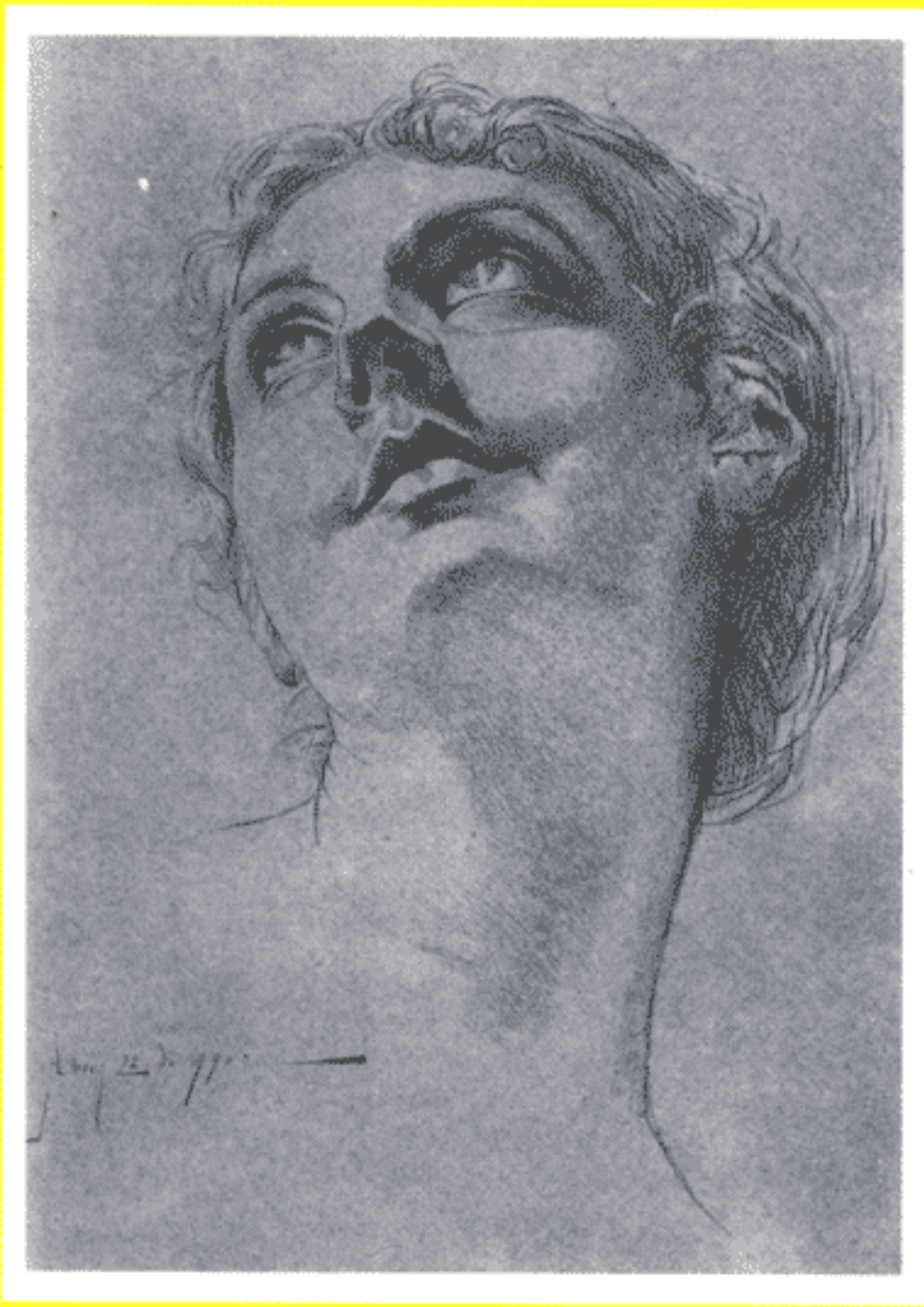

La Sentencia Civil

La Interpretación de las Leyes Procesales

Alfredo Rocco

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

LA SENTENCIA CIVIL

LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES

ALFREDO ROCCO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

PRESENTACIÓN

Dar nuevamente a la luz las obras más trascendentes de la doctrina nacional y universal constituye una labor consustancial y un compromiso inherentes a todo ente jurisdiccional; y representa, al mismo tiempo, una enorme satisfacción y orgullo cuando se pone en las manos de los distinguidos lectores de la Judicatura, el Foro y la Academia títulos como los que ahora se presentan, como son: ***"La Sentencia Civil"*** y ***"La interpretación de las Leyes Procesales"***, ambos de la autoría de **Alfredo Rocco**, uno de los más grandes doctrinarios en el ámbito del Derecho Privado que haya dado Italia en el siglo XX que recién feneció.

—0—

Si la obra jurídica de **Alfredo Rocco** es, por sí sola, incuestionablemente de gran trascendencia y valía, su vida como hombre de Leyes y de Estado puede calificarse, sin exageración, como fascinante, debido a que nuestro autor no sólo se distinguió en la Academia y el Foro, sino en el

periodismo, la política partidaria, la administración pública, la tarea legislativa y –por si no fuera suficiente– como héroe de guerra.

Rocco nació en el puerto de Nápoles el 9 de septiembre del año 1875; durante la I Guerra Mundial sirvió como oficial de artillería, obteniendo por su destacado desempeño en el frente de batalla las condecoraciones de la *Expedición de Fiume* y la *Cruz al Mérito de Guerra*. Fue diputado al Parlamento en las Legislaturas XXVI y XXVII, y presidente de la Cámara de Diputados entre 1924 y principios de 1925; en 1925, por un breve periodo, fue designado subsecretario de Estado del Tesoro y Pensiones de Guerra, y posteriormente Secretario de Estado de Gracia y Justicia (1925-1932); en 1932 fue elegido Senador del Reino hasta su muerte, acaecida el 28 de agosto de 1935, en Roma.

En el ámbito de la lucha ideológica, **Rocco** fue un ferviente partidario y promotor de la fusión de las ideas nacionalistas con las fascistas (baste decir que en el régimen del *Duce* fue un destacado miembro del *Gran Consejo del Fascismo*), actividad que alternó con la difusión teórica de esa perspectiva política en artículos y libros tales como *Fascismo e nazione* (1922), *Il nacionalismo italiano* (1922), *La nostra cultura politica* (1923), *La dottrina politica del fascismo* (1925) y *La trasformazione dello Stato* (1927). En las tareas del periodismo y la difusión, nuestro autor fundó en 1914, en la ciudad de Padua, el diario que llamó *Dovere nazionale*; y en 1918, junto con F. Coppola, la *Rivista Politica*, órgano doctrinal del pensamiento nacionalista.

Por lo que hace a su amplia y brillantísima carrera académica, debe mencionarse que **Alfredo Rocco** impartió cátedra de Derecho Mercantil en las Universidades de Parma, Urbino y Macerata; de Derecho Procesal Civil en la de Parma; y de Legislación Económica y del Trabajo en la prestigiosa Universidad de Roma, de la cual llegó a ser su *Magnifico Rettore*, honrosísimo cargo en el cual tuvo la oportunidad de atender la construcción de la Ciudad Universitaria de dicha institución. Entre sus obras jurídicas más destacadas, se encuentran: *La senteza civile* (Turín, 1906), *L'interpretazione delle leggi processuali* (1906), *Principi di Diritto amministrativo e di legislazione scolastica* (Roma, 1916 y 1920) y *Principi di Diritto commerciale. Parte generale* (Turín, 1928). Fue miembro, entre otras asociaciones, de la Academia de Ciencias, Letras y Artes de Padua; de la Asociación de Mutilados e Inválidos de Guerra; de la Real Academia de *Lincei*; vicepresidente de la Comisión Internacional para la Confederación Intelectual; miembro del Consejo Directivo del Instituto Internacional para la Codificación del Derecho Privado; doctor *honoris causa* por la Universidad de Nancy y vicepresidente del Instituto Fascista de Cultura.

—0—

"***La Sentencia Civil***", primera obra que integra este volumen, comprende siete capítulos a través de los cuales **Alfredo Rocco** analiza la idea y determinación del concepto de sentencia; la sentencia frente a los demás actos de los órganos jurisdiccionales; las relaciones entre el procedi-

miento y la sentencia; y, por último, la naturaleza, funciones y clasificación de las sentencias. En su concepción doctrinaria, la actividad jurisdiccional puede desenvolverse en tres funciones autónomas que son el procedimiento de prueba (o *de declaración*), el de ejecución forzosa y el de aseguramiento. Al ámbito de la primera de estas funciones pertenece la sentencia, la que es definida por Rocco como:

> *"el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés."*.

De esta manera, la sentencia constituye, primordialmente, un juicio lógico del juzgador; es decir, que ante todo es un acto de la mente del mismo en el que, a través de un silogismo, se refleja y actualiza la actividad volitiva del Estado llevada a cabo por medio del órgano legislativo (posición muy acorde a su pensamiento político), y representada por una norma jurídica que puede ser material o procedimental, pero teniendo en consideración que *"siempre es necesario para que haya esencialmente una sentencia, que se trate de declarar una relación concreta, jurídica, controvertida e incierta"*.

-0-

El segundo ensayo, ***"La interpretación de las Leyes Procesales"***, es un brillante opúsculo de apenas cuatro

capítulos, en los cuales **Rocco** postula, a grandes rasgos, que: "*... no se concibe que existan normas jurídicas, es decir, declaraciones de voluntad colectiva, que tengan por objeto determinar el contenido de esa misma voluntad. No se puede querer querer: se quiere, simplemente*", por lo que concluye que estas normas peculiares, tradicionalmente ubicadas en los Códigos Civiles, pertenecen al área de la lógica jurídica, específicamente al campo de la *prueba por signos* o *prueba entinemática*, lo cual confirma, a diferencia de la opinión de Scialoia, de que sí hay premisas de interpretación jurídica inmutables y verdaderas para cualquier época y lugar, junto a las cuales se pueden agrupar normas de interpretación relativas a la naturaleza de cada una de las relaciones reguladas en razón de sus características comunes, de ahí que haya teorías especiales para interpretar las normas de Derecho Penal, el Civil, el Constitucional, etc.

En relación con el Derecho Procesal Civil, definido por nuestro autor como "*... el conjunto de normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, provenientes del ejercicio de la función jurisdiccional civil*", hay que tener en cuenta su carácter reflejo, debido a que el Estado busca tutelar los intereses de los particulares, lo que da como resultado que las normas procedimentales sean secundarias, o sea *normas-medio*, y que éstas no experimenten de manera tan directa, como las normas sustantivas, los cambios y evoluciones sociales (*interpretación progresiva*), de ahí que **Rocco** sostenga que:

> *"En el ejercicio de dicha función* (o sea la jurisdiccional) *debe* (el Estado) *proceder con la mayor cautela y con las garantías más eficaces; en efecto, debe evitar tanto el peligro de satisfacer intereses no protegidos realmente, invadiendo así en forma ilegítima la esfera de la libertad de los particulares, como el peligro de negar satisfacción a intereses realmente protegidos, violando de esta manera, por concepto diverso, derechos subjetivos concedidos por el ordenamiento jurídico".*

Precisamente para poder llevar a cabo lo anterior, **Rocco** considera que los únicos métodos de interpretación de las disposiciones de Derecho Procesal son los que él denomina como *histórico* y *práctico* (o *sistemático*). El primero de ellos, busca desentrañar el sentido de la norma adjetiva por medio del análisis gramatical de las palabras; por la investigación de los antecedentes legislativos; o bien por la investigación histórica que ha precedido la evolución de dichas normas. El segundo método, por su parte, relaciona en un primer término las normas adjetivas procesales con las de orden sustantivo a las cuales les da cauce, a la vez que determina y ordena, en segundo lugar, todos aquellos principios que rigen las relaciones derivadas de la función jurisdiccional –y por lo tanto tendientes a un solo fin que es la realización por parte del Estado de la garantía de los intereses privados– como son los de *igualdad de las partes*, *economía del proceso*, *disposición de las partes*, *unidad de la relación procesal* y el de *formalismo del proceso*.

—0—

La publicación de estas dos magníficas obras de la materia procesal, que esta Alta Casa de Justicia, a través de su Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, pone a disposición del público jurídico de esta ciudad Capital dentro de su colección ***"Doctrina"***, da testimonio de los múltiples y variados fines que deben estar relacionados con la función de impartir Justicia en beneficio directo no sólo de los juzgadores, abogados y académicos, sino en última y primordial instancia de las decenas de miles de justiciables que, día con día, acuden a los tribunales a solicitar una solución que no sólo esté apegada a Derecho, sino que además sea justa y con profundos y enraizados conocimientos doctrinarios.

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ
PRESIDENTE DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL

Invierno del 2002-2003.

PROLOGO

Este libro no es ni pretende ser un tratado acerca de la sentencia civil; la doctrina de la sentencia compendia en sí la doctrina de todo el procedimiento, y un tratado de tal especie sería, en último término, un tratado de derecho procesal civil. En este *estudio* trataremos, por el contrario, de una parte de la teoría de la sentencia: de la que podríamos llamar la *parte general*, si es que puede hablarse de una parte general en una materia que por su naturaleza es toda de índole general. Pero aunque de esta manera limitado, el campo continúa siendo vastísimo, y la tarea del que se prepara a cultivarle es singularmente difícil. Casi no hay problema fundamental en la ciencia del derecho procesal, cuya solución no se refleje directamente en el concepto de la sentencia, en su naturaleza, en sus funciones y distinciones, objeciones que substancialmente constituyen esta parte general de la teoría. Suscítase de aquí una doble dificultad: la de profundizar todo lo posible en los problemas fundamentales a fin de que el tratado descanse sobre una base dogmática suficientemente segura, y la de evitar que el tratado divague y se pierda en digresiones superfluas. La falta de anteriores tentativas de reconstrucción de la teoría de la sentencia bajo un aspecto tan general (porque el reciente trabajo de Kisch se refiere solamente a las fun-

ciones de la sentencia y a sus distinciones en este punto de vista) aumenta, como es natural, la dificultad de la empresa. Y sin embargo, ¡cuánto interés, no sólo teórico sino también práctico hay en esta investigación! Por ejemplo: todo el problema de la congruencia entre la acción y la sentencia, tan fecundo en controversias en el campo de la jurisprudencia práctica, depende del concepto general de la sentencia y de su posición en el proceso. Y lleno de consecuencias prácticas está también el deslinde de la sentencia respecto de otras figuras e instituciones por varios motivos afines: la distinción entre sentencia, providencia y decreto: entre la sentencia y el laudo arbitral: entre la sentencia y las decisiones de los órganos de la justicia administrativa. Y esto sin tener en cuenta la menos directa pero no menos importante repercusión que los resultados de este estudio general, sobre la teoría de la sentencia, tienen necesariamente en los diversos campos del derecho procesal, en donde una infinidad de cuestiones de gran interés teórico y práctico quedan iniciadas; valga por todas el ejemplo del procedimiento de quiebra, cuyo estudio fué precisamente para mí ocasión y estímulo para esta investigación sobre los más generales problemas procesales.

Este trabajo, que reducido a puntos más esenciales debía ser destinado a una publicación en honor del profesor Carlos Fadda, en el XXV año de su enseñanza, sale ahora, por haber adquirido demasiadas proporciones, en un volumen independiente que no puede ser dedicado sino a él: homenaje debido y afectuoso del discípulo agradecido al maestro querido e insigne.

A. Rocco.

INDICES

LA SENTENCIA CIVIL

CAPITULO PRIMERO
IDEA DE LA SENTENCIA

§ 1

Supuestos de la idea de sentencia. Págs.

1. Supuestos del concepto de sentencia: jurisdicción, procedimiento, derecho procesal. — 2. Determinación del concepto de jurisdicción: caracteres de la norma jurídica y de la jurisdicción. — 3. Cuándo surge la posibilidad y necesidad de la función jurisdiccional. — 4. Concepto y naturaleza de la función jurisdiccional. — 5. Límites de la función jurisdiccional civil, en relación con la función legislativa y con la administrativa. — 6. Caracteres formales de la función jurisdiccional. 7. La función jurisdiccional civil, en contraposición a la penal. 8. La jurisdicción como derecho y como deber del Estado: relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos dependientes de la función jurisdiccional. — 9. El procedimiento es el fin procesal. — 10. El derecho procesal objetivo..... 3

CAPITULO SEGUNDO
DETERMINACION DEL CONCEPTO DE SENTENCIA

11. Funciones especiales en que se resuelve la función jurisdiccional civil. — 12. La sentencia como acto en que se des-

Págs.

arrolla la función de prueba del derecho. — 13. La sentencia como acto del juez: si es acto de la inteligencia o de la voluntad. — 14. La naturaleza del juicio lógico contenido en la sentencia..... 49

CAPITULO TERCERO

DELIMITACION DEL CONCEPTO DE SENTENCIA RESPECTO DE OTROS CONCEPTOS AFINES

I

La sentencia y las decisiones de los particulares y de los órganos jurisdiccionales del Estado.

15. Posición de la cuestión; la sentencia y el laudo arbitral: naturaleza de la función de los árbitros y de su decisión: opinión de Mortara. — 16. Nuestra opinión: argumentos dogmáticos y exegéticos contra la naturaleza jurisdiccional de la función de los árbitros y de su decisión. — 17. Construcción del juicio arbitral como institución de derecho privado: naturaleza y funciones del laudo. — 18. Aplicaciones. — 19. La sentencia y las decisiones de los órganos de la justicia administrativa: en especial de la IV Sección del Consejo de Estado: naturaleza de la Sección IV del Consejo de Estado y de sus funciones como órgano de la justicia administrativa. — 20. Deducción del carácter administrativo y no jurisdiccional de la IV Sección sacada de la historia y de las disposiciones de las leyes de 20 de marzo de 1865 y 2 de junio de 1889. — 21. Refutación de opiniones contrarias. — 22. Carácter no jurisdiccional de la decisión de la Sección IV y sus consecuencias..... 61

CAPITULO CUARTO

LA SENTENCIA Y LOS DEMAS ACTOS DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES

23. Posición de la cuestión. Opinión que reduce la distinción

entre la sentencia y los demás actos del juez a una distinción de pura forma: su refutación. — 24. Necesidad de una distinción substancial: la distinción entre sentencia, ordenanza y decretos en el Art. 50, C. de p. c: su insuficiencia. — 25. Determinación de los conceptos de sentencia, ordenanza y decreto, con base en los principios dogmáticos fundamentales. 26. La distinción entre sentencia y ordenanza en las disposiciones especiales de la ley: la distinción en el procedimiento de los incidentes. — 27. La distinción en otras materias, especialmente en materia de ejecución. — 28. La distinción entre sentencia y decreto en las varias disposiciones legislativas. 29. La distinción resultante de la lógica del sistema y la hecha en el Art. 50: carácter incompleto, no erróneo de ésta. — 30. Los caracteres formales de la sentencia, de la ordenanza y del decreto 95

CAPITULO QUINTO

PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA; EN ESPECIAL, ACCION Y SENTENCIA

31. Posición del problema. — 32. Relación entre acción y sentencia. Determinación del concepto de acción. — 33. La acción como un derecho subjetivo existente por sí, que corresponde a cada ciudadano como tal, frente al Estado. — 34. Objeciones contra este concepto: referencia a otros conceptos de acción. — 35. Respuesta a las objeciones: el derecho abstracto de obrar no es una mera posibilidad sino un derecho. — 36. Dificultades insolubles en que incurren las otras concepciones: en especial: a) La teoría del "Rechtsschutzanspruch". — 37. b) La teoría que excluye en la acción la naturaleza de derecho (Kohler). — 38. c) La teoría que concibe la acción como un derecho potestativo: impropiedad técnica del concepto de derecho potestativo. — 39. Ulterior determinación de nuestro concepto de acción. — 40. Diferencias entre nuestra concepción y la de los otros fautores del derecho abstracto de obrar. — 41. Facultades comprendidas en el derecho de acción. — 42. El

Págs.

principio de la correlación entre acción y sentencia. — 43. Primera aplicación del principio: el juez debe fallar sobre toda la cuestión sometida a su juicio y sólo sobre ésta; la máxima: "ne eat iudex ultra petita partium". — 44. La identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia. — 45. Segunda aplicación del principio: el juez debe juzgar sólo sobre elementos de hechos alegados por las partes ("secundum alligata et probata iudex iudicare debet") y sobre todos los elementos de hecho alegados por las partes. — 46. Límites al principio de la correlación entre acción y sentencia. — 47. Resumen. — 48. Relaciones entre la sentencia y la ejecución: la sentencia de condena 121

CAPITULO SEXTO

NATURALEZA Y FUNCIONES DE LA SENTENCIA

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

Págs.

distinciones ulteriores de Kisch. — 60. La sentencia constitutiva y el derecho positivo italiano..... 195

CAPITULO SEPTIMO
CLASIFICACION DE LAS SENTENCIAS

61. Varios criterios de clasificación de las sentencias: se excluye la función. — 62. Sentencias de declaración y sentencias de condena: crítica de las opiniones dominantes sobre la distinción entre unas y otras. — 63. Nuestra distinción. — 64. Sentencias que fallan sobre relaciones materiales y sentencias que fallan sobre relaciones procesales. — 65. Sentencias finales y sentencias interlocutorias. — 66. Sentencias apelables y sentencias no apelables: fuerza legal procesal (pasa a cosa juzgada) y fuerza legal material (autoridad de cosa juzgada) de las sentencias. — 67. Sentencias ejecutivas y sentencias no ejecutivas. — 68. Otras distinciones de las sentencias..... 231

LA INTERPRETACION DE LAS LEYES PROCESALES

CAPITULO PRIMERO
LA TEORIA GENERAL DE LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS JURIDICAS Y SU APLICACION A LAS CATEGORIAS PARTICULARES DE NORMAS

1. Planteamiento del problema: ¿existe una teoría especial de la interpretación de las leyes de procedimiento? — 2. Tendencia dominante: los principios de interpretación son principios generales, válidos en todos los campos del Derecho. — 3. Teoría de Scialoia sobre la particularidad y relatividad de las normas de interpretación. Su crítica: naturaleza de los principios de interpretación. — 4. Principios generales y principios particulares de interpretación..... 251

Págs.

CAPITULO SEGUNDO

LOS PRINCIPIOS ESPECIALES SOBRE LA INTERPRETACION DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO EN MATERIA CIVIL Y SUS CARACTERISTICAS

5. Concepto y naturaleza particular del derecho procesal civil objetivo. — 6. Primera característica general de la interpretación de las leyes procesales; limitación de la interpretación progresiva. — 7. Sus causas. — 8. Sus efectos. — 9. Segunda Característica de la interpretación en materia procesal: la investigación de los fines, aún remotos, de la ley, para el uso de las facultades discrecionales de los jueces..... 273

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS PARTICULARES DE LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS PROCESALES: EL ELEMENTO HISTORICO EN SENTIDO LATO

10. Concepto del elemento histórico, entendido en sentido lato. — 11. El elemento literal: su particular importancia. — 12. La terminología de las leyes procesales. — 13. La terminología de las otras leyes y el uso común del lenguaje en el campo procesal. — 14. La interpretación lógica (en nota: interpretación restrictiva y extensiva). — 15. El uso de los trabajos preparatorios. — 16. Ejemplo. — 17. El elemento histórico propiamente dicho; particular importancia del estudio histórico para la interpretación de las leyes procesales..... 293

CAPITULO CUARTO

ELEMENTOS PARTICULARES DE LA INTERPRETACION DE LAS LEYES PROCESALES: EL ELEMENTO PRACTICO

18. El elemento práctico en la interpretación de las leyes procesales. — 19. Especialmente: el elemento sistemático: causas

Págs.

de su importancia: a) relación del derecho procesal con las otras partes del derecho. — 20. b) unidad orgánica del derecho procesal. — 21. Principios generales del derecho procesal italiano; el principio de igualdad de las partes. —22. El principio de disposición de las partes. — 23. El principio de la economía del proceso y el de la unidad de la relación procesal. — 24. El principio del formalismo en el procedimiento. — 25. La analogía y el argumentum a contrario. — 26. Uso del argumentum a contrario en el campo procesal. — 27. Uso de la analogía. — 28. La extensión analógica en materia de nulidades, y de nulidades por inobservancia de términos. — 30. Extensión analógica de la norma de derecho procesal civil fuera del campo del proceso civil..... 321

La Sentencia Civil/La Interpretación de las Leyes Procesales se terminó de imprimir en noviembre del 2002. La edición consta de 1000 ejemplares, y la revisión y supervisión editorial estuvo al cuidado del licenciado Juan Carlos Gómez Martínez.

CAPITULO PRIMERO

Idea de la sentencia

§ I

Supuestos de la idea de sentencia.

SUMARIO: 1. Supuestos del concepto de sentencia: jurisdicción, procedimiento, derecho procesal. — 2. Determinación del concepto de jurisdicción: caracteres de la norma jurídica y de la jurisdicción. — 3. Cuándo surge la posibilidad y necesidad de la función jurisdiccional. — 4. Concepto y naturaleza de la función jurisdiccional. — 5. Límites de la función jurisdiccional civil, en relación con la función legislativa y con la administrativa. — 6. Caracteres formales de la función jurisdiccional. 7. La función jurisdicional civil, en contraposición a la penal. 8. La jurisdicción como derecho y como deber del Estado: relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos dependientes de la función jurisdiccional. — 9. El procedimiento es el fin procesal. — 10. El derecho procesal objetivo.

1. Los conceptos de *jurisdicción*, como función y como poder; de *procedimiento*, como actividad en la que la función se desarrolla; de *derecho procesal*, como conjunto de normas que tal función y por consiguiente tal actividad regulan, son los supuestos indispensables de nuestro estudio. Tiene lugar esto por dos motivos. Ante todo por la estrechísima conexión lógica que une a las diferentes instituciones procesales, debida a la íntima relación existente entre los diferentes elementos del procedimiento, partes de un todo único, encaminado a un fin único, que por su po-

sición en el conjunto adquieren carácter y notoriedad. Después, por la particular posición de la sentencia en el conjunto del procedimiento; el cual, en el período de *prueba*, encuentra en la sentencia precisamente el acto final, al que todos los demás tienden como a su fin inmediato, y en el período de *ejecución*, se presenta frecuentemente como actuación de lo declarado en la sentencia, que constituye, por tanto, el *título* y determina los *límites:* de manera que la sentencia es siempre el *punto final* del procedimiento de prueba y muchas veces el punto de partida del procedimiento ejecutivo.

2. Los conceptos de jurisdicción y de procedimiento tienen su raíz en el concepto mismo de la norma jurídica, toda vez que la función jurisdiccional y la actividad judicial son un derivado necesario de la naturaleza y del carácter de aquella particular categoría de normas de conducta, que constituyen las normas jurídicas.

Dentro de los caracteres diferenciales de la norma jurídica, recordaremos aquí los que nos interesan particularmente para la determinación del concepto de jurisdicción.

a) El primer carácter de la norma jurídica que debemos recordar, derívase de su función específica: la *garantía*. El derecho es garantía de fines o tutela de intereses; por lo tanto se encuentra con estos intereses en una relación de *medio* a *fin* (1).

---

(1) Sobre la función de *garantía* del derecho y acerca del carácter de *medio* de la norma jurídica, véase Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto,* Bolonia, 1904, págs. 68, 94 y sig.—

b) Pero precisamente porque la norma jurídica es *garantía de fines*, es *irrefragablemente obligatoria*. Este es el segundo carácter de la norma jurídica que nos interesa. Garantir, en efecto, significa *hacer cierto, asegurar;* por consiguiente, la norma jurídica se presenta con un carácter de *necesidad* que la hace absoluta e irrefragablemente obligatoria (1). Los fines que la norma garantiza deben, dentro de los límites de la garantía, *ser conseguidos a toda costa:* la necesidad de la norma jurídica no es, pues (como sucede en otra clase de normas) *relativa* al fin a que tiende, sino que es *absoluta*, porque absoluta es la necesidad del fin. Este debe ser conseguido por todos los medios y eventualmente, aun sin, o contra la voluntad de los que deben, con su acción positiva o negativa contribuir a realizarlo (2).

Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica,* Nápoles, 1904, págs. 11-35.—Bierling, *Juristiche Principienlhere,* Freiburg, Leipzig, 1894-98, I, págs. 25 y 26.—Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht,* Weimar, 1878, página 4.—Merkel, *Juristische Encyclopädie,* 3.ª ed., Berlín, 1890 pág. 13.

(1) Vanni, *Filos. del dir.*, págs. 68 y 76.

(2) Por consiguiente, el derecho no se limita solamente a poner *motivos* a la voluntad para obligarla a la observancia de la norma: ésta, cuando es preciso, va más allá de la voluntad y realiza los fines garantidos con independencia de la voluntad misma. La posibilidad del empleo de la *fuerza,* para obtener tales actuaciones, es un momento esencial del derecho: empleo de la fuerza que no es necesario concebir solamente como *coacción*. o sea como *determinante* de las acciones de los demás, sino como *acción directa e independiente*. No es esencial, por el contrario, al concepto del derecho, que el uso de la fuerza se reserve a un órgano superior y específico (Estado), mejor que confiarle directamente a

c) Otro carácter de la norma jurídica que conviene poner aquí de relieve, es el de ser una norma reguladora de las *relaciones externas:* regula la conducta del hombre *frente a los demás hombres* en cuanto se manifiesta en actos exteriores (1). La tutela que la norma jurídica ofrece a los intereses de los hombres, consiste, por lo tanto, en que establece mandatos o prohibiciones a los demás hombres, a fin de que con su acción positiva o negativa contribuyan a la satisfacción de estos intereses. La norma jurídica es, por consiguiente, esencialmente bilateral; crea, en unos, *deberes*, y en otros, *derechos* correlativos.

d) Un ulterior carácter, para nosotros importante, de la norma jurídica, es su *generalidad y universalidad*. La norma jurídica no regula singularmente relaciones específicas externas de determinadas personas, sino que sirve pa-

---

aquéllos cuyos intereses están garantizados por el derecho (sistema de la defensa privada o auto defensa). Acerca de la cuestión de si el uso de la fuerza física, o dicho de otro modo, la coacción, es inherente a la norma jurídica, los pareceres no están conformes. Véase en diferentes sentidos Vanni, *Filos. del dir.*, págs. 77 y siguientes.—Filomusi Guelfi, *Enc.*, págs. 22 y siguientes, y 24 y sig.—Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pág. 7.—Jhering, *Zweck im Recht*, I, pág. 839 y siguientes.—Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, página 14.—Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892, págs. 333 y 334.—Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, pág. 63.—Bierling. *Zur Kritik d' juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1877-83, I pág. 140, y *Jurist. Principienlehre, I*, pág. 48 y sig.—Merkel, *Jur. Encyclopädie*, págs. 29 y sig.

(1) Vanni, *Filos. del dir.*, págs. 91 y sig.—Filomusi Guelfi, *Enc., págs.* 9, 13 y 23.—Petrone, en la *Riv. it. per le scienze giuridiche* XXI, pág. 340.

ra todas las relaciones de la misma especie, y por consiguiente, para todas las personas a que tales relaciones hacen referencia. Por consecuencia, no tutela intereses concretos de personas determinadas, sino categorías de intereses de una misma especie. Procede la norma, por lo tanto, por abstracción; reúne todos los casos de una misma especie en una categoría general, y considera a esta categoría (1).

e) Por último, es necesario considerar que el derecho objetivo, siendo tutela de intereses, es también un *sistema de límites* entre los diferentes intereses, y por consiguiente, desempeña una función de *coordinación* entre los diversos intereses que en el comercio de las relaciones humanas se encuentran y chocan: ese derecho, no sólo determina los intereses tutelados frente a los que no lo están, sino que, entre los intereses tutelados establece la medida de tutela que respectivamente se concede a cada uno respecto de los demás, señalando así el punto en que termina la tutela de un interés y empieza la de otro interés opuesto (2).

3. Con todos estos antecedentes, podemos determinar en qué casos surge la posibilidad y la necesidad de la ju-

---

(1) Vanni, *Filos. del dir.*, pág. 71.—Filomusi-Guelfi, *Enc.*, página 9.—Bierling, *Jur. Principienlehre*, pág. 28.

(2) Merkel llama por esto al derecho un *compromiso* para los diferentes intereses que combaten: Merkel, *Jur. Enc.*, pág. 21. *Recht und Macht in Gesammelte Abhandlugen aus dem Gebiet des allgemeinen Rechtslehre*, Strasburg, 1897, pág. 400.

risdicción, o sea, cuál es el objeto de la función jurisdiccional.

En las relaciones ordinarias de la vida, la satisfacción de los intereses tutelados por la norma jurídica, se cumple por obra espontánea de los mismos interesados: la norma realízase sin dificultad, porque aquellos a quienes se dirige el mandato o la prohibición en la misma contenido, arreglan a ella voluntariamente la propia conducta.

Aun prescindiendo del temor que la coacción inspira, en la observancia espontánea de la norma jurídica obran, como estímulos importantísimos, de los cuales hace la misma ley gran aprecio, gran cantidad de sentimientos éticos y sociales, cuya eficacia es tan decisiva en la actuación del derecho que ninguna regla jurídica podría adquirir existencia seria y duradera, en contradicción con ellos (1).

Pero puede darse también, y esta hipótesis debe preverse respecto de la norma jurídica, la cual quiere imponerse como irrefragablemente obligatoria, que en la realidad de la vida, la satisfacción de los intereses por ella tutelados, encuentre obstáculos que prácticamente hacen

---

(1) Acerca del concepto y valor del *sentimiento jurídico*, véase, teniendo en cuenta las diferentes orientaciones filosóficas: Vanni, *Filos del dir.*, pág. 78.—Filomusi-Guelfi, *Enc. giur.*, pág. 45—Petrone, *La filosofía del diritto al lume dell'idealismo critico*, en el tratado: *I problemi del mondo morale meditati da un idealista*, Palermo, 1905, passim, y especialmente en las págs. 18 y sig., 36 y sig.—Del Vecchio, *Il sentimento giuridico*, en la *Riv. it. per le scienze giuridiche*, XXXIII, fasc. III, Torino, 1902.—Jhering. *Zweck im Recht*, II, pág. 108 y sig.—Merkel *Jur. Encyclopädie*, pág. 26.

desmerecer en todo o en parte los beneficios inherentes a dicha tutela. Estos obstáculos pueden ser de dos clases:

a) Puede ocurrir, ante todo, que sea *incierta* la tutela concedida por el derecho a algunos intereses concretos. Mediante el carácter de *generalidad* y *universalidad* de la norma jurídica, cuando se quiere determinar si en el caso concreto y en qué medida es tutelado por el derecho determinado interés, es necesario acomodar el caso concreto a la norma general, o sea, *aplicar* la norma general al caso concreto. Toda aplicación de la norma jurídica, sea hecha por quien quiera, en cualquier forma y para cualquier fin, presupone, por consiguiente, siempre un *juicio lógico*, y precisamente un *silogismo*, en el que la premisa mayor es dada por la norma, la menor por la particular relación de que se trata, y la conclusión por una norma de conducta *especial* para aquella determinada relación, procedente de la norma general. Solamente después de haber formulado esta norma *particular* para determinado caso, será posible determinar la tutela que el derecho concede a un interés concreto. Pero este proceso lógico presenta dificultades objetivas y subjetivas. Tiene con frecuencia todos los caracteres de un verdadero procedimiento técnico, en el que son necesarios para orientarse la cultura y el hábito mental de un jurista profesional. Ya la formulación misma de la norma general que ha de aplicarse, no está hecha siempre de modo claro o expreso, siendo necesario deducirla del conjunto sistemático del derecho, merced a las reglas y auxilios de la hermenéutica legal. Además, la

variedad y la complicación de los casos concretos a que dan lugar los diferentes aspectos de las relaciones humanas, es tal y tan importante, que con frecuencia sólo una inteligencia diestra en la aplicación del derecho, se encuentra en situación de deslindar las especiales relaciones para aplicar a cada una de ellas la norma que le conviene. Y si a todo esto añadimos la natural dificultad de orden subjetivo que impide al que está directamente interesado en la cuestión, proceder con la serenidad necesaria en este delicado trabajo de lógica jurídica, se comprenderá fácilmente cómo la sola determinación de la norma de conducta que debe seguirse en los casos concretos puede dar lugar a dudas, incertidumbres y controversias, las cuales constituyen por sí mismas un obstáculo para la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, no habiendo razón alguna mediante la cual, subsistiendo dicha incertidumbre, deba prevalecer la opinión de un interesado sobre la de otro. Hay, por lo demás, también casos en que la incertidumbre acerca de la tutela jurídica de un determinado interés depende del hecho de que la ley, por razones de interés general, no permite que dicha determinación se haga por los mismos interesados. Esto sucede particularmente en el campo del derecho penal, en donde la aplicación de la norma jurídica se substrae completamente a la voluntad de los individuos cuyas relaciones jurídicas regula (1).

---

(1) Véase Rocco (Art., *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari,* sobretiro de la *Riv. pen.*, 1902, pág. 80. Esta es la razón por la cual la actuación de la ley penal no puede tener

b) Puede ocurrir en segundo lugar, si bien el caso es menos frecuente, que, a pesar de que la tutela de determinado interés esté fuera de duda por estar legalmente acreditada, aquel a quien va dirigido el mandato o la prohibición contenidos en la norma que tutela dicho interés, rehuse u omita acatarla, y deje así, por mala voluntad, incumplido el interés que la norma jurídica protege.

