelante con el interés legal.

Contra las providencias dictadas por los árbitros durante la substanciación del juicio no se dará otro recurso que el de reposición. Si ésta fuere desestimada, y la reclamación versare sobre defectos en la forma del compromiso o en los procedimientos, que puedan afectar a la validez del juicio, podrá interponerse el recurso de nulidad juntamente con el de apelación de la sentencia.

La substanciación de estas apelaciones se acomodará a las reglas establecidas para las de sentencias definitivas en juicios de mayor cuantía.

Contra la Sentencia de la Audiencia se dará el recurso de casación en los casos y en la forma en que procede en dichos juicios.

Los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los demás jueces.

Juicio de amigables componedores.—Su procedimiento distínguese del que acabamos de exponer:

1.º Los amigables componedores decidirán las cuestiones sometidas a su fallo, *sin sujeción a formas legales* y según su leal saber y entender.

2.º Para que haya sentencia se necesitará mayoría absoluta de votos, y no habiéndola quedará sin efecto el compromiso.

3.º La sentencia se dictará precisamente ante Notario, el cual la notificará a los interesados entregándoles copia autorizada de ella, en la que expresará la fecha de la notificación y entrega, circunstancia que acreditará además a continuación de la sentencia original, por diligencia que firmarán los interesados.

4.º Contra las sentencias de amigables componedores no se

dará otro recurso que el de casación por los motivos y en el tiempo y forma establecidos en la ley.

5.º Los amigables componedores no podrán ser recusados sino por causa posterior al compromiso, o que se ignorase al celebrarlo.

Sólo podrán estimarse como causas legales para dicha recusación: tener interés en el asunto que sea objeto del juicio o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.

La ejecución de la sentencia de los amigables componedores se pedirá al Juez acompañando testimonio de la escritura de compromiso y de la sentencia, librados por el Notario autorizante; y aquel la decretará si se pidiere después de transcurridos los veinte días que la ley concede para interponer el recurso de casación; pero si el condenado por ella acreditare haber sido interpuesto y admitido dicho recurso a su instancia, dejará el juez sin efecto todo lo actuado, imponiendo las costas al que instare la ejecución, a no ser que éste diere fianza bastante a satisfacción del Juez, para responder de lo que hubiere recibido y de las costas, en el caso de que llegara a declararse la casación.

OTRAS REFERENCIAS (1).—Ley de enjuiciamiento civil, arts. 306 y siguientes (términos judiciales), 54 (competencia), 56 y siguientes (idem), 647 y Ley 24 Noviembre 1910 (juramento), 279 (nulidad de diligencias), 1429 (título ejecutivo).

Además; disposición final de la misma ley; R. D. 3 febrero 1881. Título preliminar del Código civil y disposiciones transitorias del mismo.

(1) Nos ocupamos solamente del arbitraje regulado en la ley de Enjuiciamiento. En diversas leyes especiales—sob e todo del trabajo—repítense los casos de *arbitrajes* de concepción más o menos pura. V. nuestra monografía *La jurisdicción del trabajo*—Madrid—1920 y los allí citados.