4. En estos dos casos, para que la norma jurídica cumpla efectivamente su función, es necesario desterrar los obstáculos que se oponen al cumplimiento efectivo del interés tutelado. Esto no puede acaecer por obra de los mismos interesados, esto es, de aquel a quien se trata de proteger sus intereses y de aquel frente al cual se trata de hacer valer la tutela. Esta imposibilidad es evidente cuando el obstáculo a la satisfacción del interés que reclama la tutela del derecho depende de la incertidumbre de la tutela. Si, en efecto, la tutela no está demostrada por haber desacuerdo entre los interesados acerca de la aplicación de la norma, es —como hemos hecho notar anteriormente—, una exigencia lógica que esta aplicación se haga por un tercero, único medio con que la inseguridad puede terminarse. Si, por lo tanto, la inseguridad depende del hecho de que la ley substraiga a la voluntad de los interesados la determinación de la tutela concedida por el derecho a un interés dado en el caso concreto, solamente se deduce de esto que dicha determinación debe ser confiada a

---

lugar sino en forma jurisdiccional (una excepción es la *obligación voluntaria,* artículo 101, Cód. pen.).

un tercero. Pero aun cuando el interés tutelado permanezca incumplido por mala voluntad del obligado, sin embargo, estando acreditada la tutela, no es prácticamente posible dejar al mismo interesado el cuidado de realizar su interés aun sin o contra la voluntad del obligado. Múltiples razones se oponen a ello: la posibilidad de abusos o excesos; el peligro de conflictos y alteraciones en el orden público; la posibilidad de que la fuerza física, en algún caso, no auxilie al que quiere realizar su derecho (1).

Pero si la remoción de estos dos obstáculos que pueden oponerse al cumplimiento de los intereses protegidos por el derecho, no puede ser confiada a los mismos inte-

---

(1) En el período de formación del Estado, por efecto de la incompleta consolidación del organismo estatal, la realización de los intereses individuales protegidos por las normas jurídicas, en caso de inobservancia de éstas, era en gran parte todavía confiado al interesado o a su agrupación: y también, cuando el Estado reivindicó para sí esta función, perduró por largo tiempo, al lado de la función jurisdiccional del Estado, el sistema de la defensa privada, si bien en límites cada vez más reducidos, y hoy están circunscritos a poquísimos casos (véase Merkel, *Jur. Enc.*, págs. 77 y 236.—Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa.* Milano 1900-1905, pág. 18). La limitación de la defensa privada caminó al mismo paso que la consolidación o extensión de la función jurisdiccional del Estado, por lo que, con razón, Degenkolb llama a la *acción judicial* el precio, mediante el cual el particular renuncia a la defensa privada (Degenkolb, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, Leipzig, 1877, págs. 31 y otras: Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1885, I, pág. 4, sub. I.—*Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1887, pág. 29.—Hölder, *Pandekten.* —Langheineken, *Der Urtheilsanspruch*, pág. 17.—Helwigg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, pág. 1.

resados (sujeto de la pretensión y sujeto de la obligación), es evidente que el Estado debe tomarlo a su cargo, toda vez que él mismo es precisamente el órgano específico del derecho (1). La satisfacción efectiva de los intereses que el derecho protege, constituye en efecto a su vez, un interés del Estado. Y esto bajo un doble aspecto. Ante todo, porque la no satisfacción de un interés tutelado por el derecho crea un estado de inseguridad y de conflicto que puede resultar también peligroso para el orden público, siendo causa de perturbación para toda la colectividad. En segundo lugar, porque el hecho mismo de que el Estado haya considerado aquel interés digno de tutela, significa que el mismo estimaba su cumplimiento como una condi-

---

(1) Hoy, la función jurisdiccional o jurisdicción, se nos presenta como un momento de la actividad del Estado, cronológica y conceptualmente posterior a la función legislativa y dependiente de ésta. Y sin embargo, en la formación histórica del Estado, la actividad judicial precedió a la legislativa, y fué medio para llegar a ésta. La tutela particular, concedida en algunos casos a determinados intereses y la determinación hecha cada vez del derecho del caso especial, conduce a la tutela general contenida en la norma, esto es, a la formación de un imperativo jurídico universal. Y esto precisamente, según una ley constante de la evolución del pensamiento humano, que ha procedido siempre de lo concreto a lo abstracto, y no viceversa. En dicho estudio primitivo, la función jurisdiccional y la legislativa estaban compenetradas (véase Schultze, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechsel beziechung,* Freiburg y Tübinga. 1883, páginas 97 y sig.), de cuya compenetración quedan huellas también en épocas recientes aún en el derecho inglés contemporáneo (por ejemplo, en Unger, *Ueber die Haftung des Staates für Verzugs-und Vergutungszinsen.* (Viena, 1903, págs. 8 y 9).

ción de existencia o de desarrollo para toda la sociedad, y por consiguiente, como útil para toda la sociedad. Existe, por lo tanto, un interés público y general en la satisfacción de todos los intereses protegidos por el derecho, tanto colectivos como individuales. Se trata de un interés *indirecto* o *secundario*, que se considera siempre en relación con otro interés *primario* a que se refiere.

La satisfacción de este interés, que es uno de los fines esenciales del Estado, es también una de sus más esenciales funciones. La actividad con que el Estado provee a ello es precisamente la actividad jurisdiccional o jurisdicción. La característica de esta actividad está en el objeto a que se refiere, el cual, naturalmente, repercute después en su *forma*. Objeto de la actividad jurisdiccional es precisamente la realización de los intereses que el derecho objetivo tutela cuando esta tutela resulta ineficaz, o sea, cuando las normas generales de conducta, mediante las que el derecho provee a la tutela de aquellos intereses, encuentran por algún motivo obstáculos para su efectiva actuación. La jurisdicción es, por consiguiente, también *tutela de intereses*, como tutela de intereses es la legislación; la diferencia está sólo en los *límites* y en la *forma* de la tutela. Mientras en la legislación el Estado *determina los límites* de la tutela que quiere conceder y la lleva a cabo poniendo normas generales de conducta, en la jurisdicción, el Estado procura *directamente* la satisfacción de aquellos intereses en los límites establecidos en el derecho objetivo, cuando el derecho objetivo no es o no puede ser espontá-

neamente actuado. La característica de la actividad jurisdiccional está, por consiguiente, en que es *una actividad del Estado substituída a la actividad de aquellos a quienes la norma jurídica prescribe para la tutela de determinados intereses, determinada conducta no observada por ellos.* Este concepto, sin embargo —como veremos más adelante—, no se traduce exactamente diciendo que con la actividad jurisdiccional el Estado *realiza el derecho*, puesto que, por el contrario, la característica de la jurisdicción consiste en *substituirse* a aquellos a quienes la regla jurídica se dirige, y no a obtener a toda costa *de ellos*, el contenido que la regla jurídica les prescribe. Con estos antecedentes podíamos intentar una definición de la función jurisdiccional. Nosotros entendemos por jurisdicción "*la actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por algún motivo (inseguridad o inobservancia) no se realice la norma jurídica que los tutela*".

Dedúcese de esa definición, que para que haya *materia*, y por consiguiente, *posibilidad* y *necesidad* de la función jurisdiccional, es necesario que una regla jurídica no pueda o no quiera ser realizada; esto es, o que sea insegura la tutela concedida en el derecho a un determinado interés, o que, aún estando demostrada la tutela jurídica de que tal interés goza, haya quedado todavía éste, en descubierto por inobservancia de la norma que consagra la tutela. *Fin* de la jurisdicción, después de lo dicho, es procurar el cumplimiento de tal interés, asegurando el dere-

cho del caso concreto e interviniendo con la fuerza de la soberanía del Estado para el cumplimiento del mismo, aun sin o contra la voluntad de aquel frente a quien se concede la tutela (1).

---

(1) La determinación del concepto de jurisdicción, tan importante, teórica y prácticamente, especialmente para las relaciones entre la función jurisdiccional y la administrativa, es un problema aún, puede decirse, no resuelto en la ciencia jurídica. Los principales criterios propuestos hasta ahora son los siguientes:

a) *La jurisdicción es la actividad con que el Estado provee a la tutela del derecho subjetivo*: o sea, *a la reintegración del derecho amenazado o violado*: esta es la opinión que se puede considerar como dominante: véase en este sentido, entre otros, Gerber, *Grundtzüge des deutschen Zivilprozessrechts*, pág. 1.—Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, pág. 323.—Kirch, *Beiträge zur Urtheilslehre*, Leipzig, 1903, pág. 1.—Manfredini, *Corso di diritto giudiziario civile*, Bologna, 1898, pág. 372.—Simoncelli, *Lezioni di procedura civile*, año 1902-1903, págs. 4, 122 y sig.—Aparte la crítica que puede hacerse a la fórmula "tutela de los intereses subjetivos" que contiene —como más adelante veremos— una verdadera tautología, es un hecho que no siempre la actividad jurisdiccional presupone un derecho *amenazado* o *violado*, bastando sencillamente la *inseguridad* sobre la existencia de un derecho, para que el conflicto de intereses que de la misma se deriva, deba ser solucionado mediante un juicio que establezca, cual es el interés tutelado; b) *La jurisdicción es la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho objetivo, mediante la aplicación de la norma al caso concreto y su obligada realización*. También esta opinión está bastante extendida: véase Wach, *Handb.*, págs. 1 y 2.—Schmidt, *Lehrb. der deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1898, págs. 1 y 2.—Langheineken, *Der Urtheilsanspruch*, pág. 19.—Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, en *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, pág. 7, nota 6. A esta opinión se puede objetar: ante todo, que la actuación del derecho, en cuanto

5. Esta determinación del concepto general de jurisdicción nos permite diferenciarle de los de *legislación* y *administración*. La primera delimitación es más fácil. Mediante la actividad legislativa el Estado provee a la tutela

---

es *aplicación del derecho,* no es en manera alguna una característica de la actividad jurisdiccional, ya que tanto el individuo como el Estado, en cuanto están sometidos al derecho, deben, para conformar sus acciones a la norma jurídica, en cualquier momento de su actividad, *aplicar la norma* al caso concreto: la mayor o menor dificultad o solemnidad de esta operación lógica no cambia la esencia de la cosa. (Véase Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1896, pág. 203). En cuanto, pues, la actuación del derecho es *realización del derecho,* no es cierto, en modo alguno, que constituya el fin exclusivo de la jurisdicción, la cual —como sin embargo se verá más adelante— no trata, tanto de *actuar la norma,* esto es, de influir sobre la voluntad para que ésta se conforme a la norma, cuanto de obtener, aun sin o contra la voluntad del obligado, el cumplimiento de los intereses tutelados por la norma; *c) Obra de la jurisdicción es asegurar en los casos particulares una relación insegura o discutida;* así opinan, entre otros, Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886, págs. 64 y siguientes.—Jellinek. *Das Recht des modernen Staates,* I, *Allgemeine Staatslehre,* Berlín, 1900, pág. 59. Esta determinaeión tiene el defecto de ser incompleta, porque excluye *a priori* en la jurisdicción todo el procedimiento ejecutivo, en el cual no hay inseguridad sobre la tutela concedida a un interés, sino inobservaneia de la norma por parte del obligado; *d) La actividad jurisdiccional no tiene un contenido substancial propio, sino solamente caracteres formales particulares;* no hay, por consiguiente, otro modo de distinguir la jurisdicción sino refiriéndose a la cualidad del órgano estatal que obra, la cual es la actividad del juez, órgano imparcial e independiente, sometido solamente al derecho objetivo: para determinar, por consiguiente, dónde hay jurisdicción, es necesario referirse a la norma de la ley positiva. (De esta opinión son Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches.* Freiburg y

de los intereses individuales y colectivos, estableciendo reglas *generales* a la actividad de los particulares y también a la suya propia. Mediante la actividad judicial, por el contrario, el Estado atiende a hacer prácticamente eficien-

---

Leipzig. 1895, II, pág. 329.—*Bornhak, Allgemeine Staatslehre,* págs. 204 y 205). Este criterio, contra el cual se ha pronunciado, particularmente Jellinek, *Gessetz und Verordnung,* Freiburg, 1887, págs. 213 y sig., es completamente insuficiente, porque el órgano no puede calificar la función, siendo, en cambio, la particularidad de la función la que diferencia el órgano: sin tener en cuenta que con frecuencia se confían también a los órganos jurisdiccionales funciones no jurisdiccionales (especialmente administrativas), y a órganos administrativos y legislativos se confían a veces funciones jurisdiccionales (véase acerca de esto Cammeo, *La manifestazione della volonta dello Stato nel campo del diritto amministrativo,* en el *Trattato di diritto amministrativo* de Orlando, III, Milán, 1901, páginas 8 y 12); *e*) *La jurisdicción es resolución de controversia: su característica exterior es el contradictorio.* En este sentido Plósz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts,* Leipzig, 1880, pág. 6; y los autores citados en Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft,* págs. 14 y sig., 54 y sig; en Italia parece inclinarse a este criterio De Palo, *Teoria del titolo esecutivo,* Nápoles, 1901, especialmente en las págs. 53 y 55. Contra este criterio debe argumentarse que puede haber ejercicio de jurisdicción sin controversia y sin juicio (por ejemplo, en el procedimiento civil y penal en rebeldía; en el procedimiento penal, cuando el reo está confeso, o en el civil, cuando el demandado no se opone a la demanda del actor), habiendo actos no jurisdiccionales que se presentan bajo la forma de la decisión de una controversia (por ejemplo, una opinión emitida en una sección consultiva del Consejo de Estado sobre una cuestión en materia de aplicación de leyes, y sobre todo, el parecer de las secciones unidas del Consejo de Estado sobre una apelaeión al Rey en vía extraordinaria); *f*) Según un insigne tratadista de procedimiento italiano, *la jurisdicción tiene por objeto la resolución de un conflicto entre la vo-*

te la tutela establecida en las normas generales, procurando *en los casos particulares* la satisfacción de los intereses que tutela, cuando la norma de conducta no se realiza, o cuando falte por alguna razón la espontánea sumi-

---

luntad subjetiva y las normas objetivas, bien sea real o aparente. (Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile,* I, 3°. ed., Milán, 1904, págs. 16 y 20, y II, 1.ª ed., Milán, 1903, págs, 553 y sig.). Este concepto tiene mucho de verdadero, aun cuando considere la jurisdicción desde un punto de vista que, a nuestro juicio, no es ni el más notorio ni el más característico. Por lo tanto (y ya lo hemos hecho notar a propósito de la opinión que hace consistir la actividad jurisdiccional en la resolución de las *controversias,* o sea de la oposición de voluntades), no siempre la jurisdicción tiene por misión resolver un *conflicto de voluntades*: así ocurre en el procedimiento penal, cuando el reo está confeso; en el procedimiento civil, cuando el demandado se coloca en rebeldía o no se opone a la pretensión del actor; en el procedimiento de embargo, que es verdadero ejercicio de jurisdicción, se desenvuelve, sin embargo, en parte, sin oposición de voluntades (art. 925, Cód. proc. civ.). Queda, por consiguiente, como concepto general y comprensivo de todos los casos, el del conflicto entre las *normas objetivas.* Se trata, como acertadamente observa el mismo Mortara, de un conflicto *formal* o *aparente,* porque un conflicto real entre normas jurídicas no es presumible (Mortara, *Commentario,* pág. 19). Por consiguiente, este conflicto formal o aparente no puede depender más que de la *inseguridad* acerca de la norma jurídica aplicable al caso concreto: la resolución de un conflicto entre normas objetivas redúcese totalmente a la eliminación de la *incertidumbre* acerca de la norma que debe regir en el caso particular, o sea el aseguramiento del derecho del caso particular, mediante la *aplicación* de la norma general al caso concreto. Pero ya hemos visto cómo este concepto no es suficiente por sí para caracterizar la actividad jurisdiccional del Estado. La jurisdicción va siempre directamente a remover los obstáculos que se oponen al cumplimiento efectivo de los intereses

sión a la norma por parte de los obligados. No es necesario, por consiguiente, considerar la actividad jurisdiccional como una actividad de *pura ejecución* frente a la legislativa. La actividad jurisdiccional *depende* de la legis-

---

tutelados por el derecho: por consiguiente, no todo conflicto entre normas objetivas, no todas las incertidumbres acerca de la norma aplicable, dan lugar al ejercicio de la jurisdicción, sino únicamente, aquella incertidumbre, mediante la cual queda incumplido un interés que el derecho protege. Deben por consiguiente, distinguirse las ocasiones en que se presenta el conflicto entre dos normas y entre las varias especies de normas, entre las cuales puede surgir el conflicto. Dos normas pueden presentarse entre sí en conflicto, a quien se proponga acreditar cuál es el derecho del caso concreto, *con objeto de uniformar al mismo la propia conducta*: en este caso, evidentemente no se da lugar a la actividad jurisdiccional, aun cuando el que proceda a esta afirmación sea el Estado, y aun cuando lo haga con formas determinadas y solemnes: así, por ejemplo, no hay actividad jurisdiccional en un parecer emitido por el Consejo de Estado acerca de la interpretación que debe darse a una ley o reglamento en un caso concreto. Pueden también presentarse como en conflicto entre sí dos normas encaminadas a regular la acción del Estado en *su mismo interés,* y que, por consiguiente, no contengan preceptos dirigidos por el Estado a la tutela de los intereses de los súbditos, sino preceptos aplicados a órganos del Estado, a la tutela de los intereses del Estado. En este caso, los posibles conflictos se resuelven con actos administrativos, no mediante el ejercicio de la jurisdicción (así ocurre, por ejemplo, en una discusión que surja entre dos Ministerios acerca de la competencia de un gasto, o sobre la aplicación de normas legislativas o reglamentarias que rigen las respectivas funciones). Además, es de observar, frente a esta concepción del conflicto de normas, que conduce a excluir de la jurisdicción todo el procedimiento civil ejecutivo. Por lo tanto, en cuanto esta concepción se apoya en el principio de que "el derecho subjetivo no existe, ni funciona en virtud de la simple

lativa en cuanto ésta establece *los límites*, pero dentro de los límites por ella indicados es una actividad *complementaria* y no de simple ejecución. En la actividad legislativa el Estado cumple un doble fin: determina qué tutela quiere conceder a ciertos intereses, y desarrolla esta tutela en una forma característica, imponiendo reglas generales de conducta. En la actividad judicial el Estado cumple, por el contrario, una sola misión: la de desarrollar también la

---

relación entre la voluntad del sujeto activo y la ley, pero tiene por coeficiente esencial la voluntad del sujeto pasivo", y que por esto, en el conflicto entre la voluntad de los sujetos privados, debe el Estado eliminar el debate (Mortara *Commentario*, II, págs. 539 y 542), véase lo que más adelante diremos, especialmente en el núm. 40 *g*). También *se inspira en el concepto de que la jurisdicción es aplicación del derecho*, el criterio propuesto recientemente por el profesor Scialoia, el cual, reconociendo que aplicación del derecho puede ser también la actividad administrativa, *concluye que la actividad jurisdiccional, se distingue por esto: que en la aplicación del derecho que en la misma tiene lugar, el momento del juicio prevalece sobre el de la voluntad, mientras que en la actividad administrativa ocurre lo contrario* (Scialoia: *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato en la Giustizia amministrativa* XII (1901), página 71 y 72. Mas, puesto que estos dos elementos, del *juicio* y de la *voluntad, no son característicos* de la actividad judicial, el criterio del simple prevalimiento del primero sobre el segundo es demasiado indeterminado, y por consiguiente insuficiente para caracterizar la jurisdicción. Teóricamente este criterio es en el fondo la confesión de que no hay una diferencia de *calidad*, sino únicamente de *cantidad* entre la actividad judicial y la administrativa, o sea que ambas son *substancialmente* una misma cosa. Prácticamente es imposible utilizar este criterio precisamente allí donde hace más falta: esto es, en las zonas grises, en los puntos intermedios donde faltan los criterios formales y hay que recurrir a un criterio substancial decisivo.

tutela concedida a dichos intereses, pero de un *modo* diferente: interviniendo *directamente* para su satisfacción cuando la primera forma de tutela resulta prácticamente ineficaz. La jurisdicción, por consiguiente, no es *ejecución, actuación* de la tutela concedida por la legislación; es, por el contrario, una segunda y autónoma *forma de tutela;* mientras que la legislación es tutela *mediata* de intereses, la jurisdicción es tutela *inmediata* (1).

Mayor dificultad ofrece la distinción de la función judicial de la administrativa, para llegar a la cual es necesario partir de algunos conceptos fundamentales del derecho público moderno.

El Estado, para la consecución de sus fines, tiene sobre todos los miembros de la colectividad un *poder supremo*, un *señorío*, al que corresponde en los particulares un estado de *subordinación* o *dependencia*. Esta relación de *soberanía* y de *vasallaje*, que en otros tiempos era una relación de *mero hecho*, se ha transformado en el Estado moderno en una relación jurídica, en cuanto el Estado, regulando con normas generales su conducta frente a los particulares, o sea, tutelando aun frente a sí mismo los intereses de los particulares, ha sometido a limitaciones el ejer-

---

(1) La contraposición es, por consiguiente, natural entre la actividad legislativa de un lado y la actividad administrativa y judicial por otro. Mediante la primera, el Estado establece normas abstractas, para la tutela de los intereses individuales y colectivos: mediante la segunda, persigue concretamente estos intereses, véase Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*. pág 558.

cicio de dicho poder (1). Sin embargo de que la soberanía del Estado resulta limitada en el sentido de que, frente a ella, se reconocen algunos derechos subjetivos de los particulares, los cuales por esto figuran frente al Estado aun en el campo del derecho público, no sólo como *objeto* de su soberanía, sino como *sujetos* de derechos propios o *personas*, siempre resultará que la soberanía, aun como derecho del Estado, tiene un contenido de facultades, por una parte numerosísimas e indeterminadas, por otra singularmente enérgicas, que llegan hasta la posibilidad de ejercer una coacción física sobre la persona de los súbditos. La existencia, en efecto, de algunos derechos subjetivos públicos de los particulares (derechos civiles, derechos políticos, derechos de libertad), implica la determinación de algunas cosas que el Estado, en determinadas circunstancias, está obligado a *hacer*, y de *otras* que está obligado a *no hacer;* pero fuera de estos límites, la acción del Estado frente al ciudadano es perfectamente libre y recobra su derecho de soberanía con la consiguiente potestad o señorío sobre la persona de los súbditos que lleva consigo (2). *La actividad que el Estado despliega para la consecución de sus fines, sirviéndose de los poderes inherentes a su so-*

---

(1) Véase acerca de esto, por último: Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* págs. 331 y sig., 348 y sig., 377 y sig.

(2) El ciudadano no es solamente, por consiguiente, *sujeto de derechos* frente al Estado, sino que también es *objeto* de su derecho de soberanía: véase Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* páginas 384 y sig. Acerca de cómo puede ocurrir esto, véase Rocco (Art.), *Sul concetto del diritto di punire,* pág. 17, nota 2.

beranía en el campo que se le ha dejado libre en el derecho objetivo, es la actividad administrativa. Por lo tanto, la distinción entre actividad administrativa y judicial está en esto, en que mientras en la primera el Estado persigue *directamente sus intereses*, en cuanto pueden ser directamente perseguidos, en la segunda interviene el Estado para satisfacer intereses *ajenos*, o *también suyos*, que han quedado incumplidos y *que no pueden ser directamente alcanzados* (1). Prácticamente la distinción puede concretarse en tres puntos:

a) En la actividad jurisdiccional, el Estado persigue un fin *indirecto* o *secundario:* el de procurar la satisfacción de los intereses individuales y colectivos tutelados por el derecho, los cuales no pueden ser satisfechos a causa de la incertidumbre o inobservancia de la norma que los tutela. En la *actividad administrativa*, el Estado persigue, por el contrario, fines *directos* o *primarios*.

b) En la actividad jurisdiccional, el Estado provee a la satisfacción de intereses, la cual, aun siendo exigida por el derecho, resulta deficiente por obstáculos encontrados en la actuación de la norma que los tutela. La actividad jurisdiccional, por consiguiente, va encaminada a *remover*

---

(1) El caso de intereses del Estado que no pueden ser *directamente* alcanzados, tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico quita a los órganos que directamente persiguen los intereses estatales (órganos administrativos) la facultad de conseguir algunos determinados intereses: así ocurre con el *interés primitivo*, cuya persecución está en cierto modo vedada a los órganos de la administración.

obstáculos para la satisfacción de intereses; dicha actividad no satisface *directamente* intereses concretos, pero provee a que dichos intereses sean satisfechos, por lo tanto solamente los satisface *indirectamente*. En cambio, mediante la actividad administrativa, el Estado provee *directamente* a la satisfacción de sus intereses. En la actividad administrativa no se trata por consiguiente nunca de hacer cesar las dificultades que por la incertidumbre o la inobservancia de la norma puede encontrar la satisfacción de los intereses tutelados. No puede haber incertidumbre acerca de la tutela perteneciente a los intereses del Estado, porque la administración, consistiendo precisamente en el desarrollo de la actividad libre del Estado, *presupone* ya que tal inseguridad en el momento actual no existe, colocándose en un campo en que no hay otros intereses tutelados más que los del Estado. Inobservancia de una norma que tutela los intereses del Estado, es, posible, sin embargo, porque en la esfera de actividad libre del Estado dispone éste de la fuerza física inherente a su soberanía, frente a la cual es inconcebible inobservancia por parte de los súbditos, de sus deberes para con el Estado.

c) La actividad jurisdiccional del Estado tiene por objeto relaciones entre particulares y particulares, o cuando tiene por objeto relaciones entre los particulares y el Estado, se encuentra siempre frente a los intereses de los particulares, los cuales se presentan como *intereses tutelados* frente al Estado, o sea como *derechos subjetivos* que el Estado está obligado a respetar. En cambio, en la ac-

tividad administrativa, el Estado puede ciertamente encontrarse frente a los intereses de los particulares, pero éstos no se presentan nunca como *intereses tutelados*, esto es, como *derechos subjetivos* que el Estado deba respetar, siendo esto porque en el campo de la actividad administrativa es cierto, *a priori*, que no hay intereses tutelados de los particulares (1).

6. Con lo dicho hemos delineado brevemente la *esencia* de la función jurisdiccional: la cual no puede por menos de influir en sus *manifestaciones externas*. De ahí, algunas *formas extrínsecas* que *normalmente* la acompañan,

---

(1) Dependiendo la distinción entre actividad administrativa y judicial del concepto que se tiene de esta última, es natural que las distinciones propuestas sean tantas como los criterios mantenidos para determinar la esencia de la jurisdicción. La distinción más común es la que, asignando a la jurisdicción la misión de aplicar la norma jurídica a los casos concretos, y a la administración la de regular las relaciones de hecho según el interés público, *señala como carácter de esta última la existencia de un poder discrecional en la determinación de la conducta del Estado en el caso concreto; discrecionalidad que faltaría en cambio en la jurisdicción, en la que la relación concreta debe ser regulada siempre según la voluntad de la ley*. Pero este criterio es insuficiente, porque se dan casos de poderes discrecionales conferidos al juez, en el ejercicio de su función judicial (por ejemplo, arts. 143, 145, 544, 578, 1.165 Cód. civ.; 26, 36, 38, 138, 156, etc., del Cód. pen.), y porque también la administración debe obrar dentro de los límites señalados en el derecho objetivo. Véase acerca de esto: Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, págs. 37 y sig.—Scialoia, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, pág. 71; Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, pág. 14, nota.—Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, págs. 567 y 568.

contándose entre las principales las siguientes: 1o., un órgano especial (juez) distinto de los órganos que ejercitan las otras dos diversas funciones, la legislación y la administración, y colocado (especialmente frente a los órganos administrativos) en una condición de *independencia*, que le permite ejercer serena e imparcialmente su misión; 2o., un juicio *contradictorio* regular, que permita tanto al que pretende la satisfacción de un interés propio como protegido por el derecho, como a aquel contra el cual se invoca la tutela, hacer valer las propias razones, a fin de que la acción del órgano jurisdiccional quede en todo conforme al derecho objetivo; 3o., un *procedimiento preestablecido* con *formas predeterminadas*, encaminado a asegurar que el cumplimiento de los intereses tutelados se realice exactamente en razón y en la medida de la tutela. Obsérvese, sin embargo, que estos caracteres *formales* o *extrínsecos* de la función jurisdiccional pueden faltar alguna vez, sin que por eso desaparezca la función; como —al contrario— algunos de ellos pueden acompañar a otras funciones estatales, sin que por eso pierdan éstas su naturaleza, para asumir la de la función jurisdiccional (1).

---

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, págs. 561 y sig.; Cammeo, *La manifestazione della volonta dello Stato*, pág. 9 y siguientes. A las funciones no jurisdiccionales confiadas a los órganos de la jurisdicción pertenece la llamada *jurisdicción voluntaria*. De ésta se suele decir que es actividad administrativa y no jurisdiccional, sin que, no obstante, se den siempre razones suficientes. La verdad es que la resolución del problema: si la jurisdicción voluntaria es jurisdicción, y en el caso contrario qué especie de actividad estatal es, presupone ya determinada la

7. Expuesto de esta manera brevemente el concepto *general* de la jurisdicción, será fácil deducir el *especial* que aquí nos interesa, de jurisdicción *civil* en contraposición a la *penal*.

---

esencia de la jurisdicción, y su distinción respecto de las otras dos funciones del Estado: la legislación y administración. Un examen de las principales teorías acerca de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria puede verse en Diana, *La giurisdizione volontaria*. "Cittá di Castello", 1904, págs. 53 y 78, en los autores citados, a los cuales pueden añadirse : Weismann, *Die Feststellungs Klage*, Bonn, 1879, pág. 19 y sig.; Langheineken, *Der Urtheilsanspruch*, págs. 82 y sig.—Helwigg, *Lehrb. des deutschen Zivilprozessrechts*, págs. 75 y sig.—Kisch, *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig, 1903, págs. 60 y sig., y especialmente Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1903, págs. 24 y 25, que niega la posibilidad de una distinción conceptual entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria. La jurisdicción voluntaria se reconoce en la función que la voluntad privada tiene en el campo del derecho. Entre los medios con que provee el derecho a la tutela de los intereses humanos, está el del reconocimiento jurídico de la voluntad privada; el derecho, reconociendo efectos jurídicos a la voluntad privada, contribuye con su eficacia a facilitar la consecución del fin práctico a que la misma tiende (Ferrini, *Pandette*, núm. 108). Dicha eficacia jurídica puede estar en el derecho subordinada a la existencia de diversas condiciones extrínsecas; especialmente de *forma* y de *tiempo*. Ahora bien, en ocasiones, la eficacia jurídica de la voluntad privada puede estar subordinada a una confirmación por parte de un órgano del Estado, sobre la conveniencia o legalidad del acto. Esta intervención del Estado puede encaminarse a varios fines: a proveer a fin de que el efecto querido corresponda al interés real de aquél, respecto al cual el efecto debe producirse, o sea a garantizar al titular del interés perseguido contra las deficiencias o los abusos de la voluntad que le persigue (especialmente cuando por impotencia o ineptitud del titular de un interés, se confía a la voluntad de otro sujeto la

En la jurisdicción penal, el Estado trata de realizar uno de sus más importantes intereses: el interés punitivo o represivo, el cual, en cuanto está tutelado frente a los particulares con reglas precisas y determinadas (*nullum cri-*

---

consecución de sus intereses); o también a asegurar preventivamente que la voluntad privada tiene todos los requisitos substanciales y formales exigidos en el derecho para que le sean reconocidos efectos jurídicos. Esta función de confirmación, por razones fáciles de comprender, fué confiada en gran parte a los órganos de la jurisdicción que ofrecen las mayores garantías de competencia y de imparcialidad para tan delicada misión. De todo lo dicho resulta, que la jurisdicción voluntaria es función administrativa y no jurisdiccional. La jurisdicción propiamente dicha presupone la relación jurídica concreta, ya *formada* y, por consiguiente, verificadas ya todas las condiciones, mediante las que la norma general reconoce el nacimiento de la relación; la jurisdicción provee, por lo tanto, a que la relación cumpla su función *práctica*. En la llamada jurisdicción voluntaria, el Estado interviene en la formación de las relaciones jurídicas concretas, acreditando, en *forma solemne*, la *conveniencia* o *legalidad* del acto realizado o que se va a realizar. El acto jurídico queda reducido a lo que es: declaraciones *privadas* de voluntad, a las que el Estado *no colabora* (precisamente, acerca de este punto de vista, Diana, opúsculo cit., pág. 72), pero de las que tiene necesidad, para producir la plenitud de sus efectos jurídicos, de un elemento *extrínseco*, que se las debe añadir y que proviene de un órgano del Estado. En la jurisdicción voluntaria, por consiguiente, el juez desempeña una función substancialmente igual a la que desempeña el notario u otro oficial público cuando ante él se celebra un acto público. Por estas razones la doctrina alemana incluye esta última función en el concepto de la jurisdicción voluntaria (véase Wach, *Handb.*, págs. 61 y sig—Helwigg, *Lehrb.*, págs 78 y 79), el cual comprende, por lo tanto, todas las formas de intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas privadas concretas. Esto, sin embargo, no significa precisamente que en estos casos el efecto jurídico

men, nulla poena sine lege), constituye un verdadero y singular *derecho subjetivo* del Estado, el derecho subjetivo de castigar (1). Pero, frente y en contraposición a es-

---

se deba más bien al acto del Estado que a la voluntad privada, o que se dé lugar a un acto *complejo o mixto*, resultante de una declaración privada y de una declaración pública de voluntad; el efecto jurídico permanece siempre unido a la declaración privada de voluntad, y el acto permanece siendo un acto jurídico privado; la intervención del Estado débese, por lo tanto, a la necesidad de darle *condiciones* para su *completa* eficacia jurídica. (Acerca de esto puede consultarse útilmente un escrito reciente de A. Scialoia, *Natura e importanza giuridica delle publicazioni nelle modificazioni degli statuti sociali*, extraído del *Foro italiano*, Cittá di Castello, 1905, pág. 6 y sigs.) *Con estas reservas y limitaciones* permanece para nosotros verdadera la doctrina tradicional de Wach (*Handb.*, págs. 47 y 64). En cuanto, pues, esta doctrina esté en contradicción con la existencia, hoy reconocida en la ciencia del derecho procesal, de *sentencias constitutivas* (según afirman Langheineken, *Urtheilsanspruch*, pág. 83, y Diana, op. cit., pág. 65 y sig.), nos remitimos a cuanto digamos más adelante acerca de esta categoría de sentencias. La opinión de Weismann de que es imposible una determinación *substancial* de la naturaleza de la llamada jurisdicción voluntaria, está relacionada en el fondo con la doctrina que establece como único criterio de distinción entre las diferentes funciones del Estado, el de los caracteres *extrínsecos o formales* que asumen en los diferentes casos. Véase, por consiguiente, lo que hemos dicho contra esta doctrina en la nota de la pág. 16, sub. *d*). Acerca de los caracteres *formales* de la jurisdicción: véase Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autoritá amministrativa*, en el *Trattato di diritto amministrativo* de Orlando III, págs. 256 y sig.; Cammeo. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, págs. 20 y sig.

(1) Véase sobre este derecho: Rocco (Art.) *Sul concetto del diritto subjettivo di punire*, sobretiro de los *Studi in onore di Vittorio Scialoia* y los autores allí citados en la pág. 4, nota 1.

te interés del Estado, están tutelados, implícitamente, por las mismas normas de derecho penal, y explícitamente, por otras normas jurídicas (derecho constitucional), numerosos intereses del particular, cuyo conjunto constituye el *derecho público de libertad*. Por la imposibilidad ya notada de que la determinación de la tutela concedida en los casos concretos al interés primitivo del Estado, frente a la libertad de los ciudadanos, tenga lugar, por voluntario reconocimiento de los interesados, el cumplimiento del interés punitivo del Estado, encuentra siempre obstáculo en la inseguridad de la tutela concedida para el caso concreto. Esta es la razón por la que, para mayor tutela de la libertad de los ciudadanos, en el derecho del pueblo más adelantado, en materia penal, la función de acreditar el derecho en el caso concreto, ha sido confiada a los órganos de la normal actividad del Estado, y éste ha establecido, frente a sí mismo, una especie de *deber de autodefensa penal*. Este deber, por necesidad de las cosas, no puede resolverse más que en una *distinción de órganos:* pero es un hecho que la ley considera el interés punitivo del Estado *como si no* pudiese ser directamente perseguido. De aquí la necesidad de que la aplicación de la norma penal tenga lugar siempre en forma jurisdiccional. La jurisdicción penal es, por consiguiente, el medio con que el Estado procura la satisfacción de su interés punitivo, aplicando al caso concreto la norma penal que le tutela (1). En la jurisdic-

(1) Esta materia ha sido perfectamente esclarecida por Mortara, *Commentario*, 1. págs. 23 y sig., que considera precisamente

ción civil, por el contrario, el Estadó procura la satisfacción, no de un interés público como el punitivo, sino de los intereses privados, siempre, entiéndase, que a ello se oponga la incertidumbre o inobservancia de la norma aplicable al caso concreto.

El interés que el Estado persigue mediante la jurisdicción penal, es un interés *secundario*, con relación a otro interés (el interés punitivo y represivo) que es, a su vez, *secundario* con relación a los intereses a que se refiere la tutela penal, hasta tal punto que, en definitiva, dicho interés puede llamarse un interés *terciario*. En la jurisdicción civil, el interés que el Estado persigue es, por lo tanto, y en cambio, *secundario*. Pero mientras en la jurisdicción penal el interés del Estado es un interés *directo*, en cuanto tiene por contenido un interés *propio* del Estado (el interés punitivo), en la jurisdicción civil, el interés del Estado es sólo *reflejo*, en cuanto tiene por objeto el cumplimiento de intereses no *estatales*, sino *individuales*.

Así queda establecido por qué y de qué manera, en la jurisdicción civil, el interés privado se realiza por el Estado, y qué relación existe entre las normas que tutela el interés (derecho privado material) y la función del Estado encaminada a procurar la realización del interés tutelado (función jurisdiccional civil). En la función jurisdiccional

---

la jurisdicción penal como un caso de *ejercicio de un derecho del Estado en forma jurisdiccional*. Véanse también las observaciones de Rocco (Art.) *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, sobretiro de la Riv. pen., Torino, 1902, págs. 78 y 80.

civil, el Estado asume como *fin propio* la realización, por parte de los particulares, de los intereses individuales de éstos, tutelados en el derecho. Este fin permanece por esto *indeterminado* hasta que no esté totalmente acreditado cuál es el particular interés privado tutelado por el derecho, con lo que, por lo tanto, el interés *a priori*, indeterminado y sólo *determinable* del Estado, se determina concretamente. Considerada en sus relaciones con la función jurisdiccional la norma que tutela el interés privado (derecho privado material), desempeña precisamente la función de *determinar concretamente* los fines. No es, por lo tanto, ya que en la función jurisdiccional civil el Estado no tenía un fin propio que realizar, un interés *propio* que satisfacer; sólo el *contenido* de este fin y de este interés se da en el contenido de la norma de derecho material (1).

8. El interés del Estado en la realización de los intereses privados tutelados en el derecho, en cuanto a su vez es reconocido y tutelado por el derecho, constituye un verdadero y propio *derecho subjetivo* del Estado. La jurisdicción civil, por consiguiente, en un primer momento, desde el punto de vista *social*, se nos presenta como una *función;* en un segundo momento, desde el punto de vista *jurídico*, se nos presenta como un *derecho*, y, al mismo tiempo, como un *deber* del Estado. Considerémosla más de cerca desde este segundo aspecto.

(1) La norma procesal, que tutela un interés *secundario*, es, por consiguiente, una norma *secundaria*, una *norma-medio* respecto a otra norma. Acerca de este carácter del derecho procesal véase Wach, *Handb.*, pág. 4.—Helwigg, *Lehrb.*, pág. 2.

La jurisdicción civil es, ante todo, *un derecho subjetivo* del Estado: *es la facultad del Estado de obrar de conformidad con las normas de derecho* (derecho objetivo procesal) *que garantizan la consecución de su fin procesal* (cumplimiento de los intereses privados tutelados en el derecho privado material) *y de pretender de los ciudadanos aquello a que están obligados en fuerza de las normas procesales.* El derecho de jurisdicción civil es, por esto, un derecho subjetivo público del Estado, perteneciente a la categoría de los *derechos de supremacía*, procedente de su soberanía y convertido en un especial e individualizado derecho subjetivo, en cuanto está constituído por una serie de facultades específicamente disciplinadas en las normas del derecho procesal objetivo. Sujeto activo de tal derecho es, naturalmente, el Estado; sujetos pasivos son *todos los ciudadanos como tales* y no ya (obsérvese bien) los particulares, como sujetos de obligaciones de derecho privado material. La relación intermediaria entre el Estado y el ciudadano, en fuerza de su derecho de jurisdicción civil, es una *relación de derecho público*, perfectamente *independiente* de las relaciones de derecho privado material, que *eventual*, pero no *necesariamente*, pueden darse entre algún ciudadano como particular y otros particulares. De la existencia de esta independiente relación de derecho público, son demostración las disposiciones de nuestro derecho procesal positivo, en las que está reconocido y sancionado, con completa independencia de la relación de derecho material, *una obligación de las partes a deter-*

minados actos procesales, especialmente, *una obligación del demandado con respecto al demandante* (1).

La jurisdicción civil no es sólo un derecho, sino que es también un deber del Estado (2). Y esto por dos razones.

---

(1) Arg. art. 386, 388, 614, 218 Cod. proc. civ. Véase también Degenkolb, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, Leipzig, 1877, págs. 15 y sig.—Plósz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, páginas 76 y sig., 132 y sig.—Wach, *Defensionspflicht und Klagerecht*, en la *Zeitschrift für das privat und offentliche Recht der Gegenwart*, VI, págs. 520 y sig.—Mortara, *Commentario*, II, pág. 537, (B., n. 1). Niegan la existencia en el derecho moderno de *obligaciones* procesales de las partes: Bülow, *Zivilprozessualische Fiktionen und Warhrheiten* en el *Archiv für die Zivilistische Praxis*, LXII, págs. 1 y sig.—Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1888, págs. 38 y 41.—Schultze, *Das deutsche konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, Berlín, 1880, págs. 146 y sig., nota, y *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, Freiburg y Tübingen, 1883, págs. 12 y sig.—Chiovenda, *L'azione*, pág. 72. Una posición intermedia adoptan Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1898, pág. 268 y sig., y Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, páginas 338 y 340, los cuales, negando una *obligación*, admiten sólo una carga procesal de las partes, ajustándose así, en el fondo, al concepto de Schultze, *Das deutsche konkursrecht*, pág. 146, nota. A dicha opinión intermedia parece que se puede objetar que si se impone a las partes una carga, tiene que ser necesariamente en *interés* de alguno, significando precisamente que hay una *obligación* a la que corresponde un *derecho*. Sin embargo, este derecho no afecta en modo alguno a la otra parte, como afirman Degenkolb, *Einlassungszwang*, pág. 33, y Plósz, *Beiträge*, páginas 76 y sig., sino al Estado, porque es precisamente el interés público el que se ha querido tutelar imponiendo cargas a las partes.

(2) Esto depende de la naturaleza misma de los derechos subjetivos públicos del Estado, cuyo contenido es un fin social

Ante todo, porque los fines que forman el contenido substancial de los derechos del Estado, por ser fines sociales o públicos, hacen que su consecución sea una obligación del Estado. Luego, y más aún, porque el fin que forma el contenido del derecho de jurisdicción civil, es para el Estado un fin reflejo, que tiene por objeto la satisfacción de intereses individuales; lo cual implica, al menos por lo general, que a los particulares se les deja libertad de consentir o no consentir dicha satisfacción, y, por consiguiente, de determinar o no la formación de un interés estatal para aquella satisfacción; de aquí el reconocimiento de la voluntad individual como decisiva para el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado, esto es, el reconocimiento de un derecho de los particulares a tal ejercicio y de un deber del Estado a autorizarlo. Del derecho procesal objetivo surge, pues, una segunda relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos, consistente en el derecho de cada ciudadano como tal a pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho privado material, y en el deber del Estado de desplegar su actividad para la realización de aquellos intereses. Este derecho, correspondiente a cada ciudadano como tal y no como titular de un derecho privado material, es un derecho público subjetivo correspondiente a la categoría de los derechos cívicos; tiene por objeto una

---

o público, que debe necesariamente ser conseguido. Sobre la jurisdicción como deber del Estado, véase Weismann, *Lehrb. des deutschen Zivilprozessrechts*, pág. 11.

prestación positiva, una acción por parte del Estado, y en otros términos, el llamado derecho de acción, sobre el cual trataremos con detenimiento más adelante.

9. Determinado así el concepto de jurisdicción civil, no será ya difícil establecer qué sea el proceso civil. El concepto de "proceso" es, por sí, un concepto general que designa el momento dinámico de cualquier fenómeno en su devenir. En nuestro caso, proceso es, pues, la función jurisdiccional civil en su ejercicio; el desarrollo de la función jurisdiccional civil (1).

Las observaciones hasta aquí hechas nos proporcionan el modo de resolver una cuestión bastante debatida en la doctrina procesalista: la del fin del proceso. Sabido es, en efecto, que mientras algunos escritores asignan como fin al procedimiento civil la actuación del derecho objetivo, otros consideran que su fin es la tutela de los derechos subjetivos (2).

---

(1) El ejercicio de la función jurisdiccional civil, estando subordinado a la voluntad del particular (*nemo iudex sine actore*), la actividad jurisdiccional civil del Estado presupone los actos de los particulares que la promueven. Esta misma actividad de los particulares, que presupone y condiciona la actividad del Estado, forma parte del proceso. Véase más adelante cap. III.

(2) Por la concepción objetiva que asigna como fin principal al procedimiento del derecho objetivo, se han declarado: Wach, *Handb. d. deutsch. Zivilprozessrechts* págs. 3 y 5.— Bülow, *Die neue Prozessrechtswissenschaft*, en la *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*. XXVIII, págs. 203 y sig. (Véase también, aunque la cuestión sea allí considerada desde otro punto de vista, *Klage und Urtheil*, sobretiro de la *Zeitschrift*

La concepción puramente objetiva tiene, a nuestro juicio, el defecto fundamental de ser excesivamente abstracta y formalista y de no tener en cuenta las funciones esenciales y el contenido substancial de la norma jurídica. El derecho objetivo no es fin en sí mismo: es una garantía de fines o tutela de intereses; por esto no se puede concebir una actuación pura y simple del derecho. Como no se puede garantir *simpliciter*, sino que es preciso garantir alguna cosa determinada, así no se puede actuar una garantía *simpliciter*, sino que es preciso actuar el *quid*, esto es, el objeto garantido. No nos debemos atener a lo que no tiene ni puede tener más que un valor de medio, sino que es preciso considerar el fin a que el medio tiende. Y hay otra consideración que demuestra que éste es el procedimiento correcto. Puede suceder en verdad muy bien que el fin sea

---

für deutschen Zivilprozess Berlín, 1903, pág. 76).—Schultze, *Privatrecht und Prozess,* páginas 18 y 19.—Schmidt, *Lehrb. d. deutschen Zivilprozessrechts,* páginas 1 y sig.—Kisch, *Beiträge zur Urtheilslehre,* Leipzig, 1903, página 1.—Plósz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts,* págs. 6 y 7. También en Italia puede decirse que domina la concepción objetiva: V. Mortara, *Commentario,* pág. 18.—Chiovenda, *La acción en el sistema de los derechos,* págs. 7 y 9, nota.—De Palo, *Teoría del titolo esecutivo,* pág. 3, nota 2. Por la concepción subjetiva se han declarado en cambio: Helwigg, *Lehrbuch d. deutschen Zivilprozessrechts,* pág. 2, nota.—Jellinek, *System,* págs. 118 y sig., y 338; y en Italia: Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario,* 1902-03, págs. y sig.—Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa,* págs. 17 y 18. Predominio del elemento subjetivo da también Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts,* pág. 2.

obtenido por otra vía y prescindiendo del medio; puede suceder también que el fin garantido por la norma sea conseguido sin actuar la norma. En efecto, actuar una norma de conducta, como tal, significa conformar a ésta la propia conducta, obrar según las prescripciones de la norma.

Ahora bien, el Estado, en el ejercicio de su función jurisdiccional civil, no se propone como fin exclusivo apremiar al individuo para inducirle a conformarse a la norma. Esto sucede, si acaso, en otros estudios de la evolución jurídica; también en el procedimiento romano de la *Bonorum venditio*, la *missio in bona*, tenía principalmente por objeto apremiar la voluntad del deudor para inducirle a pagar (1), pero en el derecho positivo moderno de los pueblos más adelantados, esta presión encuentra un límite en el respeto a la personalidad humana y a la libertad individual. La violencia ejercida sobre la persona, aun cuando sea empleada para obtener la actuación del derecho, repugna al sentimiento jurídico moderno, que la relega, por tanto, a los confines de lo estrictamente necesario, casi completamente desterrada del campo del derecho procesal

---

(1) Esta fué la razón por la cual la ejecución patrimonial en Roma surgió como ejecución general, y, por consiguiente, colectiva: el *bonorum emptor* no era más que una persona que substituía al deudor, para que, como sucesor suyo, a título universal, cumpliese en vez suya sus obligaciones: cfr. Girard, *Manuel elementaire de droit romain*, París, 1898, pág. 1.016. Sólo más tarde se concibió como posible una relación del derecho independientemente de la voluntad del obligado o de un substituto suyo, y nació el procedimiento de la *bonorum distractio*.

civil. La jurisdicción civil hoy no se dirige tanto a sujetar la voluntad para plegarla a la observancia de la norma, como a procurar, por todos los medios, y aun independientemente de la voluntad del obligado, a conseguir la satisfacción efectiva de los intereses tutelados por la norma (1). Pero si el ejercicio de la jurisdicción, lógica y prácticamente, no es sino actuación de fines o satisfacción de intereses, el uso de la fórmula "actuación del derecho objetivo" para designar el fin de la jurisdicción y del proceso, es substancialmente inexacto.

Ni es, por otra parte, completamente exacta la otra fórmula, "tutela de los derechos subjetivos". Ya la estructura misma del derecho subjetivo nos veda hablar de una tutela del mismo. *Si el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido mediante el reconocimiento de la voluntad que le persigue* (2), el concepto de la tutela es ya

---

(1) Y lógicamente, dado el concepto de que en toda relación jurídica, la voluntad del obligado no es sino un medio para satisfacer el interés del titular del derecho (cfr. Hartmann, *Die Obligation. Untersuchungen ueber ihre Zweck und Bau,* Erlangen, 1875, págs. 30 y sig.) Residuos del viejo concepto de que el fin del proceso sea el de apremiar la voluntad del deudor para inducirle a conformarse a la norma, sobreviven en nuestro derecho procesal en los poquísimos casos, en los que aún se admite la prisión personal por deudas. (Ley de 6 de Diciembre de 1877, art. 2.)

(2) Es el concepto que puede considerarse hoy como dominante, fusión de las dos concepciones, ambas no inexactas pero unilaterales, de Windscheid (señorío de la voluntad), y de Jhering (tutela de los intereses). Cfr. Bernatzik, *Die juristische Persoenlichkeit der Behoerden,* Freiburg, 1890, págs. 64

un elemento constitutivo del derecho subjetivo, y el hablar de una "tutela de un derecho" se reduce a una pura y simple repetición de concepto. La tutela, de una tutela, es una superfetación lógica y práctica. Pero hay más. Si se concibe el procedimiento como una tutela de los derechos subjetivos de los particulares, se pierde de vista un concepto importantísimo, que debe, por el contrario, ser puesto de relieve en la teoría del procedimiento. Ya hemos notado más arriba que la actividad jurisdiccional, como toda forma de actividad del Estado, es actividad en interés común, siendo interés común de todos los asociados, que los fines garantidos por el derecho sean conseguidos efectivamente: se ha deducido de aquí que el Estado tiene un interés propio en la satisfacción de los intereses de los particulares tutelados por el derecho objetivo. Por consiguiente, a la satisfacción de estos intereses es a lo que se dirige la actividad jurisdiccional del Estado; la satisfacción de los intereses privados particulares; es el resultado, no el fin de aquella actividad. He aquí por qué es justa la observación hecha contra la fórmula "tutela de los derechos subjetivos" de que confunde el fin de la acción con el fin del procedimiento (1).

Mas, para pasar de la crítica a la reconstrucción, creemos que la misma forma de proponer el problema es fuente de inexactitudes y de errores. ¿Qué se entiende por "fin

---

y sig. Jellinek, *System der Subjektiven oeffentlichen Rechts*, págs. 40 y sig., etc.

(1) Wach, *Handbuch*, pág. 4.

del procedimiento"? El procedimiento, como conjunto de actividades subordinadas a determinadas condiciones y ligadas a determinadas formas, no tiene, por sí, un fin. Cuando se habla de un fin, nos referimos siempre a un sujeto volente que se lo propone; y como en el procedimiento son varios los sujetos (el Estado, representado por el organismo jurisdiccional, y las partes), es natural que cada uno de ellos se proponga un fin diferente; en realidad, por consiguiente, no hay un "fin" del procedimiento, sino fines de los sujetos procesales. La diferencia de las dos concepciones, objetiva y subjetiva, del procedimiento, depende precisamente del diverso punto de vista desde que se consideran los objetos procesales; la concepción objetiva no se refiere más que al fin del Estado, y por esto asigna como fin al proceso "la actuación del derecho objetivo", o sea, de la ley, que es precisamente la voluntad del Estado; la concepción subjetiva se refiere, por el contrario, solamente al fin de una de las partes, y precisamente del actor, y considera, por tanto, como fin del procedimiento la "tutela de los derechos subjetivos". Para nosotros, como la actividad jurisdiccional es esencialmente actividad del Estado, y la intervención de las partes en el proceso no es más que condición o supuesto y delimitación de los límites de tal actividad, debe considerarse como preponderante y absorbente en el proceso el fin del Estado. Y como sabemos que el Estado tiene un interés propio en la realización de los intereses privados tutelados por el derecho objetivo, es fácil deducir que esta realización es el fin que el Es-

tado se propone conseguir mediante su actividad judicial. Y es natural. Si hay un derecho de jurisdicción del Estado que tiene por contenido substancial aquel interés de que hemos hablado, el ejercicio de las facultades contenidas en el derecho de jurisdicción, y, por consiguiente, toda la actividad judicial del Estado, no puede sino encaminarse a la satisfacción de dicho interés. Todo esto explica perfectamente cómo el objeto de cada una de las partes se identifica con el del Estado, el cual lo hace propio y lo realiza con la fuerza de su soberanía. La investigación de la existencia o no de tal coincidencia, y, por consiguiente, la determinación exacta del contenido concreto del fin estatal, forma parte también, necesariamente, del fin que el Estado se propone mediante el procedimiento, y a ella está dedicado todo el procedimiento de prueba.

10. De los conceptos de jurisdicción y procedimiento es fácil pasar al de derecho procesal. Aquella función social que consiste en la realización por parte de la colectividad jurídicamente organizada de los fines individuales garantidos por el derecho, la cual encuentra en el procedimiento su manifestación, constituye la materia de un conjunto de normas, conjunto que es precisamente el derecho procesal objetivo, el cual regula tal función con el procedimiento propio del derecho: creando derechos y deberes, o sea relaciones jurídicas, cuyo nacimiento, modificación y extinción, están ligados a hechos jurídicos determinados, ya sean declaraciones voluntarias (actos procesales), ya sean acontecimientos de la naturaleza exterior, co-

mo el lapso de tiempo (art. 338 del Código de procedimiento civil), o la muerte (art. 332 del Código de procedimiento civil), ya sean hechos o estados jurídicos de derecho material que funcionan de hechos jurídicos procesales, porque el derecho procesal les atribuye efectos (así el reconocimiento como sujeto de derechos por parte del derecho material, y las variaciones que el derecho privado mismo aporta a la capacidad de obrar de un sujeto jurídico), lo que demuestra cuán errónea es la común creencia, que limita la misión de la ciencia del derecho procesal al estudio de los actos procesales; la ciencia del derecho procesal está tan lejos de agotarse en el estudio de los actos procesales, como la del derecho civil en el estudio de los negocios jurídicos (1).

---

(1) No podemos, por consiguiente, aceptar la división de la ciencia del derecho procesal, hoy en boga en Alemania, y adoptada por algunos audaces procesalistas italianos, según la cual en la ciencia del derecho procesal sería preciso distinguir tres partes: la teoría de los supuestos de la tutela jurídica, la teoría de los supuestos procesales y la teoría del procedimiento: véase, entre otros, Schmidt, *Lehrbuch*, págs. 1 y sig.—Helwigg, *Anspruch und Klagrecht* Jena, 1900, págs. 116 y sig.—*Lehrbuch, passim*, y *Klagrecht und Klagmoegtlichkeit*, Leipzig, 1905, págs. 53 y siguientes.—Langheineken, *Urtheilsanspruch*, págs. 21 y siguientes.—Stein, *Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesozdere bei der Verurteillungsklage*, Halle, 1903, págs. 13 y siguientes.—Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, pág. 3, nota 2.—Menestrina, *La pregiudiciale nel processo civile*, Viena, 1904 página 193 nota. A esta división creemos que se le puede reprochar el defecto de una absoluta indeterminación sobre el contenido de cada una de las partes en que se quiere dividir la ciencia del derecho procesal. Decir de alguna

cosa que es el supuesto de alguna otra equivale simplemente a afirmar la existencia de una relación de prioridad lógica entre una y otra: pero ni se dice de qué relación se trata, ni mucho menos se determina que es cada una de ellas; de modo que si el concepto de una de ellas es conocido, el de la otra permanece aún absolutamente indeterminado. En verdad no comprendemos por qué la ciencia del derecho procesal no haya de ser dividida como todas las demás ciencias jurídicas, según el orden lógico en que se desarrolla el fenómeno jurídico, como si el derecho procesal fuera menos derecho que el civil, penal o administrativo. Porque en el fenómeno jurídico encontramos siempre una norma (derecho objetivo) que da lugar a relaciones jurídicas (derecho subjetivo y correspondientes deberes jurídicos) entre determinados sujetos de derechos o personas, relaciones que nacen, se modifican, se extinguen a consecuencia de la realización de determinados hechos (hechos jurídicos), es obvio que toda ciencia jurídica deba ocuparse ante todo de las normas o del derecho objetivo, y, por consiguiente, de las relaciones jurídicas; a propósito de los cuales tratará, ante todo, de la naturaleza y especie de estas relaciones o sea de los derechos y de los deberes correlativos en que consisten: luego de los sujetos o personas entre los cuales se realizan, y por último, de su nacimiento, modificación, extinción, o sea de los hechos jurídicos. Y por consiguiente, también la ciencia del derecho procesal, en una primera parte, se ocupará de las normas procesales o del derecho procesal objetivo, en una segunda de las relaciones jurídicas procesales, de las cuales estudiará: 1o. Su naturaleza y su especie, hablando de la jurisdicción, desde el punto de vista social, como función; desde el punto de vista jurídico, como derecho y como deber del Estado, y por tanto, de los correspondientes deberes y derechos de los ciudadanos, o sea del derecho de acción y de la obligación de prestarse al desarrollo del proceso. 2o. Los sujetos o personas, hablando del Estado y de los órganos, por medio de los que ejerce la jurisdicción, de las partes, de su capacidad de derecho y de obrar, y de su representación en juicio. 3o. Los hechos jurídicos procesales, en especial, los actos procesales. Puede dejarse, para una parte especial, el hablar del proceso de *conocimiento*, y luego del de *ejecución*. Bas-

ten estas breves y sumarísimas indicaciones, que no quieren ser ni un programa, ni tampoco el esquema de un programa, para demostrar cómo es posible y necesario aplicar a la ciencia del derecho procesal el mismo método sistemático que condujo a tan alto grado de precisión técnica a las demás ciencias jurídicas, y en especial al derecho privado.

CAPITULO SEGUNDO

Determinación del concepto de sentencia

SUMARIO: 11. Funciones especiales en que se resuelve la función jurisdiccional civil. — 12. La sentencia como acto en que se desarrolla la función de prueba del derecho. — 13. La sentencia como acto del juez: si es acto de la inteligencia o de la voluntad. — 14. La naturaleza del juicio lógico contenido en la sentencia.

11. Sentado todo lo que queda dicho, podemos intentar la determinación del concepto de sentencia, que precisamente se deriva directamente de jurisdicción y de procedimiento.

La función jurisdiccional civil, por la naturaleza misma del fin a que tiende, comprende tres diversas funciones que dan lugar a tres diversos procedimientos. En tanto, como los obstáculos a la satisfacción de los intereses privados tutelados por el derecho, que con la función jurisdiccional se trata de eliminar, pueden depender o de incertidumbre o de inobservancia de la norma a seguir en el caso concreto, es claro que la jurisdicción civil se desarrollará ante todo por la determinación del derecho en el caso especial mediante la aplicación de la norma al caso concreto; luego, con la realización forzosa del interés que la norma tutela, en el caso concreto. Esta segunda función implica además una tercera, relacionada con ella. La realización del interés que la norma tutela puede ser comprometi-

da en el intervalo de tiempo necesario para la prueba y la realización, por cambios en el estado de hecho existente, por lo que será preciso además proveer a la conservación de este estado de hecho durante el tiempo necesario para la prueba y la realización forzosa.

Por consiguiente, la función jurisdiccional se divide en tres funciones distintas: la función de acreditar el derecho del caso concreto, mediante la aplicación a éste de las reglas generales; la función de realización forzosa del interés que la norma tutela; la función de conservación del estado existente, en espera del acreditamiento y de la realización. Y en relación con estas tres diversas funciones, tres diversos procedimientos, en los cuales se subdivide el procedimiento civil: el procedimiento de prueba (también de declaración o de conocimiento), el procedimiento de ejecución forzosa y el procedimiento de aseguramiento o conservación.

Estas tres funciones (y en su consecuencia, estas tres especies de procedimiento), son autónomas, en el sentido de que cada una de ellas puede agotar, separadamente, la misión de la función jurisdiccional. En efecto, puede suceder que un interés no encuentre actualmente otro obstáculo a su satisfacción que la incertidumbre de la tutela jurídica que le corresponde; en este caso basta para satisfacerlo la determinación por parte del Estado de cuál es el derecho que correspondé al caso concreto. Puede suceder que la determinación de la norma aplicable al caso concreto haya sido hecha ya, o convencionalmente por obra de los

particulares, o por medio de órganos no jurisdiccionales del Estado (1), y que, por consiguiente, esté ya determinado qué clase de tutela corresponde a un determinado interés, y éste permanezca sin satisfacer por inobservancia de la norma jurídica por parte del obligado; en este caso no procede otra cosa que la realización del interés sin o contra la voluntad del obligado. Puede suceder, por último, también que el mero empleo de una providencia conservativa dé lugar al reconocimiento espontáneo y a la realización espontánea del interés tutèlado, sin necesidad de ninguna prueba por parte de la autoridad ni de realización forzosa alguna (Cfr. art. 934, C. p. c.)

12. A la primera de las tres funciones enumeradas se refiere la sentencia, que es el acto con que tal función se realiza. Por tanto, puede decirse: *el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés.*

13. Establecido así el concepto de la sentencia, es preciso seguir analizándolo para determinarlo mejor y para establecer así con exactitud el puesto que corresponde a la sentencia en el conjunto del procedimiento.

Decimos que la sentencia es un acto del Estado, o sea del juez, su órgano en el ejercicio de la función jurisdic-

---

(1) De Palo, *Teoría del título ejecutivo*, págs. 3 y sig.—Chiovenda, *La acción en el sistema de los derechos*, págs, 24 y 25, nota.

cional. Es, pues, ante todo, un acto mental del juez, y como tal debemos examinarla en primer término. Casi se presenta espontáneamente la duda de si la sentencia es un acto puramente teórico de la mente, o un acto de la inteligencia, o bien un acto práctico, o sea un acto de la voluntad, o bien contiene juntamente a los dos dentro de sí.

Que la sentencia contiene por necesidad un juicio lógico, es evidente, y todos lo admiten sin dificultad, aun cuando, en general, el análisis de este elemento sea descuidado por la jurisprudencia (1). La cuestión está en saber si en ella concurre también el elemento de la voluntad, o si la actividad que el juez desarrolla en la sentencia se reduce a una actividad puramente teórica.

Superfluo es advertir que, como nosotros queremos aquí dar un concepto general de la sentencia, debemos limitarnos a poner de manifiesto los elementos esenciales del concepto, esto es, los comunes a todas las especies de sentencias, despreciando los elementos accidentales que pueden encontrarse eventualmente en algunas especies particulares de sentencias.

Según la opinión más difundida, la sentencia contiene no sólo un juicio lógico, sino también un acto de voluntad del juez; así, pues, en la existencia de este acto de voluntad por parte de un órgano del Estado, que se concreta en una orden dirigida por el juez a los que están obligados a observar la norma en el caso concreto, es en lo que

(1) Menestrina, *La prejudicial*, pág. 32.

la sentencia del juez se diferencia del juicio de un simple particular (1).

Según otra opinión, por el contrario, en la sentencia no hay ninguna declaración de voluntad por parte del juez, cuya obra se reduce a un puro juicio lógico sobre la aplicación de la norma al caso concreto; en la sentencia, la voluntad declarada es la de la ley (2).

También nosotros creemos que el elemento esencial y característico de la sentencia es el juicio lógico; esto es, que la sentencia es esencialmente un acto de la mente del juez. Con esto es claro no se niega que pueda haber sentencias en las cuales concurra también otro elemento, y que, por tanto, constituyen también actos de voluntad del juez (3), sino que se afirma únicamente que pueden exis-

---

(1) Degenkolb, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm;* Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches.*—Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe.*—Planck, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht.*—Trutter, *Das oesterreichsche Zivilprozessrecht.*—Bülow, *Klage und Urtheil.*—Kleinfeller *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht.*—Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario.*—Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti.*—Menestrina, *loc. cit.*—Diana, *La giurisdizione volontaria.*

(2) Schultze, *Das deutsche Konkursrecht.*—Wach, *Der Fetstellungsanspruch.*—Kisch, *Beiträge zur Urtheilslehre.*

(3) La cuestión que tratamos no prejuzga en nada la solución de otra, sobre la cual hablaremos pronto, la de si hay especies de sentencias que se distinguen precisamente de las otras en que contienen una orden: y en particular, la de si en este elemento de orden o mandamiento está la distinción entre la sentencia en que sólo se trata de acreditar un derecho, esto es, en la sentencia declarativa y la sentencia condenatoria o de prestación. La cuestión es substancialmente distinta, aun cuan-

tir sentencias en las cuales el acto de voluntad no se encuentre, y que consisten en una pura operación lógica; por consiguiente, que sólo el elemento lógico es esencial en el concepto de sentencia.

La norma jurídica, aunque suponga también un juicio lógico del órgano de que emana (1), es ciertamente en su esencia un acto de voluntad, y precisamente, un mandato hecho por el Estado a los particulares. Este mandato, por estar expresado en forma abstracta, tiene necesidad de ser concretado, o sea, la voluntad del Estado manifestada en forma abstracta o general en la ley, tiene necesidad de ser traducida en forma concreta, que es lo que hace precisamente el juez en la sentencia. Pero, evidentemente, en esta operación el juez no añade ninguna partícula de voluntad propia a la voluntad ya manifestada por el órgano legislativo. La operación por la cual, dada una norma general, se determina cuál es la conducta que debe seguir en el caso concreto el particular sujeto a la norma, es una pura operación lógica, y, como se suele decir, un silogismo, en el cual, tomada como premisa mayor la regla general, como menor el caso concreto, se deduce la norma de conducta que hay que seguir en el caso particular. El juicio lógico no cambia ciertamente de naturaleza, por sólo tener por objeto una declaración de voluntad, esto es, una norma jurídica. La actividad mental del juez sigue siendo una acti-

---

do, precisamente, a propósito de esta última, se trate de la primera. (Degenkolb y Wach, op. y loc. cit.)

(1) Menestrina loc. cit.

vidad puramente teórica, aunque se ejercite sobre un producto de la actividad práctica de otro, o sea, sobre una declaración de voluntad ajena. El juez, pues, no expresa en esta operación una voluntad propia, sino que manifiesta simplemente su propio juicio sobre la voluntad del órgano legislativo en el caso concreto. El Estado ha afirmado ya su voluntad en el ejercicio de la función legislativa; no tiene necesidad de afirmarla una segunda vez en el ejercicio de la facultad jurisdiccional. La sentencia no contiene, pues, otra voluntad que la de la ley traducida en forma concreta por obra del juez (1). En esto no hay ciertamente obra de la voluntad, sino sólo de la inteligencia del juez. La operación del juez no es, pues, substancialmente diversa de la de cualquier particular, que quiere deducir de la regla general la regla particular del caso concreto. Lo que diferencia la sentencia del juez del parecer de un particular cualquiera, no es la naturaleza de la actividad desarrollada para llegar a formular el juicio, sino el distinto valor del juicio, o sea, la diversa eficacia jurídica del producto de aquella actividad. El derecho objetivo atribuye, en efecto, a la sentencia del juez, dados ciertos supuestos, una fuerza obligatoria que no posee la opinión de un particular. Pero tampoco aquí la voluntad del juez entra en juego. No a un acto de voluntad, sino al juicio lógico del juez, esto es, a un producto de su actividad intelectual, es a lo que la ley reconoce aquel determinado efecto jurídico.

(1) Wach, *Feststellungsanspruch*, pág. 34.

Como es sabido, el derecho objetivo obra siempre ligando a un determinado hecho (hecho jurídico) determinados efectos jurídicos; pero este hecho puede algunas veces ser un acto de la voluntad humana, pero puede serlo también de otra naturaleza. Ahora bien, aquí tenemos precisamente el caso de efectos jurídicos ligados por la ley no a un producto de la actividad volitiva, sino a un producto de la actividad intelectiva de un órgano del Estado (1). Lo singular del caso explica, pero no justifica, el que se haya persistido en querer relacionar aquellos efectos a un acto de voluntad del juez (2).

---

(1) Esta es, a nuestro juicio, la razón decisiva en favor de la opinión que considera esencial a la sentencia la única operación lógica de la subsunción del caso concreto en la norma general. No se puede decir otro tanto, por consiguiente, de la razón, sobre la cual insiste Kisch, *Urtheilslehre*, págs. 26 y 27, de que el mandato, a que el particular está obligado a someterse en el caso concreto, proviene de la ley, la cual lo sanciona, no de la sentencia que lo acredita. Esto es verdad como ya lo hemos hecho notar en el texto, pero no es decisivo, porque no explica aún como, no el mandato, sino la declaración del mandato contenida en la sentencia, sea obligatoria para el ciudadano, dejando así en la duda, que a su vez, la obligatoriedad de esta declaración dependa de un acto particular de la voluntad del juez. Para algunas objeciones de poca importancia véase el tratado de Kisch, *Urtheilslehre*, págs. 29 y 30.

(1) Tampoco por lo demás, partiendo del concepto de que la sentencia contenga siempre un acto de la voluntad del juez, se explica el fenómeno de la cosa juzgada. Cuando se dice que la prohibición de proponer ante el juez una cuestión ya juzgada depende del hecho de que en la sentencia se afirma la voluntad de un órgano del Estado, no se dice por qué esta voluntad es inmutable. De actos de voluntad revocables emanados de

14. Una vez establecido así que la sentencia es en su esencia un acto de la inteligencia del juez y, precisamente, un juicio lógico que reviste la forma del silogismo, se ha dicho ya implícitamente cuál es la materia de este juicio; es la declaración de la norma jurídica aplicable en el caso concreto, o sea, de la tutela jurídica que la ley concede a un determinado interés. La norma, tanto puede ser una regla de derecho material, como una regla procesal, y de interés concreto cuya tutela se trata de declarar, tanto un interés material o primario como un interés procesal o secundario. Hay, pues, sentencias cuyo contenido es una relación de derecho material, y sentencias, cuyo contenido es una relación procesal (1). Pero siempre es necesario para que haya esencialmente una sentencia, que se trate de declarar una relación concreta, jurídica, controvertida o incierta. Si el acto del juez no se encamina a hacer cesar la incertidumbre sobre la norma aplicable en el caso concreto, sino solamente a regular el orden del procedimiento, tendremos una providencia que no es substancialmente una sentencia (2).

órganos estatales, nos ofrece abundantes ejemplos el derecho público. La verdad es que los efectos obligatorios de la cosa juzgada (la llamada fuerza legal material de la sentencia) no se pueden explicar sino relacionándolos con una norma especial de derecho positivo, que tiene su fundamento en la naturaleza misma y en las exigencias de la función jurisdiccional.

(1) Kisch, *Urtheilslehre,* pág. 13.

(2) Véase más adelante la distinción de las sentencias de los demás actos del juez.

CAPITULO TERCERO

Delimitación del concepto de sentencia respecto de otros conceptos afines

§ I

La sentencia y las decisiones de los particulares y de los órganos jurisdiccionales del Estado.

SUMARIO: 15. Posición de la cuestión: la sentencia y el laudo arbitral: naturaleza de la función de los árbitros y de su decisión: opinión de Mortara. — 16. Nuestra opinión: argumentos dogmáticos y exegéticos contra la naturaleza jurisdiccional de la función de los árbitros y de su decisión. — 17. Construcción del juicio arbitral como institución de derecho privado: naturaleza y funciones del laudo. — 18. Aplicaciones. — 19. La sentencia y las decisiones de los órganos de la justicia administrativa: en especial de la IV Sección del Consejo de Estado: naturaleza de la Sección IV del Consejo de Estado y de sus funciones como órgano de la justicia administrativa. — 20. Deducción del carácter administrativo y no jurisdiccional de la IV Sección sacada de la historia y de las disposiciones de las leyes de 20 de marzo de 1865 y 2 de junio de 1889. — 21. Refutación de opiniones contrarias. — 22. Carácter no jurisdiccional de la decisión de la Sección IV y sus consecuencias.

15. La determinación del concepto de sentencia que hemos tratado de establecer, nos permite ahora afrontar algunos problemas de grande importancia práctica, cuya solución depende precisamente de dicha determinación. De este modo podremos no sólo dilucidar a la luz de las exigencias prácticas y de las disposiciones especiales de la ley positiva, la bondad de los conceptos generales y sistemá-

ticos sentados como base de nuestro tratado, sino también determinar cada vez mejor y precisar el concepto de sentencia que nos interesa aquí particularmente. Se trata, en efecto, de delimitar este concepto de entre otros que tienen con él, más o menos acentuadamente, algunos puntos de contacto, de modo que sea posible, y se verifique de hecho, una identificación de conceptos que ha llevado a atribuir el carácter de sentencias a instituciones de naturaleza esencialmente distinta.

En esta determinación de límites, la primera figura que encontramos es el laudo arbitral. Ya la ley misma (1) llama repetidamente sentencias a las decisiones de los árbitros, y especialmente en la doctrina italiana, es frecuentísima la afirmación de que "los árbitros ejercen una verdadera jurisdicción", de que el compromiso confiere a los árbitros una "potestad jurisdiccional" (2), que se puede equiparar a "cualquiera otra sentencia judicial" (3). Pero son, en general, afirmaciones aisladas, sin ninguna justificación dogmática, y con frecuencia contradichas por las soluciones dadas a las controversias especiales que se rela-

---

(1) Cod. proc. civ., arts. 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 34.

(2) Cuzzeri, *El Código italiano de procedimiento civil ilustrado*, 2ª *edic.*, Verona, 1883, I, pág. 18.—Borsari, *El Cod. it. de proc. civ.*, Turín, 1872, I, pág. 52.—Codovilla, *Del compromiso y del juicio arbitral*, Turín, 1899, pág. 9.—De Palo, *Teoría del título ejecutivo*, pág. 156, texto, y nota 2, 161, 162 y 186.

(3) Ricci, *Comentarios al Código de proc. civ.*, pág. 60.—De Palo, *loc. cit.*, págs. 186 y 187.

cionan con el tema del juicio arbitral. El único autor que en el mismo orden de ideas ha dado una construcción dogmática del compromiso y del juicio arbitral, fundada precisamente en el carácter jurisdiccional de la función, y, por consiguiente, del laudo arbitral, es Mortara, cuya doctrina, por consiguiente, conviene exponer con brevedad (1).

Mortara distingue en la relación jurídica iniciada por el pacto de compromiso dos fases: una, que se desarrolla en la órbita de simples relaciones privadas; otra, que se desenvuelve, por el contrario, en una esfera de derecho público. Las dos fases nos aparecen conexas entre sí, si contemplamos el desenvolvimiento completo de la relación, esto es, si tenemos presente un juicio arbitral regularmente instituído y consumado con el fallo de la sentencia y del consiguiente decreto de ejecutoria. Si, por el contrario, pensamos en el contrato de compromiso simplemente estipulado entre los litigantes, o ya aceptado por los árbitros nombrados, tenemos una relación que no sale todavía de la órbita de las relaciones privadas (2). Cuando tal relación se perfecciona con todas las condiciones exigidas por la ley, ésta interviene, confiriendo a los árbitros nombrados la potestad jurisdiccional (3). Tenemos, pues, una relación de derecho privado entre las partes y los árbitros, que substancialmente es una relación de mandato (4), cuya eje-

(1) Cfr, Mortara, *Comm.* III, págs. 42 y sig., 50 y sig., 136, 172 y sig. pero especialmente pág. 51, 60, 75 y 80.
(2) Mortara, *Comm.* III, págs. 75 y 76.
(3) Idem id., págs. 51 y 57.
(4) Idem id., págs. 57 y 79.

cución es transportada por el Estado fuera del campo del derecho privado al del derecho público, mediante la concesión a los árbitros así nombrados de la función jurisdiccional (1). Tendríamos, por tanto, por parte del Estado, una concesión de potestad jurisdiccional relacionada con el perfeccionarse de una relación jurídica privada entre las partes y los árbitros, dentro de los límites señalados por la relación misma.

16. Esta construcción, sin embargo, aun cuando ingeniosa, no parece que puede ser aceptada, ni ante los principios generales ni ante las disposiciones especiales de nuestra ley positiva.

Un asunto jurídico privado, como el que se perfecciona con la aceptación de los árbitros, el cual, aun permaneciendo privado, da lugar a relaciones de derecho público, es una verdadera contradicción en los términos. Y no se diga que "el oficio jurisdiccional de los árbitros es conferido por el beneplácito del Estado, no por la voluntad de las partes" (2), porque cuando se afirma que un determinado efecto jurídico (en nuestro caso la concesión de la función jurisdiccional) está ligado por el derecho objetivo a la voluntad privada, se afirma también necesariamente que de la declaración privada de voluntad deriva aquel efecto jurídico. La ley interviene, es verdad, en este caso, pero como interviene en la constitución de cualquiera otra relación jurídica, es decir, como causa mediata de la misma,

(1) Idem id., págs. 51, 56, 58, 59 y 78.
(2) Mortara. *Comm. III*, pág. 52.

es superfluo recordar que ninguna relación jurídica puede surgir sin que haya una norma jurídica y un hecho determinado, del cual la norma haga depender el nacimiento de dicha relación. Si, pues, el hecho jurídico, a que el derecho objetivo relaciona el nacimiento de un vínculo jurídico, es una declaración privada de voluntad, la relación no puede ser sino privada; y si, por el contrario, la relación jurídica de que se trata es una relación de derecho público, esto significa que el hecho jurídico de que nace es un hecho jurídico público. En efecto, la naturaleza de la relación es lo que califica el hecho jurídico de que se deriva. Esto sentado, o se renuncia a cualificar como asunto jurídico puramente privado el que se ventila entre las partes compromitentes y los árbitros, o se renuncia a llamar jurisdiccional y pública a la función de los árbitros que de dicho negocio, aun cuando sea por trámites legales, nace.

La verdad es que así como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, así son de derecho privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes, y del mismo modo lo es el laudo que dictan. Y es natural. La función jurisdiccional es una función pública del Estado, por lo que su servicio no puede ser conferido sino por el Estado mismo, es decir, por sujetos físicos que obran en calidad de órganos del Estado (1). Pero obrar en calidad de órgano

(1) Un sujeto físico no puede revestir la cualidad de órgano del Estado sino en una de estas formas: o porque la ordenación jurídica relaciona directamente la concesión de la

del Estado, significa perseguir con la propia voluntad intereses públicos o estatales. Lo que evidentemente no hacen las partes, las cuales, comprometiendo en árbitros sus cuestiones, se proponen fines exclusivamente privados. Si, pues, quien nombra los árbitros y determina los límites de su oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino sólo en interés privado, lógicamente se deduce que las funciones de los árbitros no son funciones públicas, sino privadas, que las relaciones entre éstos y las partes son relaciones privadas, juicio privado y no sentencia, el fallo que de ellos emana (1).

Esta conclusión, que se deduce directamente de los conceptos jurídicos fundamentales, es confirmada por un examen siquiera sumario de la reglamentación jurídica que el juicio arbitral recibe en nuestro derecho positivo.

---

cualidad de órgano a determinados estados de hecho (ejemplo: por la concesión de la cualidad de monarca, la descendencia de una determinada persona en el orden exigido para la sucesión al trono, por la concesión de la cualidad de elector político, etc), o bien porque intervenga un acto de voluntad por el cual alguna persona sea designada como órgano del Estado; en este último caso es necesario un órgano al cual sea deferido el acto de creación. En el primer caso tenemos un órgano primario, en el último un órgano secundario (Cfr. Jellinek, *Doctrina general del Estado,* págs, 499 y 500). En el caso de los árbitros estando evidentemente excluído el que se trate de órganos primarios, no podría tratarse de órganos secundarios; de aquí la necesidad de otro órgano que nombre.

(1) En este sentido netamente y con mucha precisión Wach, Schmidt, Planck, Weismann, Kleinfeller, Chiovenda, Menestrina y Bülow.

Ante todo es notable que en la ley y en la práctica el juicio arbitral se presente también como un juicio de equidad, en el cual los árbitros tienen de las partes la facultad de pronunciar, no según las normas del derecho, sino como amigables componedores (Código de procedimiento civil, artículo 20). Bien que la función jurisdiccional, en su estadio de declaración, no sea solamente aplicación de derecho, implica siempre, en el Estado moderno, la aplicación del derecho: la función jurisdiccional se somete a la legislativa, por lo que el juez moderno está siempre vinculado por el derecho objetivo. El juez puede, pues, solamente declarar qué tutela jurídica concede el derecho objetivo a un interés concreto, pero no conceder él, fuera del derecho, esta tutela. Esto basta para excluir, a nuestro juicio, el carácter jurisdiccional en la función del árbitro que falla como amigable componedor; lo que, de paso, suprime, en gran número de casos, la posibilidad de construir la institución arbitral sobre la base jurisdiccional. Otros argumentos deducidos del sistema de la ley positiva conducen a la misma conclusión, aun cuando los árbitros sean llamados a decidir según las normas de derecho. En efecto:

a) Según el art. 9o., Código de procedimiento civil, "el compromiso celebrado por un administrador, o por quien no puede disponer libremente de la cosa sobre que recae la controversia, no producirá efecto, sino cuando sea aprobado en las formas establecidas para la transacción". Ahora bien; si la ratificación subsiguiente a un compromiso no válido es, por consiguiente, incapaz de producir los

efectos jurídicos propios de este contrato, bastará a convalidarlo, es decir, que dichos efectos jurídicos dependen, precisa y exclusivamente, de la voluntad privada, la cual podrá llegar a dar eficacia jurídica *ex post*, a un laudo no válido después de pronunciado (1).

b) Según el art. 10, todo ciudadano o extranjero puede ser nombrado árbitro; pero como es requisito esencial para ser admitido al goce de los derechos políticos en general, y al ejercicio de la función jurisdiccional en especial, la ciudadanía italiana (art. 3o. del Código civil y art. 9o. del Reglamento general judicial), quiere decirse que el cargo de árbitro no es considerado por la ley como ejercicio de la potestad jurisdiccional (2).

c) Por el art. 17, las partes tienen la facultad de convenir libremente las formas y los términos del procedimiento arbitral; lo que prueba una vez más que no se trata

---

(1) Esto resulta literalmente del art. 9o. Cuanto se dice en el texto deja sin prejuzgar la conocida cuestión de si la nulidad impuesta en este artículo es absoluta o relativa (por la nulidad relativa: Amar, Cuzzeri, Mattirolo, Mortara, Codovilla). En nuestra opinión como la nulidad en cuestión depende de incapacidad de las partes para disponer de la cosa objeto del compromiso, no hay razón alguna para no aplicar los principios del derecho civil a la nulidad de los contratos por incapacidad de los contratantes.

(2) La participación en la función judicial forma parte del *status activae civitatis*, que no corresponde al extranjero, ni aun cuando se encuentre en el territorio del Estado *subditus temporarius*, sino solamente al ciudadano, esto es, al que pertenece al Estado: cfr. Romano, *Teoría de los derechos públicos subjetivos* página 173.

de un procedimiento público, o sea del ejercicio de la función jurisdiccional pública, puesto que las formas, siendo en el procedimiento de orden público, su determinación y su observancia no se puede hacer depender de la voluntad privada (1).

d) En el silencio de la ley, es cierto (y ninguno lo duda) que los árbitros no pueden proceder personalmente a actos de instrucción que exijan cualquiera de las formas de coacción sobre las personas (citación de testigos y peritos, inspección judicial, etc.). Además del art. 18 y 208 se deduce, por fácil argumentación *a contrario*, que los árbitros tampoco están autorizados a recurrir al magistrado ordinario para que realice tales actos (2). Por consiguiente, fáltanles las facultades más esenciales de los magistrados investidos de la función jurisdiccional, e indispensables para el ejercicio de tal función (3).

Ni la posibilidad de hacer ejecutivo el laudo, mediante el procedimiento establecido en el art. 24, altera el carác-

---

(1) Esto se deduce del objeto mismo y de la función de las formas procesales: cfr. Chiovenda, *Las formas en la defensa judicial del derecho*, en *Ensayos de derecho procesal.*

(2) Cfr. Mortara, *Comm.* Otros escritores (por ejemplo: Mattirolo, *Derecho judicial*), admiten la posibilidad de la delegación al magistrado ordinario, siempre que tenga lugar con sentencia interlocutoria ejecutiva en las formas indicadas por el art. 24. Pero no comprendemos cómo una decisión de los árbitros que, al igual que todos sus fallos, no puede tener valor obligatorio sino para las partes, pueda con la ejecutoriedad, obligar al magistrado y convertirse en un título ejecutivo contra éste.

(3) Cfr. Mortara, *loc. cit.*

ter privado de éstos. ¿En qué consiste y cuál es el objeto de este procedimiento? La ley pide, ante todo, bajo pena de nulidad, que el laudo sea depositado en la secretaría de la pretura dentro de los cinco días siguientes al en que se dictó. Hasta aquí nada hay que deponga contra la naturaleza privada del laudo, puesto que una obligación análoga es impuesta por otras disposiciones legales, respecto de actos que son de naturaleza indudablemente privada (cfr., por ejemplo: arts. 90, 92 y 96 Cód. Com.). Llenada esta formalidad, el laudo, como tal, es válido, puesto que la ley conmina la nulidad sólo por falta del depósito, y se debe, por consiguiente, considerar que el laudo, como acto de los árbitros, se perfecciona precisamente con el depósito en la secretaría. Pero no se hace ejecutorio si no interviene un decreto del pretor. La ejecutoriedad no se refiere indudablemente a la obligatoriedad del laudo para las partes, sino a la posibilidad de una ejecución forzosa del mismo, para la cual es necesaria la intervención de un funcionario público (teóricamente, de un órgano no jurisdiccional). En nuestro caso, este funcionario es el pretor, elegido como más idóneo para hacer un examen rápido y sumario de la legalidad extrínseca del laudo. Pero el pretor no obra aquí como investido de la potestad jurisdiccional, sino en el ejercicio de una función administrativa, en su cualidad de órgano de la llamada jurisdicción voluntaria, Todo esto, pues, no sólo confirma que el laudo es un acto de naturaleza exclusivamente privada, lo cual no contradice la cualidad de título ejecutivo adquirida después de la publicación del decreto pretorio, sien-

do muy posible que aquella cualidad se conceda también a los actos privados (por ejemplo: la letra de cambio; art. 323 Cód. Com).

17. La construcción del juicio arbitral como institución de derecho privado (argumento prestigiosísimo sobre el cual debemos pasar), no presenta serias dificultades. En resumen; estamos aquí en presencia de un caso particular de una institución general y bien conocida del derecho privado: la del árbitro tercero como elemento de determinación de la voluntad privada. Otras aplicaciones del mismo principio nos ofrecen la obligación alternativa con elección deferida a un tercero; la compra-venta, en que la determinación del precio es confiada a un tercero (Código civil, art. 1.454; Código Comercio, art. 60); la determinación deferida a un tercero de la parte de cada uno de los socios en las ganancias y las pérdidas en el contrato de sociedad (Código civil, art. 1.718); el pacto por el cual las partes defieren a uno o más terceros la determinación de las condiciones de un contrato futuro, de las cuales tenemos frecuentes aplicaciones en las modernas luchas económicas entre patrones y obreros (1). En todos estos casos y en otros análogos tenemos voluntades privadas que, no poniéndose de acuerdo sobre la composición de sus intereses en conflicto, se ponen de acuerdo, sin embargo, sobre el modo en que tal composición se podrá llevar a cabo, y precisamente, confiando a un tercero el encargo de efectuarla. Son pues,

(1) Sobre el árbitro del tercero como elemento de determinación de la voluntad en los negocios jurídicos, véase Ricca-Barberis, Kipp, Dernburg, Messina y Bonfante.

todos ellos, casos de declaración de voluntad de contenido indeterminado, pero jurídicamente eficaces y engendradoras de vínculos, por ser determinables en su contenido, según reglas establecidas, y precisamente, según el juicio emitido por una tercera persona a *priori*, determinada o determinable (1). Acerca de las condiciones a las cuales está sujeta la validez de tal declaración de voluntad indeterminada, no podemos tratar aquí; bástenos recordar la posibilidad de una declaración de tal índole, la cual, es claro, produce sus efectos jurídicos concretos en el momento en que tiene lugar la determinación efectiva por obra de un tercero. En este momento la voluntad adquiere su contenido determinado y obra jurídicamente. Esto, y no otra cosa, a nuestro parecer, es lo que sucede en el juicio arbitral. En el compromiso, las partes declaran su voluntad genérica de componer sus controversias, según lo que establezca una o varias personas de su confianza, llamadas árbitros (nombre genérico que se da también a otras figuras análogas). La voluntad indeterminada de las partes se determina mediante la emisión del laudo, cuya función es precisamente la de determinar el contenido de la voluntad de las partes, manifestada indeterminadamente en el compromiso. El laudo, pues, no obliga a las partes sino cuando determina su voluntad declarada en el compromiso, y de esta volun-

(1) Sobre la voluntad indeterminada en los negocios jurídicos véase especialmente, a propósito de las obligaciones alternativas: Berstein, *Zur Lehre von alternativa Wille un dem alternativen Rechtsgeschaeften*, t. I, Pescatore, *Die sogenannte alternative Obligation*, 1878; Ryck, *Die Lehre von der Schuldverkaeltnissen*, Berlín, 1883-88.

tad es de donde procede toda su eficacia jurídica. Dictado el laudo, la voluntad de las partes integrada y determinada obra completamente estableciendo de modo preciso y no controvertible cuáles son los derechos de cada uno de los comprometentes (1). Esencialmente, el compromiso no es más que una

---

(1) Mortara, *Com. III*, pág. 42 (véase también pág. 175), admite, sí, que "la voluntad civil de los particulares, que es de esencia en el Estado moderno, en cuanto se desarrolla en la esfera de las convenciones privadas, garantiza sin duda la facultad de deferir las controversias a la decisión de los terceros, o mejor dicho, de convenir que la voluntad del tercero será aceptada por las partes para resolver su controversia", pero afirma que "ésta no es aún la forma de un juicio, porque a la voluntad del tercero le falta toda fuerza coactiva para imponerse a las partes contratantes. Solamente sería lógica y estrictamente contenida en los confines de la libertad contractual, la aplicación de los principios generales del derecho de las obligaciones, en el sentido de que la parte que, violando la promesa, rehuse someterse a la voluntad del tercero debe resarcir los daños derivados de la violación del pacto bilateral, y puede ser obligada por la acción judicial a cumplirla". Pero todo esto que está perfectamente conforme con la cláusula compromisoria, en la cual las partes se obligan simplemente a deferir a uno o varios terceros la resolución de una controversia, no es aplicable al compromiso propiamente dicho, en que las partes defieren sin más a uno o varios terceros la resolución de una controversia. La cláusula compromisoria, por el contrario, es un contrato definitivo, en que las partes no se obligan ya a *querer* según el fallo de los árbitros, sino que declaran *querer* lo que los árbitros determinen. En el compromiso no hay obligación de *emitir* una declaración de voluntad según el contenido determinado de un tercero: hay precisamente una declaración de voluntad de contenido indeterminado, pero determinable por obra de un tercero. No hay, pues, una voluntad del tercero que se haya de imponer a las partes contratantes; hay, por parte del tercero, una

transacción; con esta circunstancia: que la determinación de sus condiciones, en vez de ser hecha inmediatamente por las partes, es remitida por éstas a uno o varios terceros de su confianza, los cuales deben proceder con las normas y en la forma por aquéllos establecidas. Las disposiciones de la ley sobre el procedimiento arbitral no tienen otro objeto que asegurar el fiel cumplimiento de este delicado encargo. Entiéndese por aquí cómo el compromiso implica un acto de disposición más amplio que la transacción, lo que justifica la norma del art. 1,742, Código civil, por el cual la facultad de hacer transacciones, conferida al mandatario, no comprende la de hacer compromisos.

Estamos siempre, como se ha visto, en la órbita de relaciones puramente privadas, en que la función jurisdiccional del Estado ni entra por poco ni por mucho. Lo cual, si de ello hubiera todavía necesidad, viene a ser confirmado por otra consideración. La función jurisdiccional, en el período declarativo, presupone siempre que las partes no puedan o no quieran sujetarse voluntariamente a la norma que tutela el interés de la una frente a la otra; sólo en este caso hay aquella incertidumbre que la actividad judicial debe eliminar. Aquí, por el contrario, las partes quieren someterse espontáneamente a la norma, y proveen ellas mismas, de pleno acuerdo, a eliminar toda incertidum-

---

determinación (que no implica un acto de voluntad, sino un simple juicio lógico) del contenido de una voluntad ya existente, si bien indeterminada, y que apenas determinada, obra jurídicamente por su sola virtud propia.

bre sobre el alcance de sus derechos. Que luego esto, lo hagan mediante un acto de voluntad de efecto mediato o de efecto inmediato no altera la naturaleza de las cosas.

Lo dicho hasta aquí explica también (lo que puede a primera vista parecer menos fácil) la institución de la apelación contra la decisión arbitral. La apelación a otros árbitros no implica sino la posibilidad de obtener, a instancia de la parte que se considera lesionada en sus propios intereses por el fallo de los primeros árbitros, una segunda y más madurada determinación del contenido de la voluntad declarada indeterminadamente en el compromiso. Por el contrario, la posibilidad de apelación al magistrado ordinario que nuestro Código admite verdaderamente dentro de límites demasiado amplios, en comparación con otras legislaciones más modernas y perfectas (como la alemana y la austriaca), implica la concesión a cada una de las partes compromitentes de la facultad de substraerse a los efectos de la determinación hecha por los árbitros, haciendo decidir al magistrado ordinario la controversia. En este caso, el compromiso, como contrato encaminado a componer de común acuerdo las controversias que se ventilan por las partes, no tienen efecto, o mejor, produce el efecto limitado de una renuncia (permitida por la ley), a un grado de jurisdicción. En el fondo se trata de un verdadero caso de rescisión parcial del contrato por voluntad unilateral de una parte.

18. Queda, pues, sentado que el laudo arbitral está

netamente delimitado por la sentencia del juez, puesto que es un acto privado del árbitro en el cumplimiento de un encargo de naturaleza privada. Este principio es fecundo en consecuencias prácticas; algunas de las más importantes enumeraremos aquí.

a) Las partes pueden convenir que la deliberación de los árbitros sea tomada por unanimidad y no por simple mayoría, derogando la regla del art. 21, que debe, por tanto, considerarse puramente interpretativa y no imperativa. Y se comprende: confiando a una reunión de terceros la determinación del contenido de su voluntad, las partes compromitentes pueden condicionar esta determinación a todas las formas y requisitos que crean oportuno. El que tiene facultad de emitir una declaración de voluntad privada, puede subordinar su emisión a todas las condiciones que quiera (1).

b) Si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la manera de formular el laudo, por motivos plausibles, deja de existir su obligación de fallar. No será, por tanto, obligatorio para ellos la aplicación del art. 359 del Código de procedimiento civil, que da el procedimiento a los jueces para dictar en todo caso la sentencia. Bien diversa es, en efecto, la posición del árbitro y la del juez: el primero asume una obligación de derecho privado, a la cual no está sometido sino en los límites de lo posible. El segundo ejerce una función pública, a la cual no debe substraerse en

(1) Cfr. Mortara, *Comm.* III, pág. 162.

ningún caso, y que la ley quiere que sea cumplida en cualquier forma (1).

c) Los árbitros no pueden, a menos que no resulte que las partes les habían conferido además este encargo, determinar en el laudo también las sumas que les corresponden por reembolso de gastos y por compensaciones, y mucho menos atribuir su pago a la parte vencida. La regla del art. 370 del Código de procedimiento civil no puede tener aquí aplicación, puesto que los árbitros no tienen, como los jueces, la potestad de imponer su voluntad a las partes, sino que se limitan a determinar el contenido de una voluntad que las partes deben haber manifestado, aunque sea indeterminadamente (2).

---

(1) Véase sobre la cuestión: Amar, Cuzzeri, Mattirolo, y también Mortara, *Coment.* III, pág. 163, cree que los árbitros no están obligados a aplicar la disposición.

(2) Domina la opinión contraria respecto de los gastos. Véase Chiovenda, *La condena a los gastos judiciales*, Turín, 1901, página 405, nota 2 y sentencias allí citadas, Mortara, *Comm.*, página 139, aun admitiendo que los árbitros puedan condenar a la parte vencida a los gastos, considera que no pueden hacer lo mismo en cuanto a las compensaciones que se les deban, a menos de expresa convención de las partes; pero en ningún caso, ni aun cuando tal facultad les fuese concedida en la escritura de compromiso, podrán los árbitros, según Mortara (pág. 138), liquidarse a sí mismos la compensación. Creemos que esta opinión es demasiado absoluta. Si las partes se remitieren totalmente a los árbitros para la determinación de la compensación, se podría dudar fundadamente de la validez de tal cláusula, porque habría una obligación cuyo objeto es no sólo indeterminado, sino remitido del todo al árbitro del acreedor (respecto a la compensación, en efecto, los árbitros no son terceros, sino

d) Siendo el laudo arbitral un acto privado, sigue siéndolo aún después de depositado en la secretaría de la pretura, y aun después de haber dictado el pretor la ejecutoriedad. Sólo son documentos públicos el acta del secretario o canciller que acredite el depósito hecho y el decreto del pretor. Por consiguiente, ni aun después del depósito adquiere el laudo la autoridad extrínseca del documento público (1).

19. Debemos ahora delimitar las sentencias de las decisiones de algunos órganos, cuya naturaleza jurisdiccional es dudosa y está fuertemente controvertida: queremos referirnos a los órganos de la llamada Justicia administrativa, en especial de la IV Sección del Consejo de Estado.

Entiéndase que aquí dejamos a un lado los casos en que la IV Sección está indudablemente investida de jurisdicción, es decir, los casos en que obra ciertamente como órgano de una jurisdicción especial (2), y nos ocupamos

---

partes). Pero si las partes establecieren en el compromiso los criterios para establecer la compensación, no vemos dificultad alguna para que la ulterior determinación y liquidación de éstos pueda ser deferida a los árbitros mismos.

(1) En cuanto a la naturaleza privada del laudo: Mattirolo, *Der. Giud.*, I, n. 787, pág. 709.—Garsonnet, *Traité de la procedure civile*, VIII, 1.498 En cuanto a la naturaleza de documento público, por el contrario, coherentemente, Mortara, *Comm.* III, página 174, texto y nota 1.

(2) Sobre estos casos v. Romano, *Le Giurisdic. espec. amm.* en el *Tratt. di diritto amminis.*, de Orlando, III, págs. 564 y siguientes; y *Principii di diritto ammin.*, Milán, 1901, pág. 171.—Orlando, *La giust. ammin.*, en el mismo Tratt. III, págs. 822 y 823.—Mattirolo, Tratt. V edic., I, págs. 408 y sig.

solamente de las decisiones emitidas por este Colegio como órgano de la Justicia administrativa.

La cuestión de si la IV Sección del Consejo de Estado es un órgano puramente administrativo, o si, especialmente en la decisión de los recursos que le defiere el art. 24 de la ley de 2 de junio de 1889, desarrolla, por el contrario, una actividad jurisdiccional, ha sido vivamente controvertida en Italia en estos últimos años, y no puede decirse que está resuelta, aun cuando la opinión predominante sea la que admite el carácter jurisdiccional de la IV Sección, y, por consiguiente, reconoce la naturaleza y el valor de verdaderas sentencias a los fallos dictados por ella (1).

Sin pretender tratar aquí incidentalmente una cuestión que ha producido en Italia una rica literatura, nos limitaremos a decir brevemente nuestra opinión en cuanto es estrictamente necesario para la mejor determinación del concepto de sentencia, que es el objeto principal de nuestras indagaciones.

No es necesario repetir aquí cuanto se ha dicho más arriba sobre el concepto general de jurisdicción y sobre la distinción entre la actividad administrativa y jurisdiccional. Para que haya materia de actividad jurisdiccional es preciso que haya un interés en estado de no satisfacción por la incertidumbre o la inobservancia de la norma jurídica,

---

(1) En cuanto al carácter jurisdiccional de la Sección cuarta del Consejo de Estado, véase: Bertolini, Armanni, Meucci, De Nava, Salandra, Vacchelli, Mortara, Cammeo, Scialoia, Chiovenda, Lessona, Ranelleti, Orlando, Schanzer, Romano; etc.

que lo tutela en el caso concreto. En la actividad jurisdiccional, pues, está siempre en tela de juicio un interés tutelado jurídicamente, o sea un derecho subjetivo: o que se trate de declarar esta tutela o que se trate de satisfacerlo coactivamente en los límites de la tutela declarada. Y, por consiguiente, la sentencia tiene siempre por objeto la declaración de la existencia o no existencia de un derecho subjetivo. Por tanto, el problema del carácter jurisdiccional de la IV Sección debe proponerse del modo siguiente: La actividad de la IV Sección ¿tiene por objeto la declaración de derechos subjetivos inciertos o controvertidos? Las decisiones de la IV Sección ¿fallan sobre la existencia o no existencia de un derecho subjetivo? Porque, como hemos visto, la declaración de la tutela jurídica correspondiente a los intereses concretos es el carácter esencial e intrínseco de la función jurisdiccional en su primer momento (declarativo), con exclusión de otros que son o meramente extrínsecos o no esenciales, este carácter debe encontrarse en la función de la IV Sección si ella constituye precisamente, como afirman muchos, el momento declarativo de una función jurisdiccional. Y propuesto en estos términos el problema, creemos que se debe resolver negativamente, o sea, en el sentido de que la función de la IV Sección, para el ejercicio de la llamada Justicia administrativa, tiene carácter administrativo y no jurisdiccional. Y esto por dos razones fundamentales que examinaremos brevemente.

20. Ante todo, la historia de nuestra legislación so-

bre lo contencioso-administrativo y la justicia administrativa, demuestra claramente que con la ley de 2 de junio de 1889 no se quiso crear un órgano que proveyese a la declaración de los derechos subjetivos, puesto que el fallar sobre derechos subjetivos había sido ya, desde la ley de 1865, deferido a los Tribunales ordinarios, o a las jurisdicciones especiales, y con la ley de 1889 no se quiso substraer a ellos ninguna parte de su competencia, sino sólo mejor proveer a la tutela de intereses, que no podían hacerse valer en la vía jurisdiccional, o sea que no constituían derechos subjetivos (1). Tanto la ley de 1865 como la de 1889, se basan en la distinción entre derecho e interés, que es uno de los puntos capitales de nuestra tradición jurídica en esta materia; el derecho, cuya declaración y realización forzosa constituye el objeto de la actividad jurisdiccional de los jueces ordinarios y de los jueces especiales; el interés, cuya satisfacción está confiada al prudente arbitrio de la administración misma, con la garantía más imperfecta de la ley de 1865, primero, con la más perfecta de la ley de 1889 después, en la cual, por tanto, la IV Sección no está considerada como el órgano supremo rodeado de las mayores garantías posibles de forma y de substancia, de la fiscalización de la administración sobre los actos de la administración misma.

En segundo lugar, la comparación entre las disposicio-

(1) Véase una diligente exposición de los precedentes históricos de la reforma de 1889 en Orlando, *La justicia administrativa*, págs. 633 y sig.

nes de los artículos 2o. y 3o. de la ley de 20 de marzo de 1865 y 24 de la ley de 2 de junio de 1889, confirma que la distinción entre derecho e interés es recogida por nuestra legislación positiva, y que la materia de la actividad de la IV Sección está formada precisamente por los intereses y no por los derechos subjetivos que forman el objeto de la actividad de los órganos jurisdiccionales, ordinarios y especiales. En efecto; por el art. 2o. de la ley de 1865 se devuelven a la jurisdicción ordinaria "todas las materias en las cuales se trata de un derecho civil o político", mientras que por el art. 3o. "los asuntos no comprendidos en el artículo precedente serán atribuídos a la autoridad administrativa". Y por el art. 24 de la ley de 1889 "corresponde a la IV Sección del Consejo de Estado decidir sobre los recursos por incompetencia, por exceso de facultades o por violación de la ley contra actos o providencias de una autoridad administrativa...., cuando estos mismos recursos no sean de la competencia de la autoridad judicial..." Lo que significa propiamente que, cuando el recurso tenga por base uno de los tres motivos enumerados en el art. 24, la autoridad administrativa, competente para conocer por el art. 3o. de la ley de 1865, es la IV Sección del Consejo de Estado. Si, en efecto, por el art. 24 están excluídos de la competencia de la IV Sección los recursos que son de competencia de la autoridad judicial; si para determinar qué recursos son de la competencia judicial es preciso referirse al art. 2o. de la ley de 1865, es claro que los negocios devueltos a la IV Sección no for-

man parte de los comprendidos en el art. 2o., sino de los comprendidos en el art. 3o.; por consiguiente, que las cuestiones que se refieren a derechos subjetivos (privados y públicos o políticos, como dice el art. 2o.), continúan, aun después de la ley de 1889, formando parte de la actividad de los órganos jurisdiccionales, y que las cuestiones devueltas a la IV Sección son las que se refieren a simples intereses, en los tres casos enumerados en el art. 24, en que la violación de un interés individual va acompañada de la violación de un interés público.

Por lo tanto, la historia y las disposiciones positivas de la vigente legislación italiana confirman que la actividad de la Sección IV no puede nunca tener por objeto derechos subjetivos como tales, sino sólo intereses; lo que excluye, de plano, según lo dicho más arriba, que se pueda tratar de una función de carácter jurisdiccional.

21. No nos podemos substraer a esta conclusión, sino por dos modos: o negando que el fallo sobre la existencia o no existencia de derechos subjetivos sea elemento esencial de la jurisdicción en su estadio declarativo; o bien afirmando que los intereses que forman el objeto de la actividad de la Sección IV no son otra cosa que derechos subjetivos.

No nos ocuparemos extensamente de las opiniones que se sirven de argumentos de la primera especie, porque ya fueron examinadas y refutadas cuando se trató de establecer el concepto general de jurisdicción. Dichas opiniones parten de un concepto de la jurisdicción o puramente ex-

trínseco y formal o excesivamente indeterminado, y, por consiguiente, insuficiente; mientras que nosotros creemos que si ha de hacerse una distinción entre actividad jurisdiccional y administrativa, debe apoyarse en criterios substanciales y bien determinados. Y si por ventura se supusiese que tal distinción era imposible y que se debe confesar la identidad substancial entre las dos especies de funciones, esto nos conduciría no ya a resolver nuestra cuestión en el sentido del carácter jurisdiccional de la IV Sección, más bien que en el sentido, preferido por nosotros, de su carácter administrativo, sino precisamente a negar la posibilidad y la utilidad de la cuestión, lo que probablemente sobrepasa las intenciones de nuestros contrincantes.

Sobre la otra opinión, por el contrario, mucho más radical, que, aún aceptando, en esencia, el concepto establecido por nosotros de la jurisdicción, y considerando extremo indispensable la declaración de un derecho subjetivo incierto o controvertido, afirma frecuentemente que ésta es, precisamente, la misión de la IV Sección; es necesario que la estudiemos más extensamente (1).

---

(1) En este sentido Mortara desde las primeras ediciones de su *Commentario*. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, págs. 129, 283, 285, 313 y sig., el cual me parece que se equivoca al citar en favor de la opinión que la justicia administrativa tenga por objeto derechos subjetivos a Orlando. Por el contrario, este autor, aun combatiendo el concepto de una jurisdicción administrativa de derecho objetivo, afirma claramente que la justicia administrativa no implica tampoco una jurisdicción de derechos subjetivos por la razón, bastante sencilla, de que no es para él una jurisdicción. Véase lo

El primero, que yo sepa, en entrar en este orden de ideas, fué Mortara. El cual, después de haber admitido que, al menos por lo regular, los intereses que pueden hacerse valer ante la IV Sección, por el art. 24 de la ley de 2 de junio de 1889, son los que la ley de 1865 dejaba privados de toda tutela, confiando su satisfacción al arbitrio de la misma administración, apenas atemperada por las insuficientes garantías del art. 3o., afirma que, por virtud de la ley de 2 de junio de 1889, estos intereses que anteriormente eran puros y simples, se han convertido en verdaderos y propios derechos subjetivos. En efecto —continúa Mortara— si el derecho subjetivo no es más que un interés al que la ley confiere la potestad de exigir aquella utilidad que le es inherente, cuando la ley habla dè intereses, y al tiempo mismo confiéreles esta potestad, no tiene necesidad de añadir que son derechos. Lo son, por consecuencia indefectible, de la garantía que la ley les concede. Al conceder la tutela jurisdiccional a los intereses individuales cuando son lesionados por un acto administrativo

---

que escribe sobre la IV Sección en la pág. 730: "...es cierto que no podemos entrar en tema de verdadera y propia jurisdicción, precisamente porque la hipótesis misma de que tratamos, es que la tutela de los derechos subjetivos por ser confiada por el art. 2.º de la ley de 1865 a los tribunales ordinarios, e investigando nosotros qué materias de competencia pueden considerarse propias de la IV Sección —con exclusión de la materia de los derechos subjetivos— hemos excluído con esto, también *a priori*, el elemento principal de una jurisdicción en el sentido propio, que es, precisamente, de estatuir sobre derechos subjetivos".

ilegítimo (art. 24 de la ley de 2 de junio de 1889), la ley reconoce un derecho subjetivo de los ciudadanos a la legitimidad de los actos administrativos, el cual se hace valer precisamente ante la Sección IV del Consejo de Estado.

A este razonamiento, verdaderamente ingenioso, pueden oponerse varias objeciones.

Observemos, en primer lugar, que de una más precisa determinación del concepto de derecho subjetivo, queda invalidada gravemente la deducción de que los intereses que se hacen valer mediante el recurso a la IV Sección, a tenor del art. 24 de la ley de 2 de junio de 1889, han sido sin más transformados en verdaderos y propios derechos subjetivos, por el hecho mismo de la concesión de esta garantía.

De la definición del derecho subjetivo, hoy comúnmente aceptada, que lo considera como "un interés jurídicamente protegido, mediante el reconocimiento de la voluntad que lo persigue", se deduce que no basta para que exista derecho subjetivo que un interés encuentre cualquier forma de protección en la ley. Por el contrario, hace falta que el derecho dé un valor decisivo a la voluntad que persigue aquel interés, esto es, que la voluntad que persigue aquel derecho sea nombrada árbitro por el mismo derecho para su satisfacción. Esto implica que cuando la satisfacción de un interés no se hace depender por la ley únicamente de la voluntad del que lo persigue, sino en todo o en parte de otra voluntad, no pueda llamarse derecho

subjetivo: para que un interés constituya derecho subjetivo es necesario que sea tutelado de modo independiente. Ahora bien, ¿puede decirse esto de los intereses contemplados en el art. 24? No, ciertamente. Ni antes ni después de la ley de 1889 estos intereses han sido tutelados de un modo independiente: sino que antes y después de la ley han podido ser satisfechos, en cuanto coincidían con el interés público. Derecho subjetivo significa siempre interés de un sujeto en contradicción con el interés de otro sujeto, y tutelado por el derecho enfrente y con preferencia de éste. Ahora bien, no es éste el caso, evidentemente, de los intereses individuales en cuestión, que son tomados en consideración, no en cuanto están en oposición, sino sólo en cuanto coinciden con el interés del Estado. La circunstancia de que estos intereses se puedan hacer valer mediante recurso a un determinado órgano estatal, no cambia la situación en modo alguno. Mientras no se demuestra que la misión de este organismo es procurar la satisfacción de tales intereses, independientemente de otros intereses y con preferencia y en contradicción con otros intereses, aun cuando estos últimos sean intereses del Estado, no se probará que con la institución de aquel organismo se hayan elevado tales intereses a la dignidad de verdaderos y propios derechos subjetivos, y que, por tanto, corresponda a aquel órgano la cualidad de órgano jurisdiccional del Estado.

Ni tampoco autoriza al mantenimiento de semejante conclusión el afirmar la existencia de un verdadero y propio derecho a la legitimidad de los actos administrativos

correspondientes a los ciudadanos. El derecho a la legitimidad de un acto no es más que el derecho a la observancia de las normas jurídicas que rigen aquel acto: derecho que corresponde sólo al titular del interés, que la norma jurídica quiso proteger, prescribiendo que el acto sea realizado de aquel determinado modo, y no ya a cualquiera que pueda tener interés en que la norma sea observada. Así, por ejemplo, pueden ser varios los propietarios de edificios circundantes que tengan interés en que el propietario de un determinado edificio no eleve su construcción más allá de un determinado límite, pero el derecho a que dicha elevación no se efectúe corresponde sólo a aquel de entre ellos que es titular de una *servitus altius non tollendi*. No basta, pues, para la existencia de un derecho subjetivo la existencia de una norma y de un interés er que la norma sea respetada: es necesario que la norma tutele aquel interés y no otros. Cuando, por tanto, se afirma que existe en los ciudadanos un derecho a la legitimidad de los actos administrativos, se da por demostrado que las normas jurídicas que regulan aquellos actos están encaminadas precisamente a tutelar intereses individuales de los particulares. Lo que, evidentemente, es resolver la cuestión con la cuestión misma, ya que lo que se trata de demostrar es precisamente si en los casos del art. 24 entran en juego intereses de los particulares tutelados como tales, o sea derechos subjetivos de los particulares. A esta cuestión ya veremos que se debe responder *a priori* negativamente cuando se considere que las normas, cuya observan-

cia quiere asegurar el art. 24, son normas que regulan la acción de los órganos del Estado en el interés del Estado, o sea que consagran derechos subjetivos del Estado frente a sus órganos, no derechos subjetivos de los particulares frente al Estado. Por el contrario, de las normas que garantizan intereses de los particulares frente al Estado se ocupa el artículo 2o. de la ley de 20 de marzo de 1865.

Por lo demás, el argumentar del hecho de que la ley de 1889 concede el recurso a un órgano del Estado contra los actos administrativos que lesionan ciertos intereses, para deducir que, en vista de la ley misma, tales intereses son derechos subjetivos, se resuelve, en último término, en un *idem per idem*. En efecto, nosotros queremos saber si los intereses de que se ocupa el art. 24 son verdaderos derechos subjetivos, para decidir cuál es la naturaleza del recurso concedido en garantía de aquellos intereses, y cuál es la naturaleza del órgano llamado a decidir sobre tales recursos. Ahora bien, afirmar que tales intereses son derechos subjetivos, porque se concede en garantía de los mismos un recurso a la IV Sección, equivale a dar por demostrado que el recurso es una acción, y la IV Sección un órgano jurisdiccional (1).

---

(1) Este, en substancia, a nuestro juicio, es también el defecto del razonamiento de Cammeo, el cual, después de haber establecido correctamente que para que haya derecho subjetivo es necesaria la individualización de los intereses, además de la existencia de una norma jurídica en la cual aquellos intereses encuentran protección (pág. 107), termina también afirmando que los intereses legítimos dejados indefensos por la ley de 1865

22. Creemos, pues, que las decisiones de la IV Sección del Consejo de Estado, como órgano de la Justicia administrativa, no son verdaderas sentencias, sino providencias administrativas, lo que encuentra una confirmación indirecta en la comparación entre la disposición del art. 38 de la ley de 2 de junio de 1889 y la del art. 4o. de la ley de 20 de marzo de 1865. En efecto, mientras según el principio general, consagrado en el art. 4o. de la ley de 1865, los órganos de la jurisdicción, al pronunciar en las controversias entre la Administración pública y los ciudadanos, deben limitarse a conocer los efectos de los actos administrativos, pero no pueden nunca anular los actos mismos, que es misión reservada a la dicha autoridad administrativa; por el art. 38 de la ley de 1889, el fallo de la IV Sección tiene precisamente el efecto de anular el acto administrativo. Sería, es verdad teóricamente admisible, que a los órganos de la jurisdicción les fuese deferida también la facultad de anular los actos administrativos, y, por consiguiente, no sería del todo ilógico suponer que el art. 38 constituía una excepción al principio contenido en el art. 4o. Pero contra tal interpretación de los dos ar-

---

se hicieron derechos subjetivos en virtud del 24 de la ley de 1889 (páginas 113 y 129, texto y nota). Esta conclusión tendría necesidad también de ser demostrada (y sobre este punto esperamos con interés la continuación del tratado del ilustre autor), pero demostrada independientemente del carácter jurisdiccional de la IV Sección, puesto que ella misma es, a su vez, el supuesto de la naturaleza jurisdiccional de la función deferida a este órgano de la justicia administrativa.

tículos se puede también observar: que en todo caso la anulación de un acto administrativo hecha por un órgano de la jurisdicción civil, debería tener una eficacia restringida a las partes interesadas, según la regla que limita a las partes la eficacia subjetiva de la cosa juzgada: mientras que la anulación de los actos administrativos hecha por la IV Sección, basándose en el art. 38 de la ley de 1889, tiene un alcance general y absoluto, como se deduce fácilmente del tenor literal del mismo artículo (1).

Determinada así la naturaleza jurídica de la decisión de la IV Sección, y negando a la misma el carácter de una sentencia, se le deben negar también, necesariamente, los efectos de cosa juzgada en las relaciones con los órganos de la jurisdicción verdadera y propia, o sea de los Tribunales ordinarios. La cuestión, de grande importancia práctica y de las más controvertidas, es una de las que más han agitado la controversia sobre el carácter jurisdiccional o no jurisdiccional de la función de la Sección IV. Negado el carácter jurisdiccional de este órgano de la Justicia administrativa, se deduce, como indeclinable consecuencia, que aquellas decisiones no tienen nunca el valor de cosa juzgada y no obligan a los Tribunales ordinarios. Si, en efecto, es verdad —como agudamente observa Scialoia— que, admitido el carácter jurisdiccional de la IV Sección, no por esto se debe necesariamente conceder el valor de cosa juzgada a

---

(1) Orlando, *La Justicia administrativa*, pág. 107.—Mattirolo, *Commentario*, I, núms. 214 y 340. Contra Cammeo, *Comment.*, páginas 297 y sig.

sus decisiones en las relaciones con los Tribunales ordinarios, puesto que teóricamente la autoridad de la cosa juzgada no implica un valor absoluto en la sentencia, viceversa, negado el carácter jurisdiccional a la decisión de la Sección IV, y, por consiguiente, el carácter de sentencia a sus decisiones, se debe necesariamente concluir que tales decisiones no obligan en ningún caso a los órganos de verdadera y propia jurisdicción.

CAPITULO CUARTO

La sentencia y los demás actos de los órganos jurisdiccionales

SUMARIO: 23. Posición de la cuestión. Opinión que reduce la distinción entre la sentencia y los demás actos del juez a una distinción de pura forma: su refutación. 24. Necesidad de una distinción substancial: la distinción entre sentencia, ordenanza y decretos en el art. 50, C. de p. c.: su insuficiencia. — 25. Determinación de los conceptos de sentencia, ordenanza y decreto, con base en los principios dogmáticos fundamentales. — 26. La distinción entre sentencia y ordenanza en las disposiciones especiales de la ley: la distinción en el procedimiento de los incidentes. — 27. La distinción en otras materias, especialmente en materia de ejecución. — 28. La distinción entre sentencia y decreto en las varias disposiciones legislativas. — 29. La distinción resultante de la lógica del sistema y la hecha en el art. 50: carácter incompleto, no erróneo de ésta. — 30. Los caracteres formales de la sentencia, de la ordenanza y del decreto.

23. Los órganos de la jurisdicción civil, en el ejercicio de las varias funciones jurisdiccionales y también no jurisdiccionales confiadas a ellos en la ordenación jurídica, realizan múltiples actos, de naturaleza varia, que tienen de común con la sentencia la calidad del órgano de que emanan. De aquí la necesidad para el que quiera determinar cumplidamente el concepto de sentencia de distinguir la sentencia de los demás actos de los órganos jurisdiccionales del Estado. El problema está muy lejos de ser de fácil solución, especialmente por la poca precisión de conceptos dominante en las varias legislaciones positivas, sin

excluir la italiana, que a la distinción entre las varias especies de actos del juez dedica la no demasiado feliz disposición del artículo 50 del Código de procedimiento civil.

Una opinión, que cuenta en Alemania alguna autoridad, sostiene que la diferencia entre la sentencia y las demás especies de actos del juez es una diferencia de pura forma: la sentencia es el acto más formal del órgano de la jurisdicción. Las más importantes formalidades que la distinguen serían: la fórmula de sentencia (en nuestro derecho también el dictarse en nombre del Rey: art. 54 del Código de procedimiento civil); la motivación y el objeto o parte dispositiva (1). En contraposición a la sentencia, siempre desde el punto de vista puramente formal, estaría la ordenanza *(Beschlusse)* y los decretos *(Verfugungen)*; mientras que la sentencia sería la decisión ligada a una forma solemne, la ordenanza sería una decisión solamente formal y el decreto una decisión no formal (2). La única distinción posible, desde el punto de vista substancial entre estas tres especies de actos, sería la de su mayor o menor importancia; pero una distinción tan indeterminada que sólo podría establecerse en los casos particulares, según las particulares circunstancias del acto (3).

Pero tal criterio no es, en el fondo, sino la renuncia a la determinación de un criterio distintivo entre el acto que constituye el fin y la esencia de la función jurisdiccional,

---

(1) Cfr. Schmidt, *loc. cit.*
(2) Idem id.
(3) Idem id.

y los demás actos que el órgano de la jurisdicción puede realizar, ya en el ejercicio de esta función, ya en el ejercicio de otras funciones a él encomendadas. La prescripción de una determinada forma es, en efecto, la consecuencia de la naturaleza intrínseca de un acto determinado, y no el producto del puro arbitrio legislativo: debe ser, por consiguiente, siempre posible decidir, de la naturaleza de un acto, la forma que debe revestir. Si así no fuese respecto a la sentencia, sería preciso concluir que sólo son sentencias aquellas decisiones, para las cuales la ley ha adoptado la palabra sacramental de sentencia; y que no lo son nunca aquellas a que la ley no da nombre alguno o califica con una denominación genérica (por ejemplo, decisiones o providencias). Por lo demás, esta opinión no puede considerarse como aceptada tampoco en Alemania, donde tanto bajo el imperio del derecho común, como bajo el imperio de la ordenanza procesal de 1877, la doctrina siempre trató de determinar, por medio de criterios substanciales, la distinción entre la sentencia y los demás actos de los órganos jurisdiccionales (1).

---

(1) La doctrina alemana del derecho común distinguía los actos del juez en decretos (*Verfugungen*) y sentencias (*Urtheile*) según tuvieran por objeto la tramitación del pleito, o una verdadera y propia decisión, y como ulterior y más preciso criterio adoptaba el siguiente: había sentencia cuando sobre la cuestión decidida habían sido oídas las dos partes, o habían sido citadas en forma para hacerse oír: había decreto cuando faltaba la contradicción: así Goenner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, I, párr. 22 a 26.—Bayer, *Vortraege ueber den demeinen ordentlichen Zivilprozess*, Munich, 1858, págs. 401 y sig.—

24. También nuestro Código de procedimiento civil ha querido, si bien de un modo negativo, establecer un criterio de distinción entre la sentencia y los demás actos del juez, es decir, las ordenanzas y los decretos (1).

Renaud, *Lehrbuch des gemeinen Zivilprozessrechts,* Leipzig, y Heidelberg, 1873, párr. 154.—Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozesses,* Leipzig, 1878, párr. 51, texto y nota 10, Véase sin embargo, contra este criterio de distinción, Planck, *Die Lehre von dem Beweisurtheil,* Gotinga, 1848, págs. 163 y sig. Después de la ordenanza procesal de 1877, la doctrina alemana distingue también las sentencias (*Urtheile*) las ordenanzas (*Beschlusse*) y los decretos (*Verfugungen*). Sentencia es el fallo del juez que contiene la determinación de lo que es derecho en el caso concreto, emitida después de una controversia oral obligatoria (Planck, *Lehrbuch,* I, págs. 450 y 452.—Kleinfeller, *Lehrbuch,* págs. 207 y 215); ordenanzas y decretos son los actos del juez que carecen de alguno de estos requisitos: o sea, que contienen sólo disposiciones sobre la tramitación del asunto y no una decisión, o que no van precedidos de una controversia oral obligatoria: la distinción entre una y otra especie de actos está en el órgano de que proceden: la ordenanza emana del colegio, el decreto del presidente o de un juez delegado (cfr. Planck, *Lehrbuch,* páginas 458 y 459.—Kleinfeller, *Lehrbuch,* pág. 207). en el derecho procesal penal la distinción de Rocco (Arturo), entre sentencias, ordenanzas y decretos está basada en criterios esenciales *Concetto, specie e valore della sentenza penale definitiva,* sobretiro, *de la Rivista penale,* Turín, 1905, pág. 8 y sig.

(1) Art. 50 Cód. proc. civ.: "Las providencias de la autoridad judicial hechas a consecuencia de recurso de una de las partes sin citación de la otra, se llaman decretos, están escritas al fin del recurso y notificadas por copia a las partes después de su inscripción en el registro. Las providencias, que se dictan en el curso del asunto por los presidentes, por los jueces delegados, por los pretores o por los conciliadores, a instancia de una de las partes, con citación de la otra, o de oficio, se llaman ordenanzas y están escritas en los registros..." Relación Pisanelli:

De la relación Pisanelli y del texto del art. 50 resulta que fueron tres los criterios en que se fundó la distinción: para la distinción entre sentencia y ordenanza de un lado y decreto de otro, el criterio de la existencia o no existencia, de un juicio ordinario contradictorio; para la distinción entre sentencia y ordenanza, el criterio del órgano de que el acto proviene, y el del momento del proceso en que se dicta. La índole contradictoria del juicio distinguiría la sentencia y la ordenanza del decreto; su procedencia de todo el Colegio juzgador, o de un solo miembro del mismo, y el haber sido dictada durante el curso de la causa o al fin de la causa, distinguiría la sentencia de la ordenanza. Por consiguiente, sería sentencia el fallo dicta-

---

"El proyecto, firme en su idea de no dar definición sobre el carácter de las sentencias, y de no establecer diferencias entre las mismas por lo que se refiere a los medios de impugnarlas, no formuló distinciones que pertenecen al dominio de la ciencia, sino que ha seguido un camino mucho más sencillo. Considera como sentencia todo fallo, definitivo o apelable o provisional, de la autoridad llamada a juzgar el asunto y considera como simples providencias las que dicta sólo el presidente o un juez delegado". Relación Pisanelli, pág. 153. Con tal distinción se contenta Mattirolo, *Tratt.*, el cual sólo añade como criterio distintivo entre las sentencias y las ordenanzas del juez singular esto: que hay sentencia cuando el pretor o conciliador llena la misión que en causa pendiente ante magistrados colegiados correspondería a todo el Colegio; hay ordenanza cuando realiza, por el contrario, la función del presidente o del juez delegado. Como se ve, es éste un modo de resolver la cuestión con la cuestión misma, porque siempre quedará por saber cuándo el juez singular llena la función del Colegio y cuándo la del presidente o del juez delegado.

do, después de un juicio ordinario contradictorio, por todo el Colegio judicial o el juez singular, pero al fin del procedimiento; sería ordenanza el fallo emitido durante el curso del procedimiento, en un juicio contradictorio, por el presidente o por el juez delegado; sería decreto el fallo emitido por cualquier autoridad judicial, pero en un juicio sin contradicción.

Pero la jurisprudencia ha echado ya de ver lo insuficiente e incompleto de tal criterio (1). Ante todo, no

---

(1) Véase especialmente las críticas de Mortara, *Comm.* II, páginas 774 y sig.: sobre las cuales debemos observar solamente que no nos parece que deban calificarse de ordenanzas emitidas antes de estar pendiente el juicio algunas providencias a que se refiere en la pág. 777, esto es, las providencias preliminares por denuncia de obra nueva o de daño temido, y las a que se refieren los arts. 572 Cód. proc. civ. y 871 Cód. Com. En efecto, en cuanto a las primeras, o el pretor provee sin citación de la otra parte (art. 938, princ.) y en este caso si bien falta un juicio pendiente, la providencia del pretor es como dice textualmente el artículo 940 princ., un decreto y no una ordenanza. O hay citación de la otra parte, y en este caso el juicio pendiente existe y es precisamente el juicio por denuncia de obra nueva o daño temido, en el cual el pretor, si es competente, decide con sentencia, y si no es competente, dicta por medio de ordenanza las providencias urgentes o provisionales que son necesarias, y remite a las partes ante la autoridad competente (artículo 940, capítulo 1.°). En cuanto a las providencias, de que trata el artículo 572 Cód. proc. civ., el juicio pendiente existe también y es el procedimiento de ejecución, en el cual surgen las dificultades a que se refiere el mismo artículo: por último, en cuanto a los casos del art. 781 Cód. Com., como también allí la ley obliga al pretor a remitir a las partes ante la autoridad competente (como por lo demás también en el caso del art. 572 Cód. proc. civ.), ello presupone, que el juicio contradictorio se haya iniciado ya ante

es verdad que el ser contradictorio el juicio distinga la sentencia y la ordenanza del decreto: porque hay muchos ejemplos de sentencias emitidas sin contradicción (ejemplo: la sentencia declarativa de quiebra, art. 691 del Código de Comercio, etc.). No es verdad que el órgano de que proviene y el momento del procedimiento en que se dicta distingan a la sentencia de la ordenanza, porque hay sentencias pronunciadas por jueces singulares y durante el procedimiento del asunto (ejemplo: las sentencias interlocutorias o apelables de los pretores), y ordenanzas pronunciadas por el Colegio (ejemplo: la ordenanza que suspende la publicidad de una audiencia: art. 52 del Código de procedimiento civil; la ordenanza que prescribe la continuación del procedimiento por la vía formal: artículos 391 y 413 del Código de procedimiento civil y 2o. de la ley de 31 de marzo de 1901), y, por último, ordenanzas dictadas si por un solo juez, pero al fin del procedimiento (ejemplo: ordenanza de tasación de los gastos, art. 375 y siguiente del Código de procedimiento civil).

En realidad, la distinción hecha por el art. 50 (artículo que —nótese bien— tiene menos el carácter de una disposición normativa que el de un principio doctrinal, como se encuentran algunas veces en los Códigos) no es en esen-

---

el mismo pretor. En realidad, como veremos más adelante, es necesario un procedimiento en curso para que el fallo del juez pueda asumir el carácter de ordenanza; en la ordenanza, en efecto, se desarrolla la actividad del juez relativa al procedimiento, o sea la actividad de pura ejecución del juez.

cia inexacta: tanto que en la mayor parte de los casos prácticos, de las varias especies de fallos judiciales. Los caracespecie de actos del juez. Pero tiene el defecto de poner como base de la distinción criterios no decisivos, porque se refieren a elementos secundarios y extrínsecos no característicos es posible distinguir bastante bien, la una de la otra teres indicados en el art. 50 se encuentran, sí, en las varias categorías de actos allí enumeradas, pero se encuentran sólo normalmente y no ya constantemente. Y como por su índole predominantemente teórica, la disposición del artículo 50, si bien puede servir de guía al intérprete, no puede obligarle absolutamente; porque, en todo caso, del sistema de la ley es de donde hay que sacar los conceptos generales y fundamentales, y no ya de una aislada disposición de ésta, nos proponemos aquí desunir de los principios generales de la ciencia del derecho procesal y del conjunto sistemático de nuestro derecho procesal positivo la distinción entre la sentencia y los demás actos del juez.

25. La distinción entre la sentencia de un lado y los demás fallos del juez de otro, se deduce entretanto, neta y determinada del concepto mismo de la sentencia, según hemos tratado de establecerlo, derivándole del de jurisdicción, del cual constituye uno de los más importantes momentos. Si la sentencia es el acto por el cual el órgano jurisdiccional, aplicando la norma al caso concreto, elimina la incertidumbre sobre la tutela jurídica que corresponde a un interés concreto, es claro que solamente aquel ac-

to del juez que contiene "la declaración de una relación jurídica incierta" puede llamarse sentencia. Esta declaración puede referirse tanto a una relación de derecho material como a una relación de derecho procesal; pero hay sentencia siempre que el juez, eliminando la incertidumbre sobre una relación concreta de derecho, determina lo que es derecho en el caso concreto (1). Cuando, por el contrario, el juez no desarrolla este momento esencial de su *función jurisdiccional, sino que, en los límites de la norma jurídica que en el caso concreto no se presenta como incierta*, provee al cumplimiento de las varias funciones que se le exigen, se tendrá, según los casos, una ordenanza o un decreto, pero nunca una sentencia. Y precisamente hay ordenanza cuando el juez desarrolla su facultad de dirección del procedimiento, que es una facultad inherente a su función jurisdiccional, y en ésta está comprendida. En virtud de tal facultad, el juez no declara relaciones jurídicas, ni materiales, ni procesales, sino que provee a la marcha regular del procedimiento, cuya dirección le está reservada. El acto, por el cual el juez ejerce ésta su función directiva del procedimiento, es precisamente la orde-

---

(1) Sobre decisiones procesales véase en el tratado de Menestrina, *La Prejudiciale*, Kisch, *Urtheilslehre*, Planck, *Lehrbuch*; Weismann, *Lehrbuch*; Kleinfeller, *Lehrbuch*. No admite en cambio sentencias, sino sólo ordenanzas (*Beschlusse*), sobre cuestiones procesales la ordenanza austriaca, sobre la cuál véase Menestrina, loc. cit. Para el derecho austriaco, por consiguiente, es sentencia únicamente el acto del juez que declara una relación de derecho material.

nanza (1). La ordenanza supone siempre cierta, o, por lo menos, no incierta, esto es, no controvertida, no contestable la relación jurídica concreta y provee simplemente por su actuación, esto es, a la ejecución de la norma que le consagra. La ordenanza tiene, pues, por sí misma, un alcance puramente ejecutivo y no decisorio. La diferencia que la distingue de la sentencia resulta así bien determinada: la sentencia es esencialmente un acto de la inteligencia, un juicio lógico; la ordenanza es, por el contrario, esencialmente, un acto de voluntad del juez. He aquí porqué mientras la motivación, esto es, el desenvolvimiento del juicio lógico, es un requisito esencial de la sentencia (arts. 360-361 del Código de procedimiento civil), la ordenanza no tiene necesidad de motivación (art. 362). Excluídas las sentencias y las ordenanzas, todos los demás actos del juez son decretos. Bajo esta denominación se comprenden actos de diversa naturaleza, como de diversa naturaleza son las funciones que incumben al juez, el cual —como es sabido— obra a veces como órgano de la

---

(1) Sobre la dirección del procedimiento por parte del juez (Prozessleitung), y sobre las facultades de éste, véase Planck, *Lehrbuch*.—Schmidt, *Lehrbuch*.—Weismann.—Kleinfeller, *Lehrbuch*. Son facultades, como se explica en el texto, de naturaleza jurisdiccional accesoria y puramente ejecutiva. Están comprendidas en la más general categoría de las facultades ejecutivas del juez (que se encuentran también en otros órganos de la jurisdicción, por ejemplo: en el escribano), a las cuales pertenecen también las facultades que no se refieren a la marcha del procedimiento, sino a su iniciación o a la pronuncia de procedimientos provisionales. Una distinción análoga hace Schmidt, loc. cit.

función jurisdiccional, y a veces también como órgano puramente administrativo. El decreto, pues, es también, al igual que la ordenanza, una providencia puramente ejecutiva, y no la declaración de una relación de derecho controvertida; pero difiere de la ordenanza en que no tiene por objeto la dirección de un procedimiento ya iniciado, sino la ordenación de actos de distinto género, en los que se desarrolla generalmente la función administrativa, y algunas veces también la función jurisdiccional del juez (así, por ejemplo: en el secuestro conservativo, en el cual, por la urgencia en el proveer, la ley prescinde de la incertidumbre de la relación, y da facultades al pretor para ordenar sin más un acto de ejecución, si bien puramente provisional y sujeto a convalidación: artículos 224, 931 y 933 del Código de procedimiento civil, y también en los casos de los artículos 572 del Código de procedimiento civil y 871 del Código de Comercio).

En resumen: la sentencia es el acto del juez encaminado a eliminar la incertidumbre sobre la norma aplicable al caso concreto, acreditando una relación jurídica incierta concreta; la ordenanza es el acto por el cual el juez, siendo cierta y suponiendo que es cierta la norma aplicable al caso concreto y cierta la relación jurídica concreta, provee a la marcha de un procedimiento pendiente, ordenando actos de pura ejecución; el decreto es el acto por el cual el juez, siendo también cierta o suponiéndose que es cierta la norma aplicable al caso concreto, provee a todas las

demás funciones judiciales o administrativas que de él se exigen.

26. Esta distinción, que se deriva de los principios y del sistema de la ley, encuentra también, en las disposiciones especiales de ésta, una confirmación directa.

Para la distinción entre sentencias y ordenanzas es típica ante todo la reglamentación jurídica de los incidentes en nuestro Código de procedimiento civil y en la ley de 31 de marzo de 1901 sobre la reforma del procedimiento sumario.

Según los artículos 181 y siguientes del Código de procedimiento civil (aplicados al procedimiento sumario por los artículos 4 y 12 de la ley de 31 de marzo de 1901), los incidentes se proponen al presidente, el cual, si las partes están de acuerdo sobre la resolución, provee para la ejecución (art. 181 del Código de procedimiento civil) con ordenanza (artículos 50, 182, 206 en relación con el 207, 222, 230, 252 y 272 del Código de procedimiento civil). Si las partes no están de acuerdo, las remite, siempre por ordenanza (art. 184), ante el Colegio (art. 181), el cual decide mediante sentencia (art. 50, 206 en relación con el 217, 222, 224, 230. 252 y 272). Los casos de urgencia están equiparados a aquellos en los que hay acuerdo entre las partes, y a ellos provee directamente el presidente por medio de ordenanza (art. 182), pero sujeta a apelación ante el Colegio (art. 183). La distinción más arriba hecha es clarísima en este sistema. Cuando no hay incertidumbre sobre la relación concreta procesal porque las par-

tes, valiéndose del derecho de disposición que se le concede (1), reconocen espontáneamente su existencia, o también cuando, por razones de urgencia, la ley prescinde de la declaración voluntaria o legal de la relación jurídica, y quiere que se le dé provisionalmente ejecución (caso en que la relación se considera provisionalmente como acreditada), no se trata más que de proveer a actos de ejecución o de actuación de la relación acreditada. Aquí sólo entra en juego la potestad directiva del juez sobre el procedimiento, y por esto a aquella ejecución provee el juez por una simple ordenanza. Cuando, por el contrario, el acuerdo de las partes (2) y, por tanto, la relación procesal

---

(1) El principio de disposición de las partes es regla en el procedimiento civil, donde rige el principio: *nemo iudex sine actore*, esto es, donde la intervención del Estado para la satisfacción de la tutela de los intereses privados se hace depender enteramente de la voluntad del particular. Este principio que vale para la tutela de los intereses materiales, vale también para la de los intereses procesales, que son intereses puramente secundarios, que tienen a los primeros por contenido substancial. La tutela de los intereses procesales de las partes depende, pues, únicamente de su voluntad; su acuerdo elimina toda incertidumbre sobre la relación procesal, que se establece así como es determinada por el acuerdo. Sobre el principio de disposición véase Schmidt, Kleinfeller, Chiovenda, *op cit.* Sobre la posibilidad de disponer de derechos materiales mediante actos procesales véase Bülow, loc. cit.

(2) La falta de acuerdo no significa que la cuestión esté controvertida entre las partes. No es, por consiguiente, exacta la opinión manifestada durante los trabajos preparatorios del Código y seguida por varios autores, según la cual la sentencia diferiría de la ordenanza porque supone una contestación entre las partes.

aparece incierta, ni concurren razones de urgencia para considerarla, no obstante, como acreditada a los efectos de la ejecución, es necesario ante todo proceder a la declaración de la relación, mediante aplicación de la norma al caso concreto; lo que no puede hacerse sino mediante sentencia (1). E igualmente mediante sentencia se acredita la relación cuando se ha proveído si, por urgencia, a su actuación provisional, pero, faltando la aquiescencia de las partes a la ordenanza, hay todavía incertidumbre sobre la norma realmente válida en el caso concreto.

En el procedimiento de los incidentes tenemos siempre esta posición: mientras que la relación jurídica es cierta o considerada por la ley, por razones de oportunidad como cierta, el fallo del juez, con el cual se provee a los actos

---

(1) Al caso en que falte el acuerdo de las partes está equiparado el caso, excepcional en el procedimiento civil, por el principio de disposición en él vigente (véase nota 1 de la pág. 107), en que no sea posible el acuerdo, porque se trate de materia en que rija el principio de la oficiosidad. En este caso la relación aparece como objetivamente incierta, y es necesaria siempre una sentencia que la haga cierta. Así, cuando se proponga la excepción de incompetencia por la materia o por el valor (que es de orden público y debe ser decretada de oficio por el juez, art. 187 Código procesal civil), no es ya posible que sobre ella se decida mediante ordenanza; y a pesar del acuerdo de las partes, la cuestión pasa siempre al Colegio, que decide con sentencia. Si bien la fórmula ambigua del art. 189 pueda prestarse a dudas, esta es la solución exacta, como lo confirma el art. 34 del Real Decreto de 31 de Agosto de 1901 para la ejecución de la ley bajo la reforma del procedimiento sumario. Lo mismo puede decirse cuando el juez ordene de oficio una prueba y la citación de un tercero.

de ejecución (art. 181), es una ordenanza; cuando, por el contrario, la relación es incierta, el acto del juez en el que decide sobre la relación, es una sentencia. Y esto no solamente para el procedimiento de los incidentes ante el juez colegiado, sino también (lo que es particularmente notable, porque aquí no es aplicable el criterio extrínseco del órgano de que el acto proviene) para el procedimiento incidental ante el juez singular. El art. 424 del Código de procedimiento civil prescribe precisamente que la admisión del interrogatorio por parte del pretor tenga lugar por ordenanza, cuando no sea controvertida por la otra parte, y con sentencia, cuando falte el acuerdo de las partes; y lo mismo se deduce del art. 428 respecto al informe pericial.

El haber encontrado exacto el criterio sentado por nosotros respecto al procedimiento de los incidentes, conforme está regulado en nuestro derecho procesal positivo, es una circunstancia de mucho relieve, cuando se considera la amplia esfera de aplicación que tiene el procedimiento de los incidentes en nuestro procedimiento civil: en efecto; éste además de aplicarse a las excepciones de incompetencia y de declinatoria de foro, a las excepciones de nulidad, a las cuestiones referentes a la demanda de garantía y a la intervención en el pleito, y según el precepto general del art. 206, a todas las cuestiones referentes a la admisión de cualquier medio de prueba. Todas estas materias, tomadas en conjunto, absorben ya por sí solas buena parte de todo el procedimiento.

27. Pero también en otras materias, en las cuales el

fallo del juez que provee a regular la relación jurídica puede ser o una sentencia o una ordenanza, el criterio establecido por nosotros es siempre exacto. Así en materia de rendición de cuentas, cuando se provee a la ejecución de relaciones no inciertas, el juez dicta una ordenanza; con ordenanza se decreta el pago del exceso sobre los gastos, según la misma exposición hecha por quien rinde las cuentas (art. 321), y por ordenanza se aprueba la cuenta en caso de mutuo acuerdo de las partes (art. 323). En cambio, se provee con sentencia cuando hay incertidumbre sobre la relación jurídica; por lo tanto, es necesario una sentencia para aprobar las cuentas controvertidas (artículo 323). Lo mismo hay que decir en las cuestiones que pueden surgir en materia de ejecución forzosa. También en materia de ejecución puede haber incertidumbre sobre relaciones jurídicas concretas. En efecto; la ejecución forzosa supone siempre que el obligado no haya conformado espontáneamente su conducta con la regla de conducta acreditada, y que haya que proceder, por lo mismo, a la satisfacción del interés del derechohabiente, independientemente de la voluntad de aquél, o aun contra su voluntad. Esta satisfacción, que tiene lugar por obra del Estado, puede implicar el sacrificio de alguno de los derechos del obligado. Por tanto, aunque en la ejecución esté demostrada la relación jurídica material que existe entre actor y demandado, puede ser incierta la relación entre el Estado y el demandado, o sea, puede ser incierto hasta qué punto debe ser sacrificado el derecho del demandado, en virtud del

derecho de ejecución correspondiente al Estado. Toda vez, pues, que en el procedimiento ejecutivo debe ser privado el obligado de algún derecho, la falta de sujeción voluntaria del obligado, que es supuesto de la ejecución forzosa, produce una incertidumbre sobre la relación jurídica concreta existente entre el Estado y el *exequendus*, que debe ser eliminado mediante una sentencia. Esta es la razón, por la cual la venta de los bienes muebles e inmuebles del deudor debe ser autorizada mediante sentencia (artículo 623, en relación con el 655, núm. 1o.; 685 del Código de procedimiento civil). Puede suceder también que la incertidumbre sea producida por contestaciones formales del *exequendus:* entonces es necesario una sentencia especial que decida sobre su oposición (artículos 570, 579 y 660). Pueden, en fin, en el procedimiento ejecutivo surgir incertidumbres sobre los derechos de los terceros y sobre las relaciones recíprocas de varios derechohabientes sobre los bienes del *exequendus;* también estas incertidumbres se eliminan mediante sentencia (artículos 616, 646, 647, en relación con los 655 y 657; 652 y 654; 575, en relación con el 702; 699 y 704; 716 del Código de procedimiento civil). Por el contrario, también en el procedimiento ejecutivo, cuando por la espontánea adhesión de las partes, la relación no sea incierta (art. 652), o cuando por la urgencia de lo proveído, la ley prescinda de su incertidumbre (artículo 750 del Código de Comercio; 572 y 647, capítulo I, del Código de procedimiento civil), o cuando se trate de la pura ejecución de relaciones no inciertas, por es-

tar acreditadas en documentos públicos (artículos 719 y 722), las providencias de pura ejecución son tomadas mediante simple ordenanza. También en la materia de los gastos se repite la misma regla: la condena en los gastos, que implica la declaración de una relación incierta, se hace siempre mediante sentencia (art. 370); en cambio, la simple tasación de los gastos que se presenta como un acto de pura ejecución, puede ser hecha por ordenanza separada (artículo 365); pero, si también acerca de la tasación surgieran controversias, de modo que resultase incierto el *quantum debeatur*, es necesaria una sentencia que elimine esta incertidumbre (art. 377) (1).

28. Respecto a la distinción entre sentencia y ordenanza por un lado y decreto por otro, es de observar que, excluídos los casos (y son la mayoría) en que el decreto es emitido por el juez, no en el ejercicio de su facultad jurisdiccional, sino como órgano de la llamada jurisdicción voluntaria, para los cuales la distinción se deriva de la diversidad de la función ejercitada, en los casos, por el contrario, en que el decreto es dictado precisamente por el magistrado en el ejercicio de la función jurisdiccional, siempre es verdadero el criterio distintivo arriba establecido. En el decreto, el juez ni desarrolla su facultad directiva

(1) Como la ley ha considerado la liquidación de los gastos como una operación puramente ejecutiva, ha admitido la distinción entre el pronunciamiento sobre los gastos y la liquidación de los gastos. Sobre la división entre las dos operaciones véase las observaciones de Chiovenda, *La condena en los gastos*, páginas 408 y sig., especialmente pág. 410.

del proceso ni acredita una relación incierta, pero cuando no hay aún ningún proceso pendiente, dicta varias providencias de naturaleza jurisdiccional, pero puramente ejecutivas, las cuales tienen todo el carácter de la accesoriedad y provisoriedad. Así, en los casos de los artículos 146, 154 y 172 el juez (singular o colegiado), mediante decreto, autoriza la citación por medio de proclamas o abrevia el término para comparecer o para contestar; en los cuales casos se trata precisamente de procedimientos jurisdiccionales accesorios, de naturaleza puramente ejecutiva, esencialmente urgente y provisional. Así también, en los casos de los artículos 938 y 940 el pretor puede, por medio de decreto, proveer sobre la denuncia de obra nueva o de daño temido aun sin la citación de la otra parte; también aquí estamos en presencia de un acto jurisdiccional ejecutivo, urgente y provisional. En efecto; en ambos casos, en los cuales la relación jurídica es sí incierta, pero por razones de urgencia, la ley la considera provisionalmente como si no fuese incierta y permite al juez proveer sin más a actos de ejecución; la providencia provisional tomada por decreto debe necesariamente transformarse en un fallo definitivo emitido por sentencia (art. 931 en relación con el 934, 935, 936, 937 y 940 del Código de procedimiento civil). En estos casos, la providencia provisional es decreto y no ordenanza, porque faltando un proceso pendiente no se presenta como desarrollo de la facultad directiva del juez sobre el proceso.

Siempre relacionados con este último asunto de la dis-

tinción entre la sentencia y el decreto en nuestra legislación positiva, son significativos los casos de los artículos 841, 843 y 844 del Código de procedimiento civil; 684, 704 y 836 del Código de Comercio. Por los artículos 841, 843 y 844 del Código de procedimiento civil, la decisión del juez en el juicio de interdicción o de inhabilitación es una sentencia, si bien pronunciada en cámara de consejo, y a consecuencia de simple recurso (art. 836). Por los artículos 684 y 704 del Código de Comercio, el fallo del juez que declara la quiebra o determina su fecha inicial, es una sentencia, si bien emitida en cámara de consejo y a consecuencia de recurso, o también de oficio (artículos 684, 704 y 911 del Código de Comercio). Por último, según el art. 836 del Código de Comercio, la aprobación de lo acordado, cuando no hay oposición, tiene lugar por sentencia (art. 839), pero siempre en un juicio que tiene lugar en cámara de consejo y previo recurso (artículos 836 del Código de Comercio y 779 del Código de procedimiento civil).

En todos estos casos, si bien la forma de procedimiento es tal que debería conducir normalmente a un decreto (artículos 781 y 782 del Código de procedimiento civil), y en cuanto a los fallos en materia de quiebras y de concordatos (faltando toda forma de contradicción), la providencia debería indudablemente, por literal disposición del art. 50, primera parte, ser un decreto; el acto del juez es por el contrario una sentencia. Y esto por la sencilla razón de que en estos casos se trata de eliminar la incertidumbre

sobre relaciones concretas, determinando lo que es derecho en el caso concreto. En el caso de los artículos 841 y siguientes se trata de saber si concurren los extremos exigidos por la ley para la interdicción o la inhabilitación; en los casos del art. 684 del Código de Comercio, es preciso acreditar la existencia del estado de insolvencia y de la calidad de comerciante en el deudor; en el caso del art. 836, se debe acreditar si el acuerdo fué válido, esto es, si concurren todos los requisitos de forma y fondo exigidos para la validez de este contrato. Lo que demuestra una vez más que ni la forma del procedimiento, ni la existencia de un juicio contradictorio o de un convenio oral, en suma, ninguna condición extrínseca caracteriza la sentencia, sino su contenido.

29. Pero si estas condiciones extrínsecas no caracterizan a la sentencia, acompañan, como es natural, a la misma y pueden servir de criterio subsidiario para distinguirla. Así, por ejemplo, el criterio del órgano de que emana el acto, que es uno de los adoptados por el legislador en el art. 50. Indudablemente, como quiera que en la sentencia, con la cual se acredita lo que es derecho en el caso concreto, se desarrolla en su plenitud la función jurisdiccional del juez en los juicios que se desarrollan delante de órganos colegiados de la jurisdicción, aquella función debe ser deferida al Colegio y no a uno de sus miembros, mientras que, por el contrario, la función perteneciente también a la jurisdicción, pero de naturaleza secundaria o accesoria de proveer a la dirección y a la marcha del procedi-

miento en curso, es normalmente confiada al presidente del Colegio o a un juez delegado al efecto. El criterio distintivo de la sentencia, a diferencia del de la ordenanza establecido por nosotros, no está, pues, bajo este aspecto, en contradicción con el criterio de la ley; por el contrario, corresponde perfectamente al concepto de la misma; sólo que es más preciso, y, sobre todo, es un criterio verdaderamente substancial. En efecto, aparte de que el criterio del órgano puede valer solamente para los actos de los jueces colegiados, y no para los de los jueces singulares, sigue siendo aquí verdad que la correspondencia del órgano con la función no es nunca tan absoluta que se pueda asumir aquél como contraseña característica de ésta. Y además, también desde el punto de vista lógico no parece correcto el procedimiento de obtener del órgano la característica de la función, cuando en realidad es la función la que determina al órgano y no viceversa. Así, en el caso en cuestión, la sentencia no es sentencia por ser acto del juez colegiado, ni la ordenanza ordenanza por ser acto del Juez singular, sino que la sentencia es acto del juez colegiado por sentencia, y la ordenanza proviene del juez singular porque es ordenanza. Y dígase lo mismo en cuanto a los demás caracteres distintivos de la sentencia que se deducen del artículo 50. Seguramente, el fallo con que se acredita lo que es derecho en un caso concreto, por lo regular es dictado al fin del proceso de deliberación, el cual tiene por objeto precisamente acreditar la relación jurídica material concreta. También aquí nuestro concepto responde al concepto de la ley. Sólo que mientras la

ley considera la cosa desde un punto de vista restringido y unilateral, y, por tanto, su criterio es falaz, el criterio adoptado por nosotros se refiere a todos los casos posibles. En efecto, no es verdad que la declaración del derecho esté siempre reservada al final del procedimiento: la declaración de la relación material puede venir por grados, mediante sentencias apelables sobre el fondo de la cuestión (1); luego puede presentarse incierta la aplicabilidad de una norma de derecho procesal, durante el desenvolvimiento del proceso, de donde la necesidad de sentencias apelables sobre la forma (2). Igualmente el otro criterio adoptado por el art. 50 para distinguir las sentencias de los decretos, de la existencia o no de un juicio contradictorio, no es inexacto: seguramente, el fallo sobre una relación incierta presupone normalmente una controversia o una litis pendiente; y también aquí nuestro criterio responde a la ley. Pero también aquí la ley es incompleta, porque, como hemos visto, pueden darse casos en que la incertidumbre sea objetiva, no dependa de una formal contestación, sino de que la ley no permite que se deriven de un hecho determinado consecuencias jurídicas (así la enfermedad mental no hace incapaz al que está aquejado de ella si no ha recaído una sentencia de interdicción; así la insolvencia del comercian-

---

(1) Sobre la posibilidad y utilidad de una división del razonamiento del juez sobre el fondo y sobre la admisibilidad de semejante división en los varios derechos positivos véase Menestrina, *La prejudicial.*

(2) Véase la nota 1 de la pág. 103.

te no da lugar a los efectos jurídicos de derecho material y procesal que le son propios si no interviene una sentencia previa declarativa de la quiebra).

30. La diversidad de la esencia se refleja, como es muy natural, sobre la forma de estas tres especies de actos del juez. Y, por lo tanto, vemos que mientras la sentencia debe ser dictada en nombre del Rey (art. 54) y debe contener los requisitos prescritos por el art. 360, entre los cuales es característico y esencial la motivación, la ordenanza debe responder sólo a los requisitos exigidos por el artículo 362, y para el decreto bastan las formas simplísimas establecidas por el art. 50, primera parte. Se entiende, por tanto, que, como en todas, también en esta materia la esencia es la que determina la forma, pero la forma no puede llegar a ser esencia.

CAPITULO QUINTO

Procedimiento y sentencia; en especial, acción y sentencia

SUMARIO: 31. Posición del problema. — 32. Relación entre acción y sentencia. Determinación del concepto de acción. — 33. La acción como un derecho subjetivo existente por sí, que corresponde a cada ciudadano como tal, frente al Estado. — 34. Objeciones contra este concepto: referencia a otros conceptos de acción. — 35. Respuesta a las objeciones: el derecho abstracto de obrar no es una mera posibilidad sino un derecho. — 36. Dificultades insolubles en que incurren las otras concepciones: en especial: a) La teoría del "Rechtsschutzanspruch". — 37. b) La teoría que excluye en la acción la naturaleza de derecho (Kohler). — 38. c) La teoría que concibe la acción como un derecho potestativo: impropiedad técnica del concepto de derecho potestativo. 39. Ulterior determinación de nuestro concepto de acción. — 40. Diferencias entre nuestra concepción y la de los otros fautores del derecho abstracto de obrar. — 41. Facultades comprendidas en el derecho de acción. — 42. El principio de la correlación entre acción y sentencia. — 43. Primera aplicación del principio: el juez debe fallar sobre toda la cuestión sometida a su juicio y sólo sobre ésta; la máxima: "ne eat iudex ultra petita partium". — 44. La identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia. — 45. Segunda aplicación del principio: el juez debe juzgar sólo sobre elementos de hechos alegados por las partes ("secundum alligata et probata iudex iudicare debet") y sobre todos los elementos de hecho alegados por las partes. — 46. Límites al principio de la correlación entre acción y sentencia. — 47. Resumen. — 48. Relaciones entre la sentencia y la ejecución: la sentencia de condena.

31. Hemos considerado hasta ahora la sentencia en sí, y en sus relaciones con otras figuras jurídicas, en cierto modo afines, con las cuales puede ser cambiada o identi-

ficada; nos proponemos ahora estudiar las relaciones entre la sentencia y las otras instituciones procesales, más importantes o sea, determinar el puesto que corresponde a la sentencia en el conjunto del procedimiento.

El procedimiento, como hemos dicho, es el desarrollo de la función jurisdiccional, o sea de la actividad del Estado para la satisfacción de los intereses privados tutelados, y de la actividad de los particulares, a cuya voluntad está subordinado el ejercicio de la actividad estatal. Vimos, en efecto, que el interés del Estado en la función jurisdiccional civil, es puramente reflejo, además de secundario, como todos los intereses procesales, por lo que el ejercicio de aquella función está, por lo regular, subordinado a la voluntad privada. Y es natural. Porque, en las relaciones de derecho privado, un interés no está tutelado, sino en cuanto su titular o su representante lo persigue voluntariamente, es lógico que, por regla general, no haya lugar a satisfacción de intereses privados por parte del Estado, sino en cuanto los titulares del mismo piden su intervención (1).

---

(1) De aquí la máxima: *ne procedat iudex ex officio.* Para la iniciación de la acción es ésta una regla que no sufre más que raras excepciones en derecho italiano. Es típica la de los artículos 684 a 688 Cód. Com. En los demás casos, en que el ejercicio de la función jurisdiccional civil no se hace depender de una demanda del interesado, la facultad de provocarle está confiada al Ministerio público. En cambio, respecto a la preparación del material de decisión, especialmente de la prueba, las excepciones son bastante más frecuentes; ejemplo: Cód. proc civ., artículo 228 (juramento), 243, 248 (interrogatorio de los testigos),

De aquí resulta que el procedimiento civil comprende, ya los actos por los cuales el Estado procura la satisfacción de los intereses privados tutelados en cuanto encuentran obstáculos, o en la incertidumbre o en la inobservancia del derecho, ya los actos por los cuales los particulares

---

267,269 (pericial), 271, 275, 277 (acceso judicial), 302 (depósito de los documentos impugnados por falsedad), 401 (comparencia personal de las partes en el procedimiento formal en materia comercial), etc. Véase también Cód. civ., art. 1.367, núm. 2, 1.374 y siguientes. Pero también fuera de la materia de la prueba, no faltan ejemplos de iniciativa del juez en la tutela de intereses materiales y procesales de los particulares, ejemplo: Código procesal civil, art. 192 (excepción de nulidad de los actos procesales en ventaja del contumaz), 205 (citación de un tercero). Pero en general, puede decirse que también en nuestro derecho el principio de la disposición de las partes es la regla y el principio de la oficiosidad la excepción y con justicia. En especial, en cuanto a la iniciación del procedimiento, el abandono de la máxima *ne procedat iudex ex officio* conduciría a la infiltración de un elemento público en todas las relaciones privadas, que alteraría por completo su naturaleza. En efecto, si para la persecución de los intereses que hoy tutela el derecho privado, fuese considerada jurídicamente eficaz ya solamente o también en concurrencia con la voluntad individual, pero independientemente de ésta, la voluntad del Estado, aquellos intereses serían considerados por el Estado o solamente o también como intereses propios: en la primera hipótesis, esto es, si los particulares fueran excluídos de promover la actividad jurisdiccional para la realización de estos intereses, el derecho privado cesaría de existir como tal: en la segunda, esto es, si el Estado admitiese la iniciativa privada junto a la suya propia, tendríamos en todas las relaciones de derecho privado mezclada una relación de derecho público, y tales intereses tendrían una doble tutela: una privada y otra pública; de aquí una desnaturalización policiaca del derecho civil (Kohler, *Prozess als Rechtsverhaltniss*). También Chiovenda, *La acción*.

determinan el cumplimiento de los primeros. Y como la sentencia es uno de los actos, y aun el más importante de los actos, por los que el Estado realiza su misión, el estudiar la posición de la sentencia en el conjunto del procedimiento, significa estudiar las relaciones de la sentencia con todos los actos del Estado y de los particulares que en el procedimiento se realizan. Entre ellos interesan especialmente, los actos de los particulares que determinan la emanación de la sentencia, la cual, al par que todos los actos del Estado en el ejercicio de la facultad jurisdiccional civil, está determinada, por lo general, por actos de los particulares. De tales relaciones (relaciones entre acción y sentencia) nos ocuparemos en primer lugar. Luego, para completar la materia, diremos también algo de las relaciones entre la sentencia y los demás actos procesales del Estado y de los particulares, o sea, en general, de la posición de la sentencia en el conjunto del procedimiento.

32. El estudio de las relaciones entre acción y sentencia presupone el conocimiento del concepto de acción, el cual es de lo más difícil y controvertido en la ciencia del derecho procesal. No intentamos tratar aquí con la amplitud que merecía tal cuestión, la cual interesa, por lo demás, sólo incidentalmente a nuestro asunto. Nos limitaremos a exponer, de modo sucinto, nuestras ideas, deduciéndolas de los conceptos fundamentales puestos como base del presente tratado.

Todo aquel que es titular de intereses tutelados por el derecho, es decir, todo aquel a quien reconoce el derecho

como sujeto de derechos o persona, tiene interés en que el Estado intervenga para la satisfacción de sus intereses, los cuales son tutelados por el derecho, cuando no se puede o no se quiere actuar la norma que los tutela.

Es éste un interés secundario, pero distinto de los intereses principales, que forman el contenido de los varios derechos subjetivos correspondientes a un determinado sujeto. Este, en efecto, no se resuelve en las varias utilidades o ventajas que constituyen los intereses principales, sino en una utilidad diversa, si bien accesoria a aquéllas, es decir, en la eliminación de ciertos obstáculos que se oponen a la directa realización de la utilidad principal. Y que se trata de una utilidad diversa lo demuestra el que, satisfecho en un caso particular este interés secundario, no se satisfará sin más el interés principal, sino que sólo es posible su satisfacción directa por parte del interesado. Este interés secundario existe en cuanto existe la prohibición de la defensa privada. Si estuviese permitido al particular perseguir siempre directamente por sí sus intereses tutelados, no habría un interés especial en superar los obstáculos que otros pudiesen poner a su satisfacción; se confundiría con los mismos intereses perseguidos. En el concepto de interés está implícita la idea de una voluntad que lo persigue (1), con lo que también está implícita la de una ac-

(1) Como no se concibe una forma sin esencia, así tampoco se concibe una esencia informe: y por esto ni voluntad sin contenido, o sea sin interés, ni interés sin una voluntad que lo persiga; para que un *quid* llegue a ser interés, es necesario que sea

tividad volitiva, encaminada a la eliminación de los obstáculos que se oponen a su realización. Pero en el sistema de la prohibición de la defensa privada hay obstáculos a la realización de los intereses tutelados, que el particular no puede hacer efectivos por sí, por lo que se crea en él un interés secundario en que sean eliminados por obra de quien tiene facultades y posibilidades para ello. La eliminación de estos obstáculos es, en realidad, una utilidad secundaria, que encuentra su razón de ser en la utilidad principal a que se refiere en cuanto es medio para llegar a ella. Pero un bien puede ser solamente un bien medio, y también ser considerado por sí mismo como un bien, y, por consiguiente, convertirse en un bien especial (por ejemplo, la moneda que es el bien medio por excelencia). Todo depende del modo como se presenta a la voluntad del sujeto. Así sucede precisamente con el interés secundario de que hablamos. La intervención del Estado para la realización de los intereses tutelados, tanto por su importancia como porque implica la actividad de un sujeto distinto del sujeto de los intereses principales, es una utilidad que se persigue de modo particular, adquiriendo así una existencia autónoma y distinta de las utilidades principales a que en último análisis se refiere.

Otra característica de este interés social especial, que lo diferencia una vez más de los intereses singulares a que se refiere, es el de ser un interés abstracto y general

---

querido o pueda ser querido por el hombre. Véase Jellinek.—Bernatzik.

independiente de los intereses singulares, a que puede, en cada caso, referirse; no es ya el interés de la intervención del Estado para la realización de los propios intereses tutelados. Como interés abstracto, permanece siempre el mismo, aun cuando varíen los intereses singulares concretos a cuya satisfacción pueda, en cada caso, aspirar su titular. Se puede decir, por tanto, que cada titular de derechos subjetivos tiene un único interés abstracto y secundario en obtener la intervención del Estado para la realización de sus intereses tutelados por el derecho.

Este interés abstracto y secundario constituye, a su vez, un verdadero y distinto derecho subjetivo: en efecto, toda una categoría de normas, las del derecho procesal civil, están destinadas a tutelarlo. Todos los elementos, pues del derecho subjetivo concurren: un especial interés como elemento material; el reconocimiento dado por el derecho a la voluntad individual que lo persigue como elemento formal. Este derecho subjetivo es, precisamente, el derecho de acción, el cual, considerado por el lado substancial es, por lo tanto, el interés en obtener la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia de la norma pone a la realización de los intereses tutelados, a su vez tutelados por el derecho procesal objetivo.

33. De aquí se deduce ante todo que el derecho de acción es un derecho subjetivo existente por sí mismo, distinto de los varios derechos subjetivos principales o materiales a los cuales puede referirse. La vieja doctrina, que

consideraba la acción no como un derecho autónomo, sino como una posición, una cualidad, un momento, un aspecto del derecho subjetivo (1), era inducida a error por la naturaleza secundaria del interés que forma el contenido esencial del derecho de acción; olvidaba que este interés, aunque secundario, es un interés distinto del interés primario a que se refiere, y trocaba un interés secundario pero distinto, con un aspecto o un momento del interés principal. De este modo desconocía toda la importancia de la evolución, por la cual al sistema de la defensa privada se substituyó el sistema de la justicia del Estado, identificando el acto de quien se dirige a los jueces para obtener la satisfacción de un interés propio tutelado con aquel de quien provee directamente por sí mismo a tal satisfacción; la acción judicial con el ejercicio directo de los propios derechos.

De todo lo dicho se deduce además que el derecho de acción es un derecho subjetivo que corresponde a cada ciudadano como tal (y, por consiguiente, también a los extranjeros, que están a este respecto equiparados a los ciudadanos, art. 3o. del Código civil) o sea a todo el que en el Estado es reconocido como titular de derechos subjetivos o persona. El poseer intereses jurídicamente protegidos es, en efecto, suficiente para que haya interés en la efectiva realización de su tutela por parte del Estado, y por otra parte, no sería efectiva la tutela (supuesta la prohibición de la defensa privada) si este interés no estuviese a su

(1) Kroll.—Forster Eccius.—Wachter.—Filomusi-Guelfi. Bolchini.

vez tutelado frente al Estado. Se trata, pues, de un derecho inherente a la misma cualidad de sujeto de derechos, y que surge con ésta: de un derecho abstracto y general, que no depende necesariamente de la pertenencia efectiva de un derecho concreto subjetivo material ni tampoco está necesariamente ligado a un elemento subjetivo que se refiera a la existencia de un derecho subjetivo material (opinión, creencia del derecho, buena fe) (1). Lo que únicamente es necesario para que el interés secundario de que hablamos sea tutelado por el derecho (o sea para que exista un derecho de acción), es que se refiera a un interés primario en abstracto tutelado por el derecho. Esto depende de la naturaleza misma del interés que forma el contenido del derecho de acción; siendo éste el interés general y abstracto a la intervención del Estado para la realización de los intereses que están tutelados por el derecho, el interés primario a que se refiere debe, por tanto, presentarse como tutelado por el derecho. Que el derecho en el caso concreto lo tutela, es, por la existencia del derecho de acción, en el caso concreto irrebatible; puede, en efecto, alguna vez, ser dirigido el interés secundario precisamente a la declaración de esta tutela que aparezca incierta, pero siempre es necesario que el interés primario pertenezca a una de aquellas categorías de intereses que el derecho objetivo, en abstracto, tutela. El derecho objetivo, al tutelar los intereses humanos, procede por abstracción;

(1) Degenkolb.—Mortara, exige la opinión de un derecho, la opinión de la violación de un derecho.

no tutela intereses singulares de individuos particulares, sino categorías de intereses; ahora bien; para que haya derecho de acción, basta que el interés secundario se refiera a un interés primario perteneciente a alguna de las categorías tuteladas (1)

34. Contra esta concepción del derecho de acción como un derecho correspondiente a todo sujeto de derechos como tal, y, por consiguiente, también anteriormente a la demanda judicial (el llamado derecho abstracto de obrar) se ha opuesto que antes de la demanda no existe un derecho de proceder, sino una mera posibilidad de acción. Esto es, se ha añadido, una facultad inherente a la personalidad, y no un verdadero y propio derecho subjetivo, puesto que al par que todas las facultades comprendidas en el derecho de personalidad carece de la determinación necesaria (2); además no corresponde a ella ninguna determinada obligación del Estado, lo cual prueba también que no estamos aquí en presencia de un verdadero derecho subjetivo, sino de una simple facultad o posibilidad (3). De esta premisa, algunos autores han sacado la consecuencia

---

(1) También pide esto Degenkolb. En el mismo sentido Plósz (afirmación de un determinado título para la constitución del procedimiento).

(2) Wach, *Handbuch*, le llama una *res merae facultatis*, parangonable a la facultad de poner en vigor negocios jurídicos.

(3) Estas graves objeciones a la teoría del derecho abstracto de proceder (netamente formuladas desde 1879 por Degenkolb y y Plósz) desviaron la doctrina alemana de una construcción publicista a la cual la obra de Bülow la había preparado (las relaciones entre esta obra y la de Degenkolb y de Plósz son pues-

de que no hay un derecho de acción, no hay relaciones jurídicas procesales entre el particular y el Estado, sino que solamente hay relaciones jurídicas entre las partes, constituídas por un asunto jurídico procesal (la demanda judicial) y desarrollándose mediante actos judiciales (1). Otros autores no niegan la existencia de un derecho de acción, pero niegan que se haga valer contra el Estado, y lo consideran solamente como un derecho frente al adversario; por consiguiente, un derecho de naturaleza especial que se resuelve en una pura facultad (derecho potestativo), es decir, la facultad de poner en acción las condiciones para la actuación del derecho subjetivo. (2). Otros autores también, y son la mayor parte, no se dejan vencer por la facultad de encontrar una relación jurídica concreta entre el individuo y el Estado. Distinguen, por tanto, la posibilidad de la acción, que corresponde a cada ciudadano, aun antes de la demanda, y el derecho de acción o, en general, el derecho a la tutela jurídica *(Rechtsschutzanspruch)* que corresponde sólo a aquel, en el cual existen determinados supuestos de derecho material y procesal (supuestos de la acción o supuestos de la tutela jurídica). El derecho a la tutela jurídica, en general, es, pues, el dere-

---

tas de manifiesto por estos mismos autores, véase Degenkolb) y la llamaron a una concepción en que la acción era más estrictamente conexa con el derecho material. Sobre estas objeciones véase Wach.—Kohler.—Gierke.—Schmidt.—Helwig.—Bülow.—Weismann.—Chiovenda.

(1) Kohler, *Prozess als Rechtsverhaltniss. etc.*

(2) Weismann. *Lehrbuch,* Chiovenda, *La acción,* etc.

cho a un determinado acto de tutela del Estado; el derecho de acción, en particular, es el derecho a una sentencia de determinado contenido (1).

35. Pero ni las críticas, a nuestro juicio, hechas al concepto del derecho de acción como un derecho correspondiente frente al Estado a cada sujeto de derecho como tal, son tan decisivas, que debemos sin más renunciar a una construcción basada en aquel concepto; ni por otra parte, las concepciones que se han querido substituir al mismo están a cubierto de toda objeción; antes, por el contrario, si algunas escapan a ciertas de las que hieren a la teoría del derecho abstracto de proceder, se estrellan en otras no menos graves y fundadas.

La dificultad más grave con que tropieza nuestra concepción es la de considerar como un verdadero y propio derecho subjetivo la facultad correspondiente a cada ciudadano de provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales del Estado, no sólo para la realización de los propios intereses cuya tutela sea acreditada, sino también para la declaración de la tutela que pueda corresponder eventualmente a un interés suyo. Ahora bien, esta dificultad está muy lejos de ser insuperable. Indudablemente, en efecto, es posible a cada ciudadano que posea los requisitos de capacidad exigidos para proceder en juicio y se di-

(1) Wach, *Handbuch*.—Stein.—Holder, Laband, Planck, Schmidt, Langheineken, Skedl, Helwigg, Sintenis, Siber, Bülow y Kohler, Fadda, Simoncelli, Menestrina, De Palo, Ferrara, Chiovenda.

rija a un órgano competente en la forma prescrita por la ley, obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado la determinación de lo que es derecho en el caso concreto y la realización forzosa del derecho declarado. Y no sólo esto; es posible también a cada uno, aun sin las condiciones arriba enunciadas y sin las demás que el derecho pueda exigir en cada caso particular, provocar del juez un fallo sobre su demanda; fallo que será una negativa a proveer por falta de aquellos requisitos preliminares *(absolutio ab instantia)*, pero que el magistrado, por tanto, está obligado a emitir (1). Ahora bien, esta posibilidad de obtener de los órganos de la jurisdicción estos actos le está asegurada a cada individuo, de modo que su consecución efectiva depende del mero arbitrio individual. Cada cual puede pretender en toda ocasión de los órganos jurisdiccionales que desarrollen su actividad en su favor, si quiere. Pero el que puede pretender alguna cosa de otro, si quie-

---

(1) Además del derecho de obtener un fallo sobre el fondo, o sea sobre la relación jurídica material, cada uno tiene el derecho de obtener un fallo sobre la posibilidad de emitir el fallo sobre el fondo. Esto demuestra que el derecho de acción, como derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional, comprende al uno y al otro, y que, por tanto, corresponde no sólo a quien tiene facultad de provocar un fallo sobre el fondo sino a todo el que puede provocar un fallo del juez, o sea a todo sujeto de derecho. Por consiguiente, habrá procedimiento no sólo cuando exista el derecho del actor a obtener un fallo sobre el fondo (esto es, cuando concurran los llamados supuestos procesales), sino también cuando tal derecho no existe y el procedimiento termina con una *absolutio ab instantia:* Véase Wach, Helwigg, Menestrina, Weismann, Kohler.

te, tiene, sin más, derecho a esta cosa. Muy bien dicen Fadda y Bensa: "El acreedor, o titular en general, si quisiere, es ya titular desde el mismo momento, en el sentido de que puede, cuando quiera, ejercitar su derecho. Como el deudor no está completamente obligado, si promete bajo una condición potestativa pura, del mismo modo es un derechohabiente quien puede ejercitarlo cuando quiera. El derecho implica la facultad de pretender de una o varias personas, o de quienquiera que sea, un hecho determinado. ¿Cómo negar que tal facultad corresponde a quien la pueda ejercitar cuando quiera?" (1). Decir, pues, que depende desde aquel momento de la mera voluntad de un sujeto el pretender de otros alguna cosa sin que nadie pueda impedírselo, equivale a decir que tiene ya derecho a esta cosa. Esto depende de la estructura misma del derecho subjetivo como potestad de querer, reconocida por el ordenamiento jurídico para la realización de un determinado intento. Ya en la mera posibilidad de pretender de otros alguna cosa, se desarrolla el señorío de la voluntad del titular. Desde el momento en que esta posibilidad de querer es reconocida, es reconocido también el derecho: el desarrollo efectivo de la voluntad pertenece al ejercicio, pero no a la existencia del derecho subjetivo. Posibilidad de querer no es más que potestad de querer, o sea derecho subjetivo. E igualmente si se mira la relación por su lado pasivo. Aquel que está obligado, si otro quiere, está ya

(1) Fadda y Bensa, notas a las *Pandectas* de Windscheid, I, página 1.089.

desde el primer momento obligado, puesto que estar obligado significa precisamente estar sujeto a la voluntad de otro. Todo esto se entiende cuando, como en el caso presente, la posibilidad de pretender de otros una cosa depende única y absolutamente de la voluntad del sujeto, aunque se necesiten formas particulares de manifestación. Y si tal posibilidad depende también en parte de la voluntad del sujeto, entonces habrá una simple posibilidad de adquirir un derecho subjetivo, o en los casos respectivos un derecho subjetivo condicional (1).

El derecho subjetivo de que hablamos no tiene de especial, frente a los demás, sino esto: que la facultad de los particulares de pretender del Estado la tutela jurisdiccional está ligada a una declaración suya de voluntad hecha a este propósito y hecha en formas determinadas (demanda judicial). Pero la forma a que puede estar subordinado el ejercicio del derecho, no impide que se trate precisamen-

---

(1) También cuando la adquisición de un derecho depende de un acto jurídico unilateral, el derecho subjetivo no nace aún, si la voluntad del sujeto puede ser paralizada por un acto de otro sujeto. Así en la ocupación de una *res nullius*, no sería exacto decir que *cualquiera* respecto a la *res nullius* se puede sin más considerar propietario, porque depende de su voluntad el serlo. El ser propietario de una *res nullius* no depende únicamente de la voluntad del sujeto, sino también de la circunstancia, de que la *res* siga siendo *nullius*, o sea de que otro no la ocupe. Cuando, por el contrario, la voluntad del sujeto es del todo libre e independiente para la consecución de un determinado bien, mediante la obra positiva o negativa de otro sujeto, tenemos un derecho subjetivo, y este es precisamente el caso del derecho de acción.

te de ejercicio y no de constitución del derecho. Y esto sucede en muchos otros casos. Ya los llamados *derechos cívicos* tienen precisamente esta característica: que su ejercicio implica una demanda a este propósito, del ciudadano, y algunas veces también otras condiciones, que depende de él satisfacer (por ejemplo: el pago de un impuesto). Tampoco en el derecho privado nos faltan ejemplos de este género: como sucede en el caso de las obligaciones sin término en las que el deudor está obligado *inmediatamente* (art. 1,173, Cód. civ.), pero el acreedor debe previamente constituirlo en mora; y, en general, todas las veces que el acreedor, para ejercitar su derecho de crédito, está obligado a hacer una declaración o denuncia o intimación al deudor (1). Y tan es verdad, que en estos casos, en que el ejercicio del derecho depende de la sola voluntad del titular, el derecho surge ya con la posibilidad de ejercitarlo, que la prescripción no corre ya desde el momento de la declaración del que ostenta un derecho, sino desde el momento en que surge la posibilidad de hacer esta declaración; de aquí la conocida máxima: *Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris* (2). Estamos, pues, en estos casos, como en el

(1) Siempre que hay una relación jurídica denunciable, o sea una relación cuya continuación depende de la libre voluntad de quien está autorizado para la denuncia (Immerwahr) este último tiene, en realidad, desde el origen todos los derechos que le corresponden, a pesar de la relación jurídica, y la denuncia constituye sólo una parte de lo que el acreedor debe hacer para el ejercicio de su derecho.

(2) La razón de esta máxima está precisamente en que la

de derecho de acción, en presencia de formas y modalidades de *ejercicio* del derecho, no de condiciones o supuestos para su *constitución*.

Tampoco es justa la objeción hecha al concepto del derecho abstracto de proceder, de que se trate de una pura facultad falta de la determinación necesaria (1). ¿Cómo puede decirse que el derecho de acción conste de facultades indeterminadas, cuando toda una entera y numerosa categoría de normas, las del derecho procesal objetivo, determina lo que el ciudadano debe hacer para obtener la tutela jurisdiccional del Estado, y lo que los órganos de la jurisdicción están obligados a prestarle a este fin? ¿Si no sólo lo que él puede hacer en virtud de su derecho, y lo que puede pretender de otros, está determinado *a priori*, sino que también está determinada la forma en que su actividad y la de los órganos estatales debe ser desarrollada? Aquí, en verdad, todo está determinado y limitado (2).

inacción respecto a un derecho, cuyo nacimiento depende de la nuda voluntad del titular, tiene el mismo significado que la inacción respecto a un derecho ya nacido (cfr. Windscheid, *Pand*, párrafo 107). ¿Pero esto no equivale a decir que, en realidad, el derecho haya nacido en ambos casos, y que, por tanto, en ambos casos la inacción del titular tenga el mismo valor? La cosa es entendida de este modo, y justamente, por Fadda y Bensa.

(1) Bülow, *Klage und Urteil*, págs. 17 y 18.

(2) La determinación de la pretensión conferida por el derecho, y por consiguiente, la existencia de un derecho autónomo, *o* de una simple facultad comprendida en otro derecho, depende de la mayor o menor determinación con que un interés es tomado en consideración por el derecho. Indeterminadísimo es el interés tutelado en el derecho de libertad, determinadísimo el tutelado en el derecho de obligación (Degenkolb, *Zur Lehre*

Por consiguiente, no puede decirse que el derecho de acción carezca de autonomía. Carecen de autonomía, y por consiguiente, no son derechos subjetivos existentes por sí, sino que forman parte del contenido de otros derechos aquellas facultades a las cuales no corresponde la necesidad de una conducta especial en el obligado, sino aquella misma conducta que corresponde al derecho que le concierne (1). Ahora bien, evidentemente no puede negarse que la facultad de obtener del Estado la tutela jurisdiccional, es, en este sentido, autónoma: la obligación del Estado de prestar aquella tutela, obligación positiva y específica, no corresponde a ningún otro derecho de los ciudadanos, mucho menos al derecho de libertad o de personalidad a que alguno quería referirlo (2): al derecho de libertad, en efecto, para no hablar de otro, corresponden sólo obligaciones negativas del Estado.

36. La bondad de nuestra concepción encuentra una

---

von Vorvertrag, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, LXXI. Hartmann, *Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlanga, 1875. Kuntze, *Die Obligationen im roemische und heutigen Recht*, Leipzig, 1886, pág. 123).

(1) Y esto sucede porque a la indeterminación del interés tutelado corresponde la indeterminación de la tutela, o sea la indeterminación de los actos a que el obligado o los obligados están constreñidos en virtud de la norma jurídica. La conducta del obligado es, por consiguiente, en este caso, determinada *genéricamente*.

(2) Especialmente por Kohler, *Prozess als Rechtsverhaltniss, Deutschen Juristenzeitung*, 1887, pág. 132 y siguientes. También página 42, y *Der Sogenannte Rechtsschutzanspruch*, páginas 221 y 223, y por Bülow, *Klage und Urteil*, págs. 12 y sigs.

confirmación nueva en la dificultad inextricable en que chocan todas las demás concepciones que le han sido opuestas en Alemania y en Italia. Y ante todo, aquella que cuenta mayor número de partidarios y de los más prestigiosos; esto es la teoría del *Rechtsschutzanspruch*, la cual, derrotada por Bülow y por Kohler, continúa defendiéndose vigorosamente, pero sin que pueda escapar a este dilema, o identificar el derecho concreto a la protección jurídica con el derecho abstracto de proceder, o confundirlo con el derecho subjetivo material. Tomemos, en efecto, el procedimiento declarativo en que la cosa parece evidente; aquí no sólo surge con la demanda judicial un derecho a la sentencia favorable, sino también con la clausura del estudio del asunto, si bien solamente cuando el juez se ha formado una convicción determinada sobre la materia de que se trata. Sólo en este momento, esto es, cuando el procedimiento está acabado, surge el derecho, o para el actor, de ver admitida su demanda, o para el demandado de verla rechazada. El derecho a una determinada sentencia surgiría, pues, como observa muy bien Chiovenda (1), en un momento que el titular no puede conocer; y añadamos nosotros: cuando es conocido ya ha sido satisfecho. Lo que significa que no existe nunca como derecho. Y entonces, ¿qué queda del derecho a la tutela jurídica? ¿Qué derecho se hace valer durante el procedimiento? Puesto que no se hace valer el derecho a una determinada senten-

(1) *La acción en el sistema de los derechos.*

cia, ya por parte del actor, ya por parte del demandado, lo que se hace valer no puede ser evidentemente sino o el derecho abstracto de proceder correspondiente a ambos, o el derecho subjetivo material (el derecho afirmado por el actor, el derecho de libertad para el demandado), correspondiente a aquel que tiene razón (1). Y si, rechazada la primera solución, como hacen enérgicamente los autores del *Rechtsschutzanspruch*, los cuales, por el contrario, suelen quejarse de ver confundida su teoría con la del derecho abstracto a proceder (2), nos acogemos a la segunda, y consideramos el derecho de acción como un accesorio, una pertenencia del derecho subjetivo; ¿cómo se explica la facultad de exigir del Estado actos de la función jurisdiccional, aun en quien no tiene derecho? (3). Y en cuanto al

---

(1) Ya Kohler había opuesto implícitamente a la teoría del *Rechtsschutzanspruch* el dilema a que nos referimos en el texto, cuando después de haber notado que esta *das Prozessrecht dem Zivilrechte dienstbar macht* (hacía siervo al derecho civil del derecho procesal) añadía: "decíamos que no existe un derecho a la tutela jurídica; pero si existiese, según toda la lógica del procedimiento, debería ser un derecho abstracto" *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, pág. 217 y 220).

(2) De tales lamentaciones está lleno el último libro de Helwigg, *Klagerecht und Klagmoglichkeit*, Leipzig, 1905. Véase especialmente págs. 4, 6, 7, 8, 9 y 10.

(3) Esta pregunta ha quedado sin contestación por los autores del *Rechtsschutzanspruch*, que se contentan con afirmar, que si el actor no está autorizado a la acción, el demandado tiene un derecho de acción para la declaración de la falta de derecho del actor (Helwigg, *Klagerecht und Klagmoglichkeit*, páginas 47 y 50). Es un hecho que el actor tiene derecho a una prestación por parte del juez (sentencia) aun cuando no esté auto-

que tiene derecho, la mejor prueba de que no existe un derecho suyo a la tutela jurídica, la suministra el hecho de que no existe una obligación del juez de decidir a favor del que tiene derecho (que presupondría la posibilidad de conocer la verdad objetiva, mientras que el juez, como cualquier otro hombre, debe contentarse con la certeza, o sea con la verdad subjetiva); sino sólo existe una obligación de decidir, según la convicción que él se formó según los resultados del procedimiento (1).

37. Este laberinto de dudas (a las cuales podrían añadirse otras), en el cual se pierde la doctrina del derecho a la tutela jurídica, explica muy bien el por qué algunos han intentado ir por otro camino, en primer lugar, la tentativa de Kohler de construir las relaciones procesales, como simples relaciones entre las partes, fuera de toda relación entre *las partes y el Estado*. Para Kohler no existe ningún derecho público de proceder: ni existe, en general,

---

rizado a la acción, y que el mismo derecho tiene el demandado, aun cuando al actor esté autorizado (así por ejemplo: si el demandado no acepta la renuncia de los actos del juicio: art. 343, Código procesal civil, y sobreviene una sentencia que acoge la demanda del actor). Y este derecho a la sentencia del actor y del demandado, independientemente del derecho material es lo que hace falta explicar y el que la teoría del *Rechtsschutzanspruch* no explica. El problema, propuesto por Degenkolb, *Einlassunswang*, páginas 4 y sig., en 1877, está aún por resolver.

(1) Así justamente Chiovenda, *La acción*, pág. 127 Véase también Cód. proc. civ., art. 270, y Kohler, *Prozess als Rechtsverhaltniss*, pág. 29. Es poco, por lo tanto, decir, como lo hacen Bülow y Weismann, que el juez debe juzgar según los resultados del procedimiento.

un derecho de acción como derecho autónomo: hay sólo la facultad, correspondiente a cualquiera, y comprendida en el derecho a la integridad de la propia personalidad, de poner en acción actos jurídicos procesales, y en especial la demanda judicial, verdadero negocio jurídico, por efecto del cual el adversario es colocado en una situación jurídica, aun contra su voluntad (1). Pero también este remedio heroico de concebir la acción, no como un *derecho*, sino como un *hecho jurídico*, y precisamente como un negocio jurídico (demanda judicial), que cada cual puede realizar en virtud de su *derecho de personalidad*, está muy lejos de disipar todas las dudas y de fundar sobre una base inconmovible la construcción de las relaciones procesales. Esta concepción del procedimiento como una forma más perfeccionada de defensa privada (2) tiene el defecto fundamental de dejar completamente en la sombra la condición jurídica del Estado en el ejercicio de su función jurisdiccional. No basta decir que el Estado presta la tutela del derecho "en cumplimiento de sus deberes estatales": toda actividad del Estado es cumplimiento de sus deberes; pero el Estado puede cumplir sus deberes de diversos modos. Cumple sus deberes el Estado de policía y el Estado de derecho; y el mismo Estado de derecho cumple sus deberes cuando ejerce, sin limitación alguna ni fiscalización jurídica, la función legislativa, y cumple sus de-

---

(1) Kohler, loc. cit.

(2) Precisamente este es el concepto de Kohler, *Prozess als Recht...*, pág. 6.

beres cuando llama a participar a los ciudadanos a la vida del Estado, mediante el ejercicio del voto (para citar un caso en que Kohler mismo reconoce la existencia de un derecho subjetivo público). Debemos, pues, suponer, por vía general, posible que la voluntad individual sea reconocida como decisiva frente al Estado respecto al ejercicio de las funciones estatales, o, en general, respecto al ejercicio de la actividad estatal, que es como decir —debemos reconocer, con la gran mayoría de los publicistas modernos—, la existencia de derechos públicos subjetivos del ciudadano frente al Estado (1). Y si no se niega la verdad de este principio, que es la conquista preciosa del derecho público moderno, no se puede desconocer que existe un derecho del ciudadano frente al Estado y una obligación del Estado frente al ciudadano, allí donde el ejercicio de una función estatal se hace depender de la voluntad del individuo. Este es el caso de la función jurisdiccional civil. Si como dice Kohler (2), "cuando se ha desplegado la autodefensa, el Tribunal entra como tercer factor e interviene en el procedimiento, no sólo como espectador fiscal, sino mediante actos jurídicos, enérgicos y profundamente decisivos, los cuales, en último término, determinan el éxito de los actos de las partes" esto significa dos co-

---

(1) Por tanto, es justa la objeción hecha a Kohler por Schmidt de que su teoría es la negación del Estado jurídico y también "la aplicación de la teoría del absolutismo al procedimiento civil".

(2) *Prozess als Rechtsverhaltniss*, pág. 6.

sas: ante todo, que los efectos jurídicos, los cuales se producen en cada una de las partes en el procedimiento, derívanse precisamente de los actos del Estado, que son los únicos *decisivos y determinantes* para tales efectos; luego que la intervención del Estado está subordinada precisamente a "que se desarrolle la autodefensa", o sea que el ejercicio de esta función estatal se hace depender de la voluntad individual. Pero esto equivale a decir que no hay relaciones *directas* entre las partes, sino sólo entre las partes y el Estado, y que existe en el particular un *derecho* al ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado. Porque tener la facultad de exigir de los demás una determinada conducta, y en especial, el ejercicio de una determinada actividad, y tener un derecho subjetivo no es sino una sola y misma cosa. Esto no es negar que la concepción de Kohler sea admisible frente a la lógica abstracta; pero corresponde a un estudio de la evolución jurídica, que no es el actual. Ciertamente en teoría es posible un sistema, en que las partes hagan valer sus derechos en una lucha directa, a que el Estado asista con una función simplemente inspectiva o fiscal: en tal caso, no tendríamos más que una forma más perfeccionada de defensa privada, como así lo confiesa el mismo Kohler. Pero en el derecho moderno las cosas no marchan de este modo, la lucha *material* o *directa entre las partes* está eliminada: toda la contienda judicial consiste hoy en los esfuerzos de cada una de las partes para obtener la ayuda del Estado; la actividad de cada una de las partes no repercute sobre la

otra sino *indirectamente*, en cuanto tiende o consigue provocar la actividad del Estado hacia ella. Y es natural: la prohibición de la defensa privada significa la prohibición de la lucha directa y substitución de la lucha directa por la lucha judicial, por la intervención del Estado en su propia ventaja. Pero obsérvese (lo que se le ha escapado a Kohler, el cual insiste largamente sobre el concepto del procedimiento *como lucha entre las partes)* (1), que el concepto de *lucha* o de *contienda* no es un *concepto jurídico*, ni una *relación de lucha*, es una *relación jurídica*. La lucha es, de por sí, una relación *de puro hecho*, que no puede nunca ser jurídica: es el conflicto entre dos fuerzas, cada una de las cuales trata de sobrepujar a la otra; pero precisamente porque todo el derecho tiene por fin evitar y componer estos contrastes de hecho, el concepto de lucha y el de derecho son entre sí antitéticos. Por lo tanto, cuando se habla de *lucha* o de *contienda judicial*, no se quiere decir que haya una *relación jurídica de lucha* entre las partes, lo que sería contradictorio, sino que las partes se encuentran, *de hecho*, en lucha entre sí, en el desarrollo de sus relaciones jurídicas con el Estado. La *existencia de una lucha*, aun cuando sólo sea ideal o indirecta entre las partes, es la mejor prueba de que *no existen relaciones jurídicas* entre las partes.

38. No da lugar a menores dudas la doctrina que por varios modos se relaciona con ésta, según la cual, tampoco

(1) *Prozess als Rechtverhaltniss*, pág. 9.

habría en el procedimiento relaciones entre las partes y el Estado, sino sólo relaciones entre las partes. Pero tales relaciones dependerían no de actos jurídicos puestos en acción por virtud del derecho de personalidad, sino del ejercicio del derecho de acción, concebido como un derecho potestativo (derecho del poder jurídico, Kann-Recht), consistente en la facultad de poner en vigor las condiciones para la actuación del derecho objetivo, y, por consiguiente, no como un derecho a determinados actos del juez, sino a los efectos de tales actos (1). En primer lugar, todo lo que se ha dicho contra la teoría anterior, respecto a la afirmada inexistencia de relaciones entre el Estado y los particulares, en dependencia de sus funciones jurídicas, se puede también decir de esta nueva concepción que tiene de común con aquella dicha aserción fundamental. También para los autores de esta doctrina, la demanda judicial determina la obligación del juez de examinar la demanda y de fallar con arreglo a este examen; pero, se afirma, ésta es una obligación del juez con respecto al Estado, no una obligación del Estado, representado por el juez, con la parte (2). Pero que se trata precisamente de una obligación del juez como órgano del Estado, con la parte, lo demuestra el que la obligación del juez depende precisamente de la voluntad de la parte. Ahora bien, cuando la voluntad de un sujeto es árbitro de la prestación de una determinada actividad, por parte de otro sujeto, quie-

(1) Chiovenda, loc. cit. Weismann, id.
(2) Idem, id., id.

re decirse, en pocas palabras, que aquel sujeto tiene sobre el otro derecho a tal actividad. Hay en el derecho público muchos casos, en que los sujetos físicos que revisten la calidad de órganos del Estado, no tienen, en el círculo de sus funciones delegadas, otras obligaciones que con el Estado (1), y en las cuales, por tanto, las normas que rigen su actividad son puestas en el exclusivo interés del Estado; en estos casos, sin embargo, no se reconoce a los particulares la posibilidad de determinar, con su voluntad, aquella actividad; entonces el interés del Estado podría ser tutelado indirecta u ocasionalmente; pero faltando una tutela independiente de un interés individual, falta un verdadero derecho subjetivo del individuo frente al Estado. Cuando, por el contrario, como en nuestro caso, se reconoce eficacia jurídica a la voluntad individual para el ejercicio de una determinada actividad por parte de los órganos del Estado, no hay duda que estamos en presencia de un interés individual tutelado independientemente, o sea de un derecho subjetivo del particular para con el Estado.

Pero además de estas objeciones a que la doctrina en examen está expuesta, al par que la de Kohler, se le pueden oponer otras mucho más graves, respecto a la construcción de la acción como un derecho del poder judicial o

---

(1) Si no hay relaciones jurídicas entre el órgano como tal y el Estado, porque el órgano no es un sujeto de derechos del Estado, sino que forma parte del Estado, hay, sin embargo, relaciones entre el portador de la calidad de órgano (*Organtraeger*) y el Estado (Jellinek, *Doctrina general del Estado*).

derecho potestativo. Estamos convencidos de la absoluta impropiedad técnica del concepto del derecho potestativo, y de su ninguna utilidad para la construcción de la acción como derecho subjetivo. Derecho potestativo o derecho del poder judicial, no es más que un derecho subjetivo, que carece del elemento de la pretensión, y se resuelve en una pura facultad; es una facultad del sujeto, a la cual no corresponde ninguna obligación por parte de otro, sino sólo la necesidad de sufrir los efectos jurídicos producidos por el ejercicio de aquella facultad (1). Pero con esto se afirma (lo que para nosotros es inadmisible) la existencia de un derecho a que no corresponde ninguna obligación, y, por consiguiente, de una relación jurídica constituída por un solo término. Por tanto, aquí no está sólo en pleito el concepto de acción, y tampoco el del derecho subjetivo, sino el concepto mismo del derecho. Nadie ha dudado hasta ahora que el derecho sea ordenación de relaciones humanas mediante normas de conducta que tienen particulares caracteres. No hay acuerdo, es verdad, en la determinación de qué particularidades tenga el derecho como norma de conducta. Pero nadie niega que el derecho sea una norma de conducta. Y si el derecho es una norma de conducta, no puede obrar de otro modo que prescribiendo a aquellos que están sujetos a él una determinada conducta, o sea imponiendo obligaciones. Por consiguiente, la necesidad de que toda relación jurídica contenga una obli-

(1) Zitelmann. Weismann, Helwigg; Chiovenda, loc. cit.

gación, derívase de la naturaleza misma del derecho como norma de conducta; de sus demás particulares caracteres (en especial de la irrefragable obligatoriedad y de la coercibilidad de la norma) se deriva el otro elemento de la relación, esto es, el derecho subjetivo. En efecto, se concibe una norma (pero no una norma jurídica) que imponga sólo deberes (por ejemplo: la norma moral), pero no se concibe una norma de cualquier especie que sea que confiera sólo derechos. Esta exigencia lógica repercute y no podría ser de otra manera, sobre el concepto del derecho subjetivo. Como interés jurídicamente protegido, el derecho subjetivo implica la existencia de la obligación a una determinada conducta, la protección concedida al interés de un sujeto, supone la posibilidad de que este interés sea violado por el acto de otro sujeto (la defensa supone la posibilidad de la ofensa), y consiste precisamente en la orden impuesta a aquellos cuyos intereses estén con aquél en conflicto, de concurrir, con su acción negativa o positiva, a su satisfacción. Y dígase lo mismo de la concepción del derecho subjetivo como señorío de la voluntad reconocido o concedido por el ordenamiento jurídico. El concepto de señorío, de potestad, indica una relación; señorío de una voluntad, significa predominio de una voluntad sobre otra. Ahora bien, cuando este señorío es un señorío jurídico, esto es, conferido por el derecho, presupone necesariamente una norma que imponga a otros una determinada conducta.

Derechos, pues, a que no corresponde ninguna obligación, no existen; existen sí facultades, contenidas en dere-

chos subjetivos, a que no corresponde una particular obligación, sino sólo la obligación determinada en modo genérico que corresponde al derecho de que forman parte. Todos los llamados derechos potestativos son facultades de este género. La particularidad que puede inducir a engaño sobre su naturaleza, es ésta: hay casos en que el ejercicio de un derecho subjetivo supone un preliminar y deliberado acto de voluntad del titular, por el cual éste afirme o declare de un modo más o menos solemne que quiere ejercer su derecho; a veces también la existencia y la legalidad de este acto deben ser acreditadas por un fallo del juez. Generalmente sucede esto cuando existe un acto jurídico o un estado jurídico viciados por causas de nulidad o de ilegitimidad, pero que deben ser reconocidos judicialmente; en este caso, de tales actos y estados jurídicos derívanse derechos subjetivos también inficionados de causas de ilegitimidad, pero que hasta que la anulación del acto o la cesación legal del estado no se verifica, impiden que otros derechos subjetivos puedan hacerse valer (1), y, por tanto, el titular de estos últimos debe, para poder ejercitarlos, provocar la anulación de aquellos actos o la ce-

(1) Este es el caso de los llamados derechos de impugnación de Zitelmann, *Intern., Privatrecht*, II, págs. 32 y sig. (derecho de impugnar contratos, testamentos, matrimonios, etc.) Véase sobre esta facultad Chiovenda, loc. cit. No incluímos aquí la facultad de impugnar una sentencia mediante apelación u oposición, porque en estos casos hay más bien el derecho a una segunda sentencia sobre el mismo punto, que el derecho de hacer anular la primera.

sación de aquellos estados. Análogos son aquellos casos en que existe un acto jurídico, no nulo, o un estado jurídico, no ilegítimo, pero que puede faltar por voluntad de una persona determinada; también de estos actos o estados pueden nacer derechos que impiden el ejercicio de los derechos de tal persona, la cual debe, por tanto, para ejercitarlos, provocar su cesación, ya sea que baste una simple declaración de voluntad, ya que se necesite además un fallo del juez (1). Otras veces se presenta la hipótesis pura: de un derecho, cuyo ejercicio está subordinado a una previa declaración del titular de querer ejercitarlo (2). En todos estos casos estamos en presencia de un derecho subjetivo, cuyo ejercicio depende de un simple acto de volun-

---

(1) Entre estas facultades se enumeran: la de pedir la separación personal (cesación parcial de los efectos del matrimonio) y la separación de la dote; la de revocar el mandato, de salir de una sociedad y de pedir su disolución, de denunciar un contrato, de revocar una donación; de recobrar la cosa vendida mediante la restitución del precio (retracto) (Zitelmann.—Chiovenda).

(2) Ejemplos en que el ejercicio de un derecho está subordinado a una previa declaración de quererlo ejercitar son *a*) la aceptación de la herencia, para hacer valer la calidad de heredero (en efecto, la calidad de heredero no se adquiere con la aceptación sino con la delación de la herencia) (arts. 925 y 933 Código civil) y la facultad de aceptar prescribe, juntamente con los derechos, de los cuales el acto preliminar de ejercicio, a los treinta años: igualmente la facultad de renunciar a la herencia no es sino la facultad de renunciar a los derechos hereditarios: la posibilidad de una renuncia es aquí otra prueba de la existencia de derechos: cfr. Filomusi-Guelfi, *Derecho hereditario.*—Chiovenda, *La acción.*

tad. Pero ya hemos visto que en esta situación el derecho existe desde que existe la posibilidad de ejercitarlo, y por esto la declaración de querer ejercitar un derecho de tal género es ya ejercicio del derecho. De donde lógicamente se deduce la consecuencia de que la facultad de hacer aquella declaración no es un derecho en sí, sino que forma parte del contenido de aquel derecho.

De estos derechos latentes, cuyo ejercicio presupone un especial acto de voluntad del titular, hay muchísimos ejemplos, y el desarrollo de las formas contractuales, especialmente en el campo del derecho privado, va creando otras continuamente: así en los contratos de suministro, en los de abono, en los de apertura de crédito, en los depósitos bancarios, etc., se puede estipular la obligación, por una parte, de prestar cosas o servicios a demanda de la otra. También en la concesión de servicios públicos por parte de la administración del Estado o de las entidades autárquicas, se suelen insertar cláusulas que confieren a los particulares el derecho de obtener la prestación del servicio en condiciones preestablecidas a su demanda. Como quiera que se construyen estas relaciones (aun si, por algunas de ellas, la facultad del derechohabiente se concibe como un puro derecho a contraerse) siempre existe un derecho, cuyo ejercicio implica una previa declaración de voluntad del titular, y una obligación que no se hace actual sin aquella declaración.

A esta categoría de derechos latentes pertenece también el derecho de acción, como todos los derechos civiles;

por esto, la facultad comprendida en él, de iniciar su ejercicio mediante oportuna declaración expresa de voluntad, ha podido ser cambiada en un derecho autónomo, y precisamente por un llamado derecho potestativo.

39. El derecho de acción es, pues, un derecho subjetivo público del ciudadano con el Estado, y sólo con el Estado (1), que tiene por contenido substancial el interés secundario y abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos, que la incertidumbre o la inobservancia de la norma válida en el caso concreto pueden oponer a la realización de los intereses tutelados. Objeto de este derecho es la prestación por parte del Estado de su actividad jurisdiccional para la declaración del derecho incierto y para la realización forzosa de los intereses cuya tutela es cierta. Esto explica muy bien cómo no siempre la acción es un derecho y un acto determinado y favorable, sino que puede, en algunos casos, ser simplemente un derecho a un acto del Estado, independientemente de su contenido. Esto sucede en el procedimiento de declaración. Aquí el interés, que forma el contenido del derecho de acción, es obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en el caso concreto, y no la declaración del derecho en una forma más que en otra. En la cadena de los fines del actor, el de obtener una sentencia favorable, es el fin remoto, que no es tomado en consideración en mo-

(1) No, por consiguiente, con la otra parte también, como quieren Degenkolb y Plósz.

do alguno por el derecho; y el objeto próximo, esto es, el interés que únicamente tutela el derecho es el de tener una sentencia, esto es, la declaración de una relación incierta. Sólo de este modo se explica cómo el derecho de acción puede corresponder también a quien no tiene el derecho material, y sólo así puede darse al procedimiento una base autónoma, independiente del derecho privado.

La razón íntima de esta autonomía está precisamente en la naturaleza secundaria o abstracta del interés que forma el contenido substancial del derecho de acción.

Es de observar que en algunos casos el derecho de acción puede tener por contenido un interés terciario, es decir, el interés para que el Estado declare la tutela que en el caso concreto garantiza un interés secundario. Puede suceder, en efecto, que la existencia misma de un derecho de acción aparezca incierto o que aparezcan inciertos sus límites, y como esta incertidumbre no puede eliminarse *a priori*, surge un interés a esta declaración que el derecho procesal también tutela. En este caso hay un derecho de acción secundario, esto es, un derecho a la declaración de la tutela que el derecho concede a los intereses secundarios tutelados por el derecho, debe ser también tutelado el interés a la declaración de esta tutela.

Queriendo por esto dar un concepto del derecho de acción que comprenda todos los casos posibles, es preciso decir qué es "el derecho para con el Estado a la declaración de la tutela jurídica correspondiente a determinados intereses (materiales y procesales, o sea, primarios y se-

cundarios) y a la realización forzosa de aquellos cuya tutela sea cierta". Así queda probado que el derecho de acción (al menos como derecho a la declaración de relaciones procesales) corresponde a todo sujeto de derechos como tal, independientemente de todo otro supuesto (1).

---

(1) V. Supra. Lo que decimos en el texto sobre la estructura del derecho de acción nos permite explicar qué es el llamado "interés en proceder", el cual, por el art. 36, C. p. c., es condición para proponer una demanda en juicio y para contestarla (cfr. también art. 201, C. p. c.) Según la doctrina dominante, el interés en el procedimiento es la utilidad que al titular del derecho subjetivo se deriva de provocar a favor de él la tutela jurisdiccional (así, substancialmente: Mattirolo, Mancini, Pisanelli y Scialoia, Schmidt, Helwigg, Stein). Pero esta doctrina tiene el defecto de concebir la acción siempre ligada al derecho subjetivo, ya constituya una cualidad (en cuyo caso sería el derecho material más el interés en proceder), ya constituya un derecho medio para su tutela y actuación. Pero, ¿qué es entonces el interés en proceder en una concepción de la acción como un derecho autónomo, independiente del derecho material? No es otra cosa que el elemento substancial del derecho de acción, es aquel interés que, tutelado jurídicamente por el derecho procesal objetivo, constituye el derecho de acción. Y ya hemos visto cómo tal interés es precisamente el interés a la declaración por parte del Estado de la tutela jurídica correspondiente a un determinado interés y a la realización del interés cuya tutela jurídica sea cierta. El interés en proceder, es, pues, el interés secundario y abstracto, de que hemos hablado ampliamente, en cuanto en los casos particulares es referido a un interés determinado, concreto. Este último puede ser, por tanto, un interés material o primario, como, a su vez, un interés procesal y secundario: pero siempre es necesario que haya tal referencia: no otra cosa quiere decir el art. 36, C. p. c. Y es perfectamente lógico que en los casos particulares se exija la referencia del interés abstracto y secundario que forma el interés substancial del derecho de acción a un determinado interés concreto, porque aquel interés abstracto no es fácilmente

Se comprende así cómo, en este sentido, un derecho de proceder no corresponde solamente al actor (esto es, a aquel que primeramente promueve la actividad jurisdiccional para la declaración de una relación incierta), sino también al demandado. También éste tiene derecho a pretender del

---

concebible, sino referido a un determinado interés concreto. Es superfluo advertir aquí que puede funcionar de interés concreto o primario un interés procesal, esto es, a su vez secundario, respecto a otros intereses. El decidir luego, en cada caso particular, cuando existe el interés secundario, de que hablamos, y por tanto, cuando hay derecho de acción, es cuestión de hecho que se resuelve por el juez en cada caso (justamente por esto Wach, *Feststellungzanspruch*, observa que en este punto el arbitrio del juez tiene ancho campo de acción). Como criterio general puede darse éste: existe el interés secundario a la declaración de la tutela correspondiente a un determinado interés, o a la realización de un determinado interés, cuya tutela sea cierta, cuando tal declaración o tal realización produzcan una utilidad actual para el titular de éste: la utilidad, por consiguiente, se refiere al efecto del acto jurisdiccional exigido (en este sentido Mortara, *Comm.*) Este interés no es —como se afirma en Alemania— un supuesto de la tutela jurídica, o un supuesto de la acción, es decir, una condición para obtener una sentencia favorable (así Helwigg.—Stein), sino una condición para obtener una sentencia sobre la relación, cuya declaración se pide. Si, en efecto, el derecho de acción (en el procedimiento declarativo) es derecho a la existencia, la existencia de uno de sus elementos, esto es, el interés en proceder, no puede ser sino una condición para obtener la sentencia. Lo que se debe notar, por el contrario, es que, si la falta de interés en obtener la declaración de una determinada relación impide al juez fallar sobre dicha relación, y, si por consiguiente, quien no tiene interés en la declaración de una determinada relación material, no puede obtener una sentencia sobre el fondo, no se puede negar, a quien quiera que sea, un interés en obtener una sentencia sobre esta cuestión: si tuviere interés en la declaración de una determinada relación

juez la prestación de su actividad para la declaración de la relación jurídica (art. 345, Código procedimiento civil). También él tiene, en efecto, interés en que se declare aquella relación; de la existencia o no existencia de la relación

---

material. Por tanto, el que tiene derecho a obtener una sentencia que declare si existe o no existe en él el interés a la declaración de un determinado derecho material. Y se comprende cómo es esto. El derecho de acción, como derecho abstracto y general, de obtener de los órganos jurisdiccionales la declaración de la tutela jurídica correspondiente a un determinado interés, comprende la posibilidad de obtener tal declaración respecto a todos los varios intereses tutelados en abstracto: pero a condición de que se demuestre que el sujeto tiene interés en esta determinada declaración. Para todos estos diversos intereses, materiales y procesales, el interés en la declaración de la tutela que les corresponde debe ser demostrado por quien pide la declaración: el único interés para el cual no es necesaria tal demostración, porque es evidente y está contenido *in re ipsa*, es el de obtener una sentencia que acredite el interés de proceder en la demanda propuesta. Esto, al mismo tiempo que confirma la opinión expresada en el texto de que el derecho de acción, entendido en su significado más amplio y exacto de derecho a la prestación de la función jurisdiccional por parte del Estado, corresponde a cada sujeto de derecho como tal, demuestra que el interés en el procedimiento se refiere a los actos jurisdiccionales particulares que se piden, ninguno de los cuales puede ser obtenido si no concurre aquel particular interés, pero esto no implica que no puedan ser obtenidos en este caso otros actos jurisdiccionales. Por tanto, no sólo es inexacto afirmar que el interés en proceder (o interés jurídico, como dicen los alemanes) es el supuesto de una sentencia favorable, sino que también es inexacto decir genéricamente que el interés en proceder es condición para obtener cualquier clase de sentencia: es preciso, por el contrario, poner en relación el interés en proceder con la sentencia requerida, y decir que el interés en obtener la declara-

en cuestión depende la existencia o no existencia de un vínculo a su libertad, y depende, por tanto, la delimitación exacta del alcance concreto de su derecho de libertad. La existencia de un interés suyo abstracto y secunda-

---

ción de una determinada relación es condición para obtener una sentencia sobre la existencia o no existencia de esta relación.

El interés a la declaración de una determinada relación es evidente, cuando el que allí figura como obligado rehusa u omite observar aquella conducta a la cual, en virtud de la dicha relación, estaría obligado. En este caso, habiendo quedado sin satisfacer el interés, cuya tutela jurídica se trata de acreditar, es claro el interés de su titular en esta declaración, primer paso (algunas veces suficiente por sí sólo) para obtener la satisfacción deseada. En este caso, la declaración es exigida como preparación a la ejecución forzosa, y, juntamente con la declaración se pide, por vía subordinada, una orden de cumplimiento, en el caso de pronunciamiento favorable. Tenemos entonces una acción que tiende a la condenación o acción de prestación como suele decirse. Para esta acción es necesario, pues, que quien figura como obligado haya omitido tener aquella actitud a la cual, según la relación alegada, habría estado actualmente obligado.

Pero puede darse el caso también en que se tenga interés en la declaración de una determinada relación, aun sin que tal declaración sirva de preparación a la ejecución. Puede darse, en efecto, el caso que el único estado de incertidumbre de una relación produzca daño a alguno, sin que el obligado haya omitido o rehusado adoptar aquella actitud a que la relación le obliga. En este caso hay interés en la mera declaración, y la declaración, de por sí, satisface este interés. Existe entonces una acción que tiende no a la declaración como preparación a la ejecución forzosa, sino a la declaración *simpliciter*: se suele hablar entonces de una acción de declaración (mejor dicho a nuestro juicio: acción de simple declaración, porque también la acción de prestación es principalmente acción de declaración, sólo que en ella se da además la súplica de una orden de prestación; si la

rio, necesitado de tutela, no es, pues, susceptible de ser contestado; lo tiene al igual del actor, y lo mismo que en el actor debe ser tutelado en él; lo único que es distinto

---

acción de prestación o de condena tiende a la declaración, para un fin ulterior, esto no quita que tienda a la declaración). Como en la acción en general, también en la acción de simple declaración se hace valer una pretensión ante el Estado, no para con el adversario: y esto es más evidente en la acción de simple declaración donde es claro que nada se pretende del adversario, por no existir una obligación general al reconocimiento expreso de los derechos ajenos (de aquí lo vano de todas las tentativas de construir la acción de simple declaración sobre la base de una pretensión contra el adversario, sobre las cuales véase Chiovenda). La pretensión que se hace valer hacia el Estado en la acción de simple declaración es en aquélla pura y simple de la declaración de una relación o de un Estado jurídico. El acto por el cual el Estado satisface esta pretensión, es la sentencia en su tipo más genuino, o sea un acto que es sola y exclusivamente una sentencia (sentencia de pura declaración). La necesidad de la contradicción en el proceso de simple declaración mismo (sobre lo cual insiste, por ejemplo, Plósz), no implica que la acción declarativa contenga la pretensión de alguna cosa del adversario (como por lo demás tampoco contiene una pretensión contra el adversario la acción de prestación); sino que depende solamente de que el Estado, para ejercitar mejor su función de declaración de un derecho, quiere la participación en el juicio del que puede tener interés en una declaración negativa. La necesidad de esta participación existe en todo proceso (principio de la contradicción): la diferencia entre el caso de una acción de pura declaración y la de una acción de prestación está en que, en este último la persona del contradictor está individualizada naturalmente en aquél, contra el cual se exige la orden de prestación; mientras en el primero la individualización es menos evidente; genéricamente puede decirse que la persona del contradictor se determina en el que tiene el mismo interés en la declaración negativa (aplicación a las cuestiones de Estado en Co-

en él y en el actor es el interés concreto a que se refiere (en el actor el derecho afirmado, en el demandado el derecho de libertad). Pero este interés constituye el fin remoto de la acción, que no es tomado en consideración por el derecho procesal, mientras que el interés abstracto y secundario, que es el objeto próximo, es común al actor y al demandado.

40. De todo lo dicho resultan claras las diferencias entre nuestra concepción y la de los demás escritores, que más o menos abiertamente consideran la acción como un derecho abstracto, correspondiente a todo sujeto de derechos como tal, y no a los sujetos de determinados derechos materiales. Nos separamos de los fundadores de la doctrina del derecho abstracto de proceder, Degenkolb y Plósz, en cuanto no concebimos, como ellos, la acción como un derecho

---

viello); con frecuencia es la ley misma la que expresamente determina el contradictor (ejemplo: arts. 161, 167, 168, 177 y 178 Código civil, sobre los cuales véase Coppa-Zuccari, *Las acciones de filiación legítima*).

Pero, ¿cuándo puede decirse que hay interés en la simple declaración de una relación o de un estado jurídico? No son fáciles de dar criterios generales en esta materia en que, como hemos dicho, hay que dejar mucho a la apreciación del juez (cfr. Chiovenda): sólo se puede decir que tiene interés en la simple declaración de una relación quien de la mera incertidumbre del derecho recibe un daño (cfr. Weismann): por consiguiente, el interés en la acción de pura declaración debe ser tal, que con la simple declaración sea satisfecho (Wach, Schmidt, Weismann, Chiovenda). En la acción de pura declaración negativa, que en substancia desarrolla el demandado al defenderse, el interés le crea el hecho sólo de la demanda del actor: Chiovenda, Helwigg, Simoncelli, Mesina.

hacia el juez y con el demandado; con el primero a la sentencia, y con el segundo a su cooperación para la consecución de la sentencia; sino que consideramos la acción solamente como un derecho con el Estado, y por lo mismo contra los órganos de la función judicial (jueces y demás oficiales judiciales). No admitimos, por tanto, la existencia de relaciones procesales entre las partes, sino sólo de relaciones entre las partes y los órganos jurisdiccionales. Las obligaciones procesales de las partes son obligaciones con el Estado, no con la otra parte. En efecto, si la acción es un derecho subjetivo público y las relaciones procesales son relaciones de derecho público, como afirman los mismos Degenkolb y Plósz (1), es imposible que los dos términos de la relación sean dos particulares. Un derecho de un particular hacia otro particular, una relación jurídica entre particulares, no son por esto solo ni un derecho público, ni una relación de derecho público; el derecho público supone siempre el Estado, o como titular o como sujeto de la obligación; una relación de derecho público no puede existir entre particulares, sino sólo entre un particular y el Estado (2). También nos separamos de

---

(1) Degenkolb, *Einlassungswang*, Plósz, *Beitraege*.

(2) La idea de que la acción sea un derecho contra el adversario, idea obvia a primera vista, tiene su razón de ser en el hecho de que, en realidad, el fin del actor es el de provocar la actividad jurisdiccional del Estado contra el adversario. Pero esto significa solamente que del ejercicio de este derecho derivan indirectamente efectos también para la persona del adversario, no ya que haya una relación jurídica procesal entre el

Degenkolb en cuanto a la necesidad afirmada por él, de un cierto estado de ánimo en el titular del derecho de acción (buena fe); porque vemos que cada cual puede provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales, sin el concurso de ninguna condición preliminar, debemos concluir, que ninguna condición especial subjetiva u objetiva es necesaria para obtener de los órganos jurisdiccionales la declaración de una relación procesal o material incierta o la realización forzosa de un interés, cuya tutela esté acreditada. La abolición del *iuramentum calumniae* y de las penas contra el litigante de mala fe demuestra que hoy también éste tiene derecho a proceder (1).

---

actor y el demandado. No existe un derecho contra una persona sino hacia una persona, puesto que el derecho es precisamente la facultad de pretender de alguna persona un acto determinado; pero el actor no tiene hacia el demandado ninguna facultad de pretender de él un acto determinado en el procedimiento. El concepto que queda expuesto encuentra una confirmación en el lenguaje común: cuando se habla de la acción con referencia al adversario, no se habla nunca de un derecho de acción, sino de una acción simplemente; no se dice ejercitar el derecho de acción contra alguna persona, sino proceder contra alguna persona; lo que significa que el derecho de acción no se refiere al adversario, sino el hecho de proceder, y precisamente porque es el hecho de proceder, esto es, el ejercicio del derecho de acción contra el Estado, que repercute en el adversario. Obsérvese a este propósito también el significado genérico de la palabra "acción": derecho de acción no es más que el derecho de proceder, o sea derecho simplemente (todo derecho es derecho de proceder). La acción es, pues, el "derecho" por excelencia, o sea el derecho general y abstracto de hacer reales y concretos todos los derechos.

(1) Así Chiovenda, loc. cit.

Por otro lado, nuestra concepción se separa de la de Mortara. También este escritor afirma, a nuestro juicio correctamente, como punto de partida, la independencia del derecho de acción del derecho subjetivo material, aun cuando no deje de poner en relieve los nexos que intervienen entre el uno y el otro (1); también da a entender, aunque no lo afirma explícitamente, que la acción corresponde a todo sujeto jurídico, en cuanto su voluntad está enfrente de la de otro sujeto (2), conceptos en los cuales convenimos, como ya se ha visto. En lo que no podemos convenir con el insigne autor, es en su concepción del procedimiento y de la relación procesal como medio por el cual se constituye un derecho subjetivo y se garantiza coercitivamente (3). Que el derecho subjetivo "tiene por condición de vida el encuentro y el acuerdo de dos voluntades"; que "el derecho subjetivo no es una facultad sancionada solamente por la ley, sino que para ser reconocido y proclamado tiene necesidad de otra sanción, la de la voluntad del sujeto o de los sujetos que podrían tener interés en contradecirle", y, por consiguiente, que "mientras el juicio está pendiente, están enfrente dos pretensiones", ninguna de las cuales es derecho, pero de las cuales "lo llegará a ser la que obtenga la victoria final" no se puede absolu-

---

(1) Lo que no se ha dejado de hacer también varias veces en la presente obra y especialmente en los núms. 4 y 32.

(2) Mortara, *Comm.* Sobre el concepto de que el ejercicio de una acción presupone un choque de voluntades, véase las reservas hechas por nosotros, cap. I, pág. 16, nota.

(3) Mortara, *Comm.* II, pág. 542.

tamente admitir, sin admitir también que el concepto de derecho subjetivo no es un concepto jurídico, que el derecho subjetivo no consiste en la tutela concedida por el derecho objetivo para la satisfacción de un determinado interés, sino en la satisfacción de este interés ya acaecida. Esto equivale precisamente a afirmar que no existe la relación jurídica como tal, sino sólo la relación de hecho. Para nosotros, pues, la acción no es medio para la constitución de una relación jurídica, sino para la declaración de una relación incierta o para la realización de una relación acreditada (o mejor, para la realización de un interés, cuya tutela jurídica esté acreditada). Tampoco podemos convenir con Mortara, en cuanto considera como momento característico de la acción la opinión de poseer un derecho material que haya sido violado. Para nosotros, por el contrario, basta un interés en la declaración o en la ejecución forzosa para formar el contenido substancial del derecho de acción. El elemento subjetivo entra aquí, pero como entra en todo interés, esto es, no como opinión o creencia (o sea como manifestación de la actividad teórica), sino como voluntad (o sea como manifestación de la actividad práctica de la mente). Para que un *quid* sea interés de un determinado sujeto es necesario que sea perseguido por su voluntad, no juzgado por su inteligencia. Ni es necesario luego que haya afirmación de la violación de un derecho, pudiéndose dar acción sin que se alegue ninguna violación de derecho (así en la acción de simple declaración).

41. El derecho de acción, considerado en su conjunto, comprende una cantidad de facultades, reconocidas y disciplinadas por el derecho procesal objetivo, que se pueden agrupar en dos categorías:

a) Facultad de obtener del juez la declaración de relaciones de derecho material o procesal inciertas.

b) Facultad de obtener del juez y de los demás órganos de la jurisdicción (en especial, secretarios) actos de naturaleza ejecutiva para la preparación de la declaración y para la realización de los intereses procesales y materiales cuya tutela aparezca acreditada.

Concebimos, pues, el derecho de acción como comprendiendo en sí todas las facultades que corresponden a las partes en el procedimiento y el ejercicio de aquel derecho como comprendiendo todos los actos procesales de las partes (1). Y como la acción es al mismo tiempo derecho a

(1) De aquí se deduce qué función debe asignarse a la acción frente al procedimiento. La acción no es el procedimiento (así, por el contrario, Mortara, *Comm.*). La acción es el derecho de provocar del Estado el ejercicio de la función jurisdiccional, y, por consiguiente, de iniciar el procedimiento. Pero los nexos entre acción y procedimiento son muchos y estrechos. No sólo el ejercicio de la acción es condición para la iniciación del procedimiento, sino que los actos en que consiste aquel ejercicio son actos procesales, esto es, forman a su vez parte del procedimiento, como condición para que sean puestos en vigor los actos procesales de los órganos jurisdiccionales. Siendo el procedimiento, pues, el conjunto de los actos de los órganos jurisdiccionales y de los actos de las partes que constituyen ejercicio del derecho de acción, la acción es en verdad parte importante del procedimiento, porque comprende toda la actividad de las partes en el procedimiento, pero no es todo el procedimiento.

la sentencia y derecho a los actos ejecutivos (definitivos y provisionales), también los actos procesales de las partes que constituyen su ejercicio, son: actos con los que se obtiene la sentencia y actos con los que se obtienen providencias ejecutivas.

42. Determinado así el concepto de acción, nos será más fácil establecer la relación entre la acción y la sentencia.

Hemos observado varias veces que el derecho objetivo no sólo reconoce eficacia a la voluntad individual para el ejercicio de la función jurisdiccional civil por parte del Estado, sino que hace depender por lo menos generalmente de la voluntad individual este ejercicio. Lo que significa que el Estado debe prestar su actividad jurisdiccional, cuando la solicitan los particulares, pero que no puede ejercitarla cuando no se lo exigen. De aquí la máxima: *Nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio* (art. 35, Código procedimiento civil). Principio que no sólo es válido para el primer acto con que se ejercita el derecho de acción, sino para toda la serie de los actos, mediante los cuales este derecho se actúa a través de todo el proceso. La regla es, pues, que ningún acto jurisdiccional puede ser dictado sin la oportuna demanda; regla que sufre algunas excepciones en casos expresamente determinados por la ley.

Por esto mismo también la sentencia no sólo debe ser dictada cuando las partes la piden en las formas y condiciones exigidas por la ley, sino que no puede, por regla

general, ser pronunciada si no interviene una solicitud de las partes con arreglo a aquellas formas y condiciones. El derecho a la sentencia no sazona para las partes por la simple demanda judicial. Como acto de una de las partes la llamada demanda judicial, no es sino una súplica dirigida al funcionario judicial destinado para ello, para que ordene la comparecencia de la otra parte ante el magistrado para la declaración de una determinada relación material o procesal; también debe desarrollar la otra parte actividad para adquirir el derecho a la sentencia hasta el último acto, esto es, la lectura y la presentación en la audiencia de la comparecencia, que resume la controversia sujeta al examen del juez.

Por tanto, a la facultad, comprendida en el derecho de acción, de obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en los casos concretos, corresponde la obligación, comprendida en el deber genérico del Estado, de prestar la tutela jurídica procesal, de hacer tal declaración; la sentencia es el acto por el que el Estado cumple con esta obligación. Pero como hay una correspondencia perfecta entre aquella facultad y esta obligación, así debe haber correspondencia perfecta entre los actos en que aquella facultad se desarrolla y el acto con el que esta obligación se cumple. Es, pues, principio general que la sentencia debe corresponder a la acción. Este principio se desarrolla en una doble dirección. Implica:

a) Que el juez debe pronunciar sobre todo lo que se

pide y sólo sobre lo que se pide, o sea, sobre todas las demandas sometidas a su examen, y sólo sobre éstas.

b) Que el juez debe dictar su fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus demandas, y sólo basándose en tales elementos. Por lo tanto, la regla *ne eat iudex ultra petita partium*, en la que se suele formular el principio, no comprende todo el principio de la correspondencia entre la acción y la sentencia, que tiene un alcance bastante más amplio.

Examinemos este principio en sus dos aplicaciones:

43. *A)* El principio de la correlación entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia se resuelve en la doble obligación del juez: de fallar sobre todas las demandas de las partes y sólo sobre las demandas de las partes. Digamos alguna cosa de una y otra.

a) La regla de que el juez tiene la obligación de fallar sobre todo lo que se le pide está consagrada legislativamente por el art. 517, núm. 6, Código procedimiento civil (véase también art. 360, núm. 7), pero se deduce directamente de la obligación del juez de fallar sobre el fondo de las demandas de las partes. Un fallo parcial no es sino un cumplimiento parcial de esta obligación, e implica, por tanto, un parcial incumplimiento.

La obligación del juez de fallar presupone una demanda de la parte. Pero, ¿cuándo existe una demanda? Demanda es toda cuestión que la parte somete al juez, todo punto sobre el cual exige de él un juicio lógico. Demanda

no es, pues, solamente la cuestión principal, a saber, la de la existencia o no existencia de la relación que se trata de demostrar; demandas son también las cuestiones secundarias que constituyen las premisas indispensables para la solución de la primera, siempre, se entiende, en cuanto su posición depende de la voluntad de las partes. Demandas, por tanto, no son solamente los puntos sobre los cuales el actor quiere que se extienda el juicio del magistrado, con objeto de obtener la declaración positiva de la relación, sino también aquellos sobre los cuales solicita un fallo el demandado con objeto de obtener una declaración negativa (1).

Por esta causa incurre en el defecto de omisión en el fallo no sólo la sentencia, que no provee sobre la demanda del actor, sino también la que omite el fallo sobre las excepciones del demandado (2).

De todo lo dicho se deduce que no son demandas las llamadas reservas de derecho que las partes hacen algunas veces en sus conclusiones y sobre las cuales piden a veces también un fallo al juez. La reserva sobre un determinado derecho implica la voluntad de las partes de no someter actualmente al examen del magistrado la cuestión de la declaración de aquel derecho; en general, la reserva trata

---

(1) En efecto, el derecho de acción corresponde no sólo al actor, sino también al demandado, para la declaración negativa de la relación, y por esto también el demandado tiene derecho a hacer demandas y excepciones a este fin (véase la nota de la página 155).

(2) Cfr. Cas. Nápoles, 13 Diciembre 1898, etc.

de delimitar el campo de la controversia para esclarecer mejor el alcance de la demanda. La reserva, pues, no es una demanda; es, por el contrario, una declaración expresa de que sobre un determinado punto no se quiere presentar demanda. Esto sentado, claro está que el juez podrá dar testimonio de la reserva, pero no está obligado a fallar sobre una demanda que no se hace, es más, que se declara no querer hacer (1).

La demanda contiene una declaración de voluntad de la parte; esto es, de su intención de que el juez dicte sobre los puntos que se le someten; no son, por tanto, verdaderas demandas que engendren en el magistrado la obligación de fallar sobre ellas, aquellas en que la parte se remite al arbitrio judicial pidiéndole un fallo sobre el punto "que sea debido" o "lo crea oportuno" (2). Por la misma razón no hay que confundir con las demandas las argumentaciones aportadas por las partes en apoyo de sus pretensiones, sobre las cuales no tiene obligación de fallar el juez (3); si tiene la obligación de tomarlas en consideración en sus razonamientos y dentro de qué límites, ya lo veremos después.

Las demandas deben ser presentadas al juez en una forma determinada. En el procedimiento ordinario ante los

---

(1) En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia desde hace mucho tiempo. V. Cas. Palermo, 30 de Noviembre de 1890. *Foro catanes., etc.*

(2) Cas. Florencia, 29 de Marzo de 1897. *Temis veneciana*, etcétera.

(3) Cfr. Cas. Nápoles, 22 Febrero 1902.

Tribunales y las Cortes de apelación, reglamentado por la ley de 31 de marzo de 1901 y por el Reglamento de 31 de agosto de 1901, las demandas deben ser contenidas en las comparecencias (conclusiones y adiciones) que las partes deben comunicarse recíprocamente y depositar en la secretaría, juntamente con los demás actos y documentos (art. 8, 5 y 10 de la ley de 31 de marzo de 1901); en el procedimiento ante los pretores deben ser expuestas en audiencia, oralmente o por escrito (artículos 415 y 416 del Código de procedimiento civil); en el procedimieno ante los conciliadores, oralmente, también en audiencia (art. 448 del Código de procedimiento civil). En cuanto las demandas están contenidas en escritos, se llaman conclusiones, y cuando el escrito es obligatorio, el juez no estará obligado a tomar en consideración las demandas no contenidas en los escritos (artículo 517, núm. 6 del Código de procedimiento civil) (1). Las demandas deben además estar formuladas en una declaración de voluntad ex-

(1) Cas. Turín, 31 de Diciembre de 1894, etc. Cfr. Cas. Roma, 16 de Marzo de 1896, *Corte suprema,* 1896, II, 204, a propósito del juicio de apelación: "El apelado que con el escrito conclusional pide, contra el gravamen propuesto por el apelante, la confirmación de la sentencia apelada sin reproducir la demanda subordinada de primer grado, no puede quejarse en casación de falta de motivación y fallo sobre tal demanda, debiendo ésta considerarse abandonada". En el mismo sentido Cas. Nápoles, 18 Marzo 1898 *Foro italiano,* repertorio, 1896; Corte suprema, 1896, II, página 74, se pronuncia contra la misma, pero erróneamente, porque, entre otras cosas, el apelado que pide simplemente que se rechace la apelación sin reproducir todas las demandas de primer grado aun las subordinadas, no examinadas en el pri-

presa y determinada. Este principio se deduce ante todo del art. 517, núm. 6, el cual para que haya omisión de fallo, exige que el juez haya omitido el decidir "sobre alguno de los puntos de la demanda aducidos en conclusión especial", pero el mismo principio se reconoce implícitamente en los artículos 5, 6 y 10 de la ley de 31 de marzo de 1901; 176 y 350 del Código de procedimiento civil, los cuales, al prescribir la presentación y la lectura de las conclusiones, dan a entender que las demandas deben ser formuladas de un modo expreso y determinado. De aquí se deduce:

a) Que no se admiten demandas o conclusiones implícitas, es decir, demandas a las cuales se haya hecho alusión en los motivos de la conclusión, pero que no se hayan reproducido expresamente en las conclusiones (1) o demandas propuestas de un modo indirecto (por ejemplo: mediante la presentación de un capítulo de prueba testifical, que suponga una determinada demanda) (2).

b) Que no son admitidas demandas y conclusiones genéricas, sino sólo específicas y precisas (3).

Cuando concurren estos requisitos de substancia y forma surge la obligación del juez de fallar, obligación a

---

mer juicio, expresa de modo muy diferente e inequívoco su voluntad de reproducir aquellas demandas. Aquí, por consiguiente no tendríamos ni siquiera una demanda implícita.

(1) Cfr. Apel. Trani, 26 de Junio de 1891, etc.

(2) Cfr. Cas. Florencia, 31 de Marzo de 1898. *Temis veneciana*, 1898, pág. 281.

(3) Cas. Roma, 7 de Marzo de 1891, etc.

que no puede substraerse por ningún concepto ni por falta de fundamento, aunque sea evidente, ni por la improcedencia de la demanda; una y otra pueden ser motivos para rechazarla, pero no para no examinarla. (1). Pero ¿cómo deberá proceder el juez cuando ninguna de las partes haya probado su pretensión y no pueda formarse una convicción sobre la existencia o no existencia de la relación que se trata de acreditar? En este caso algunos sostienen que el juez puede eximirse de decidir, dictando una sentencia en que se ordenen nuevos medios de instrucción (2) o también una sentencia absolutoria del *demandado pro nunc* (absolución de la observancia del juicio en el estado de los actos (3). No podemos subscribir esta opinión. El juez que, en vez de pronunciar sobre los elementos ofrecidos por las partes, declara que no puede fallar y ordena nuevas pruebas, fuera de los casos previstos por la ley, viola el principio de disposición de las partes, que es la regla de nuestro procedimiento civil. Los casos en que el juez puede ordenar de oficio nuevas pruebas están enumerados taxativamente por la ley, y son los de los artículos 1,374 y 1,375 del Código civil y 228 del Código de procedimiento civil (juramento cuando concurren las condiciones de que habla el art. 1,375); 260 del Código de procedimiento civil, pericia; 271, inspección; 401, comparecencia personal de las partes. Pero aquí se detiene el principio de la

---

(1) En este sentido, Cas. Turín, 13 Junio 1899. *Gaceta judicial italiana*, 1899, pág. 203.

(2) Pescatore, Mattirolo.

(3) Cas. Roma, 10 de Enero de 1887. *Ley*, 1887, I, 397.

oficiosidad en la preparación de las pruebas; fuera de estos casos el juez debe pronunciar *secundum alligata et probata* (véase además núm. 45), precisamente porque en el procedimiento civil, en virtud del principio *ne procedat iudex ex officio*, la preparación del material procesal está encomendada por lo regular a las partes (1). Por esta misma razón no es admisible que el juez dicte una decisión provisional, absolviendo al demandado *pro nunc*. El juez no debe preocuparse de los elementos que no tiene a la vista, pero que podría tener: *quod non est in actis non est in mundo*. No debe, por consiguiente, emitir un fallo, en el cual estos elementos no adquiridos para el procedimiento sean tomados en consideración en cualquier forma, lo que sucede evidentemente cuando el magistrado, en vez de absolver al demandado *simpliciter*, lo absuelve *al estado de los autos*. De la correlación de este principio con los demás fundamentos en materia de prueba, *actore non probante reus absolvitur*, se deduce, por consiguiente, que el magistrado puede *absolver* al demandado cuando las pruebas propuestas por el actor sean insuficientes, y que no solamente no puede suspender la decisión ordenando nuevas incumbencias en los casos en que la ley no le autoriza para ello expresamente, sino que tampoco puede emitir un fallo provisional (2).

---

(1) Es ésta la llamada *Verhandlungsmaxime*, en contraposición a la *Untersuchungsmaxime*. Cfr. Stein, Planck, Schmidt. Weismann, Kleinfeller.

(2) En este sentido: Mortara, Lessona, Foligno y variada

A diferencia de las demandas de las partes, el fallo del juez puede ser implícito y genérico, pero siempre que sea posible su determinación y la reconstrucción del pensamiento del magistrado. La ley prescribe, en efecto, que la sentencia debe contener una parte dispositiva, pero no prescribe ninguna forma especial para esta parte dispositiva, como en cambio lo hace para la demanda. No es, pues, necesario que el juez pronuncie expresamente sobre todas las demandas de las partes cuando, del conjunto de la sentencia, rectamente interpretada, resulte bastante claro que ha examinado y decidido el punto sobre el cual guarda silencio; en estos casos el pensamiento del juez está indirectamente manifestado, pero está manifestado. Por tanto:

a) El pensamiento del juez sobre una determinada cuestión puede reconstruirse también por los motivos de la sentencia cuando no esté expresa en la parte dispositiva (1).

b) Puede el pensamiento del juez sobre una cues-

---

jurisprudencia. Mattirolo, que también admite la legitimidad de una sentencia que "manda madurar las pruebas" niega la legitimidad de una sentencia de absolución al estado de los autos; y, sin embargo, la situación es idéntica en ambos casos. Por el principio *actore non probante reus absolvitur*, que basta a excluir la posibilidad de un fallo de *non liquet*, véase especialmente el *Derecho penal*, Rocco (Arturo), concepto, especie y valor de la sentencia penal definitiva, pág. 16 y sig. en nota, y para la historia, *Tratado de la cosa juzgada como causa de extinción de la acción penal*. Módena, I, 1900, págs. 52, 184 y 185.

(1) Cas. Turín, Diciembre 1890, *La Jurisprudencia*, 1891, 8. Cas. Florencia, 5 de Julio 1894, *Temis veneciana*, 1894, 557, etc.

tión deducirse solamente de la solución dada a otra cuestión que suponga necesariamente examinada y resuelta de modo inequívoco la primera (1). De lo contrario, no habrá fallo implícito, sino defecto de fallo: así sucederá en el caso en que la sentencia acoja la demanda subordinada sin examinar la principal, porque el haber examinado y decidido la subordinada no implica necesariamente que haya sido examinada la principal (2); así, por la misma razón, en el caso en que el juez decida la cuestión de fondo, sin discutir la prejudicial (3). Puede también el juez pronunciar genéricamente sobre algunas demandas, siempre que del contexto de la sentencia resulte cuáles son las demandas a que se refiera la fórmula genérica, y resulte además que han sido examinadas. Con razón, por esto, la jurisprudencia dominante considera que, satisfecha la obliga-

---

(1) Cas. Turín, 27 Abril 1893, *La Jurisprudencia,* 1893, 374. "La sentencia de apelación que en la parte dispositiva pronuncia *ex novo* sobre la causa, modificando radicalmente la de primer grado, sin declararla revocada o reformada, y sin mencionarla tampoco, comete una irregularidad pero no incurre en la nulidad por defecto de fallo". Cas. Florencia, 25 Noviembre 1901, *Temis,* 1902, 1. "El fallo implícito satisface el precepto del artículo 517, núm. 6, Cód. proc. civ., cuando constituya la consecuencia necesaria del fallo emitido; por esto, la confirmación con fallo único de dos distintas sentencias interlocutorias, implica necesariamente un fallo tácito sobre la reunión de las causas demandadas por las partes". Véase también: Cas. Florencia, 25 de Mayo de 1896, *Temis,* 1896, 380.

(2) Cas. Turín, 8 de Octubre de 1896, *La Jurisprudencia,* 1896, 725. Cas. Turín, 21 Juilio 1896, etc.

(3) Cas. Palermo, 30 Diciembre 1897, *Foro siciliano,* 1898, 12, etc.

ción del fallo sobre todos los puntos sujetos al examen del juez, la fórmula genérica: "rechazada toda instancia contraria, deducción y excepción", pero a condición de que de la motivación de la sentencia resulte que las demandas rechazadas genéricamente hayan sido examinadas por el magistrado (1). La falta de referencia en la motivación, a las demandas genéricamente rechazadas, no implicaría solamente defecto de motivación en la sentencia (2), sino también el de defecto de fallo, puesto que un fallo indeterminado y no determinable con los elementos ofrecidos por la sentencia misma equivale a falta de fallo.

Es de observar también que la obligación del juez de fallar sobre la demanda de las partes supone que éstas hayan declarado que quieren someter al juez una determinada cuestión. Si por esto se propone en vía principal una demanda o una excepción, y por vía subordinada otra, en caso de rechazo de la primera tendremos una súplica condicionada de fallo y precisamente sometida a la condición de no haberse aceptado la otra. Cuando esta condición no se da, sino que, por el contrario, falta completamente por ser acogida la demanda principal, la súplica de fallo subordinada se supone como no presentada y el juez no tiene ya ninguna obligación de decidir sobre ella. De aquí la

(1) Cas. Florencia, 15 Diciembre de 1892, *Temis veneciana*, 1893, 141, etc.

(2) Como afirma Mattirolo, Tratado IV, págs. 66 y 67 en nota, y repiten la Cas. Turín, 23 Noviembre 1894, *La Jurisprudencia*, 1894, 827 y la Cas. Nápoles, 8 de Junio 1903, *Revista práctica*, 1903, 557.

regla: el juez no tiene obligación de examinar las demandas subordinadas que son absorbidas por la principal.

c) La regla de que el juez debe pronunciar sólo sobre lo que se le pide, es de ordinario expresada por medio de la máxima: *Sententia debet esse conformis libello, ne eat iudex ultra petita partium*, y está sancionada en el artículo 517, números 4 y 5 del Código de procedimiento civil, por el cual está prohibido al juez fallar sobre cosa no demandada y adjudicar más de lo que fué pedido. Esta regla también se deriva del principio de que el ejercicio de la función jurisdiccional se hace depender por la ley de la voluntad del particular, lo cual implica no sólo la obligación del juez de fallar sobre el fondo, cuando se le pide, sino también de no fallar si no se le pide. El determinar cuándo hay *ultra petita*, depende de determinar si hubo y cuál fué la demanda, y si el fallo correspondió a la demanda. Sobre el primer punto son aplicables las reglas antes expuestas; sobre el segundo, también para mayor dilucidación del principio que venimos estudiando, debemos detenernos un poco más.

44. El principio de la correlación entre acción y sentencia en esta primera aplicación que estamos examinando, se resuelve en el fondo, como se ha podido observar, en el principio de la identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia. Pero ¿cuándo se verifica esta identidad? Es decir, ¿cuáles son los elementos que deben compararse para decidir si son o no idénticos?

Esta gravísima cuestión recibe mucha luz de un prin-

cipio, sobre el cual hemos insistido largamente, defendiéndole de críticas vigorosas: el principio de que la acción es un derecho correspondiente a la parte frente al juez y no frente al adversario. El que concibe la acción como un derecho frente al adversario, encuentra graves dificultades cuando quiere exactamente determinar sobre qué elementos debe caer la identidad entre lo pedido y lo acordado. Evidentemente sería inexacto decir que debe haber identidad entre lo que la parte pide al adversario y aquello sobre lo cual pronuncia el juez, porque el juez no falla sobre el objeto de la pretensión que una parte hace valer para con la otra, sino sobre la pretensión. La pretensión de una parte respecto de la otra es el objeto del juicio lógico del juez, juicio que, a su vez, es el objeto de la pretensión de la parte frente al juez. Es preciso, pues, distinguir: el objeto de la pretensión que la parte hace valer frente al juez, que es un juicio lógico sobre la pretensión de la parte respecto del adversario, del objeto de la pretensión de la parte frente al adversario, el cual no es sino un elemento del objeto de la sentencia. Si decimos, pues, que debe haber identidad entre el objeto de la pretensión de la parte para con el adversario, y el objeto de la sentencia, se dice algo inexacto; si decimos que debe haber identidad entre la pretensión o demanda de la parte para con la otra y la sentencia, se dice cosa más inexacta todavía, porque se exige (lo que evidentemente es absurdo) la conformidad de la sentencia con la demanda. El principio exacto es, por el contrario, que el objeto de la pretensión de la par-

te para con el juez y el acto del juez en que se satisface esta pretensión deben ser idénticos. Pero como el objeto de la pretensión de la parte para con el juez no es un juicio de un determinado tenor sobre un determinado objeto, sino simplemente un juicio sobre un determinado objeto, así el principio de la identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia se resuelve en el otro de la identidad entre el objeto del juicio pedido y el objeto del juicio fallado. El desenvolvimiento de este concepto nos proporcionará la forma para resolver algunas cuestiones prácticas de mucho relieve respecto a las facultades del juez civil en la función de la declaración del derecho.

El juicio que la parte, ejercitando el derecho de acción exige del juez, es un juicio sobre la existencia o no existencia de una relación jurídica o de un estado jurídico determinado. La formulación de los dos términos de este juicio lógico, sujeto y predicado, en el procedimiento civil, está encomendada completamente a la voluntad de la parte que, siendo libre en el provocar o no provocar este juicio lógico, es, *a fortiori*, libre de determinar, como quiera o crea, su objeto. Corresponde, pues, a la parte proponer el problema de si un determinado hecho o estado de hecho da lugar a una determinada relación jurídica. El juez debe limitarse a resolver el problema que se le propone, pero no puede abandonar o alterar sus términos. Por esto cuando emite el juicio que se le pide, y responde que el estado de hecho existente da lugar o no da lugar a aquella determinada relación jurídica, la relación jurídica que él afirma o niega

debe ser idénticamente la misma que la afirmada por la parte. Pero ¿cuándo hay identidad entre dos relaciones jurídicas? Evidentemente cuando tienen todos los elementos comunes, y, por lo tanto, cuando no solamente son iguales los sujetos entre los cuales se desarrollan los derechos subjetivos y los correlativos deberes jurídicos en que consisten (1), sino que es igual también el hecho jurídico o causa jurídica de que se derivan. De aquí el principio reconocido por la jurisprudencia y que se deduce lógicamente de las nociones sentadas, de que para la identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia es necesaria la identidad del título o causa pretendida (2).

45. *B)* El principio de la correspondencia entre ac-

(1). Nótese, a este propósito, que la identidad debe existir precisamente, como ya está explicado en el texto, entre la prestación exigida y aquélla sobre que el juez ha fallado, y no ya entre la suplicada y la declarada existente. Así no habrá vicio de *ultra petita* si el juez, reconociendo la existencia de una relación obligatoria, alegada por el actor y negada por el demandado, atribuye a aquélla una suma menor de la pedida. Cas. Palermo, 29 Noviembre 1898, *Foro siciliano*, 1898, 832. Pero habrá *ultra petita* cuando, pedida la declaración de un derecho real (propiedad sobre cosa usurpada por otro que se reivindica), viene reconociendo un derecho de crédito (resarcimiento del valor de la cosa usurpada), Cas. Palermo, 24 Mayo 1902, *Foro siciliano*, 1902, 293.

(2) Cfr. Sobre esto la excelente obra de Chiovenda "Sobre la regla *ne eat iudex ultra petita partium*", en *La Ley*, 1903, 2.419 y siguientes. Véase además Mattirolo, *Tratado*. La Jurisprudencia hace frecuentes aplicaciones de este principio: que el hecho jurídicamente relevante considerado por la sentencia debe ser el mismo alegado por las partes: véase Cas. Nápoles, 2 Junio 1892, *Derecho y Jurisprudencia*, etc.

ción y sentencia encuentra una aplicación ulterior en otro principio, distinto del precedente, pero que se deriva también de la regla de que la intervención del Estado para la realización de los intereses individuales tutelados por el derecho se hace depender de la voluntad del titular de los intereses. Si está encomendado al arbitrio de cada uno el provocar o no provocar el ejercicio de la función jurisdiccional para la realización de un interés propio tutelado, o sea, si cada uno puede invocar o no invocar la existencia de un hecho jurídico, al cual la ley refiere la tutela de un interés suyo, con mayor razón debe confiarse al mismo interesado la preparación de los elementos aptos para convencer al juez de la existencia de aquel hecho. La iniciativa del juez para la investigación de los elementos, sobre los cuales debe basar su juicio de hecho, está, por lo regular, excluída, precisamente por el principio dominante en el procedimiento civil de que el cuidado de los intereses individuales debe dejarse al individuo. Este principio encuentra su fórmula en la regla *iudex iudicare debet alligata et probata* (1).

---

(1) Cfr. Chiovenda, loc. cit. ¿Se puede argumentar con hechos no alegados, pero que resultan de los autos? La jurisprudencia así lo afirma: Cas. Turín, 5 de Julio 1898, *La Jurisprudencia*, 1899, 1226. Chiovenda es de opuesto parecer, y con razón a nuestro juicio. Como diremos más adelante (véase núm. 46) el juez, si bien es libre sobre los elementos resultantes de los actos, para argumentar como crea oportuno para establecer si los hechos alegados subsisten o no: pero aquí termina su facultad: no puede substituir un hecho distinto a aquel alegado: precisamente por la razón expuesta en el texto (núm. 44) de que en el juicio

De esta regla se deduce aquella otra de que el juez debe tomar en examen todos los elementos de hecho alegados por las partes en apoyo de sus pretensiones. El hecho que el juez debe tomar por base de su fallo no es objeto de conocimiento inmediato por parte del mismo; el conocimiento que puede tener de él es, por lo regular, solamente mediato, y para llegar a él le son necesarios algunos elementos de conocimiento inmediato, de los cuales deducirá el primero por medio de un razonamiento lógico (prueba). Ahora bien, si la investigación y la preparación de los elementos que deben conducir al juez al conocimiento mediato del hecho está reservada enteramente a las partes y el juez no debe participar de ella, al menos ordinariamente, esto implica que debe asumir estos elementos en base de su conocimiento, así como le son presentados, y como no puede añadir otros, tampoco puede eliminar ni omitir algunos. Tanto su acción positiva como su acción negativa no son sino formas de ingerencias en la determinación de los elementos de su conocimiento del hecho, ingerencia que le está vedada.

Esta segunda aplicación del principio de la correlación entre acción y sentencia se puede, pues, formular en su doble aspecto como principio de la identidad entre los ele-

---

lógico del juez los dos términos (hecho, relación jurídica) son dados totalmente por las partes. Por la misma razón, pedida por una parte una prueba, el juez no puede conceder otra distinta. Cas. Florencia, 24 Febrero 1890, *Temis veneciana*, 1890, 198, etc.

mentos del conocimiento mediato del hecho ofrecido por las partes y los empleados por el juez.

46. Pero aquí se detiene el alcance del principio de que la sentencia debe corresponder a la acción, mientras que el principio lógico que conduce a la formación de la sentencia comprende otros momentos, respecto de los cuales la actividad del juez no está en modo alguno vinculada por la voluntad de las partes. Un breve análisis del proceso formativo de la sentencia nos permitirá determinar dónde la actividad del juez es determinada por la voluntad de las partes y dónde es determinada solamente por las exigencias lógicas del pensamiento.

Ya vimos que en la sentencia el juez formula un juicio individual y categórico, cuyos dos términos son dados por las partes. La relación que existe entre estos dos términos, esto es, entre un determinado hecho o una determinada situación existente de hecho, y una determinada relación jurídica es desconocida, y el juez es el encargado de encontrarla. Para proporcionarse este conocimiento inmediato, el juez debe hacer un razonamiento lógico, esto es, debe encontrar algunos elementos de conocimiento inmediato o deducidos de otros de conocimiento inmediato, que le proporcionen este nuevo conocimiento que busca. El juez debe, por consiguiente, encontrar un término medio, o sea un concepto, cuyas relaciones sean conocidas con los dos términos dados; esto le permitirá, mediante un silogismo, conocer la relación existente entre los dos términos dados, o sea formar el juicio que se le pide. El tér-

mino medio es ofrecido por un elemento conocido del juez: la norma jurídica. Este elemento de conocimiento inmediato o mediato, pero deducido de otro conocimiento inmediato, se encuentra, con los dos términos del juicio que hay que formar, en una relación inmediata concebible. En efecto, encontrada la norma jurídica que regula el caso concreto, está ya establecida la relación entre ella y el primer término del juicio; esto es, está establecido que el hecho o la situación de hecho de que se trata cae dentro de aquellos que regula la norma. Pero simultáneamente, encontrada la norma, y, por consiguiente, sabido qué relación jurídica refiere ésta a aquella categoría de hechos, está establecida la relación entre la norma y el otro término del juicio, esto es, está establecido si la relación jurídica concreta de que se trata entra o no entra dentro de aquellos que la norma relaciona con los hechos que regula. Sentadas así las dos premisas del silogismo, la conclusión dará el juicio buscado y nos dirá si la relación jurídica de que se trata entra o no dentro de aquellos que la norma jurídica refiere al hecho a la situación de hecho existente.

En la formación de este silogismo el término medio lo da, pues, un elemento independiente del todo de la voluntad de las partes que el juez conoce o cuyo conocimiento se puede provocar. La norma jurídica es conocida por el juez por el solo hecho de su publicación *(iura novit curia)*, y aun cuando la norma aplicable al caso concreto no aparezca inmediatamente evidente al juez, éste debe deducirla por vía de razonamiento del derecho vigente y no puede

eximirse de juzgar bajo pretexto de deficiencia u obscuridad de la ley (art. 3o., dis. prel. Cód. civ., 783 del Código de procedimiento civil, 178 Cód. pen.). En esta determinación de la norma aplicable, el juez no está vinculado por las demandas de las partes, si bien éstas pueden, para mejor obtener el fin remoto de la acción (emisión de una sentencia favorable), presentar argumentaciones sobre las normas legales que creen aplicables; pero el magistrado no está obligado a seguirlas en este campo, y puede muy bien aplicar una norma no invocada por ninguna de las partes (1).

Pero también en otro momento de la formación de la sentencia, el juez está libre de las demandas de las partes, y es en el procedimiento lógico, mediante el cual llega a la declaración del hecho sobre el cual falla. Este hecho, cual es indicado por las partes, no le conoce el juez por lo regular, y si le conoce debe prescindir del conocimiento privado que de él tenga; es verdad que los elementos de su conocimiento le son dados por las partes y el juez debe atenerse a ellos, pero con frecuencia tales elementos no le ofrecen sino la posibilidad de un conocimiento mediato para llegar al cual tiene necesidad de hacer uno o varios razonamientos. También en ésta su actividad mental es libre de las demandas de las partes. Estas si bien pueden, aun respecto a las deducciones lógicas del hecho de los

(1) Cfr. Chiovenda: *Sobre la regla,* etc. Por consiguiente, el juez puede, en el campo del puro derecho, suplir a la argumentación de las partes. (Cas. Turín, 8 Febrero 1890, etc.).

elementos ofrecidos, instituir, por su cuenta, razonamientos en sostén de su negocio, el juez es libre, sobre los elementos que se le ofrecen, para reconstruir el estado de hecho existente, según crea lógicamente que resulta de los elementos puestos a su disposición al objeto de determinar si el hecho alegado por las partes existe realmente. El juez debe, por consiguiente, tomar como base de su fallo, los hechos como son afirmados por las partes; debe, para determinar si estos hechos existen, partir de los elementos de hecho ofrecidos por las partes, pero no está obligado a atenerse a las alegaciones de las partes sobre la deducción de los hechos afirmados de los elementos ofrecidos (1). No hay, por tanto, *ultra petita* cuando afirmado un determinado hecho por el actor, y negado por el demandado por algunas razones deducidas de los elementos de hecho presentados por las partes, el juez niega el hecho por otras razones deducidas también de los mismos elementos, si bien no alegadas por el demandado (2). Habría, por el contrario, vicio de *ultra petita*, si afirmado un determinado hecho por el actor y negado por el demandado, o afirmado por el demandado otro hecho que eliminaría los efectos jurídicos del primero (hecho extintivo), el juez afirmase un

---

(1) De aquí la regla, repetidamente afirmada por nuestra jurisprudencia, de que el juez puede substituir razonamientos propios a los de las partes. (V. Cas. Turín, 20 de Marzo de 1890; *La Jurisprudencia*, 1890, pág. 142, etc.)

(2) Cas. Turín, 15 de Mayo de 1888; *La Jurisprudencia* 1888, página 325, V. Chiovenda, loc. cit.

hecho extintivo no alegado o diverso del alegado (1). Igualmente habría vicio de *ultra petita* si, afirmada por el actor la existencia de un negocio jurídico viciado por causas que lo hacen anulable, está expuesto a causas de cesación de sus efectos jurídicos (resolución, revocación) y no excepcionadas por el demandado estas causas, el juez las afirmase de oficio, se negase al reconocimiento de la relación jurídica alegada por ser nulo o faltar el negocio constitutivo.

47. Para concluir, el juez no está vinculado por la voluntad de las partes: *a)* En la determinación de la norma que hay que aplicar. *b)* En el procedimiento lógico necesario para tal determinación. *c)* En el proceso lógico

(1) Contra Chiovenda, loc. cit., por la razón de que en este caso tanto la demanda del demandado como la sentencia se fundan en la inexistencia actual del derecho, y el objeto de la litis en la existencia del derecho, no el fallar causa para uno o para otro. Pero el hecho extintivo del derecho no es simplemente una circunstancia que modifica el hecho jurídico alegado; es otro hecho totalmente distinto que paraliza sus efectos jurídicos. La existencia de un hecho extintivo implica que el hecho constitutivo alegado existe, y completo, en todos los elementos afirmados; sólo que sus efectos faltan por la presencia de otro hecho. Ahora bien; si este segundo y diverso hecho no es alegado, el juez no le puede afirmar de su libre arbitrio, aun cuando resulte de los autos (véase nota 1 de la pág. 182). El objeto de la litis no es simplemente la existencia actual del derecho, sino su existencia o no existencia en dependencia del hecho alegado, porque, como se ha dicho más arriba en el texto, el problema que el juez debe resolver no es si existe una determinada relación jurídica, sino si de un determinado hecho alegado se deriva una determinada relación jurídica. Por tanto, el art. 1.019 del Código civil se justifica como una aplicación de esta regla.

necesario para tal determinación. *d)* En el proceso lógico necesario para la declaración del hecho de los elementos de prueba ofrecidos por las partes. Respecto a la declaración de la norma, está ligada a la voluntad de la ley que debe limitarse a declarar; respecto a los razonamientos necesarios para esta declaración y para la declaración del hecho de los elementos ofrecidos, no tiene otra obligación que la de exponer, ya sucintamente, el desenvolvimiento de este procedimiento lógico (deber de la motivación). Para satisfacerle basta que tal desenvolvimiento exista, es decir, basta que se haya expuesto un proceso lógico, pero no es necesario que siga el mismo camino que el expuesto por las partes para sostener su derecho.

48. Para completar este tema de las relaciones entre acción y sentencia, debemos recordar que el derecho de acción es no sólo derecho a la declaración de la tutela jurídica correspondiente a un determinado interés, sino también derecho a la realización del interés cuya tutela jurídica se declara, por lo que puede desarrollarse también con actos encaminados á obtener la intervención del Estado para esta realización. Ahora bien, la regla es precisamente que cuando hay en cuestión la pretensión de una determinada prestación hacia un determinado obligado, juntamente con la declaración de la pretensión, sea pedida al Estado la orden de satisfacerla. En este caso, que en la práctica es el normal, el particular en realidad dirige al juez una doble demanda: una principal, de declaración de una relación incierta; otra subordinada, de iniciación de la

ejecución forzosa, en caso de pronunciamiento favorable. Frente a esta forma de ejercicio del derecho de acción, la posición del juez es clara. Deberá, ante todo, proceder a la declaración pedida; luego si el pronunciamiento es favorable al actor, esto es, si implica la existencia de un interés tutelado del actor, surge para el juez la obligación de emitir la orden de satisfacción requerida. Y como la demanda principal es presentada en un solo acto con la subordinada, así también en un solo acto satisface el juez la una y la otra. En este caso, al puro juicio lógico se añade un acto de voluntad, y la sentencia que le contiene lleva el nombre de sentencia condenatoria. Si, por el contrario, la declaración es desfavorable al actor e implica la inexistencia de su derecho, la demanda subordinada no tiene ya razón de ser, y el juez emitirá una sentencia que contenga un juicio lógico, esto es, una sentencia de pura declaración.

Cuando la sentencia contiene también la orden de satisfacer (sentencia de condena), no implica sólo la declaración de una pretensión, sino también la afirmación de su realización forzosa. Desde este segundo aspecto constituye un título ejecutivo (art. 554, núm. 1, Código procedimiento civil) en cuanto contiene, según expresión de Chiovenda: "La manifestación de una voluntad del Estado a efectuar". He aquí, pues, cómo la sentencia puede, en su forma de sentencia condenatoria, constituir el anillo de conjunción entre el procedimiento de declaración y el procedi-

miento ejecutivo, y representar al mismo tiempo el acto con que se cierra el primero y se inicia el segundo.

Pero además de esto, otras relaciones tiene también la sentencia con el procedimiento ejecutivo. La función declarativa de derecho no es, en efecto, exclusiva del estadio declarativo; declaraciones de derecho ya material, ya a veces procesal, pueden darse también en el estadio ejecutivo; de donde, como varias veces hemos hecho notar, la posibilidad de sentencias en materia de ejecución.

De este modo la posición de la sentencia en el procedimiento queda bien delineada. En el procedimiento de declaración domina soberana; en cuanto actúa la declaración de la relación jurídica material, es la meta del proceso; en cuanto determina las relaciones procesales inciertas, prepara el material del procedimiento. Y no deja de ser importante su función en el procedimiento ejecutivo, a cuya iniciación puede dar lugar, en el curso del cual va eliminando los obstáculos que la incertidumbre sobre las relaciones procesales y materiales pone algunas veces indirectamente a la realización de un derecho declarado o acreditado. Desde este doble punto de vista puede decirse que la doctrina de la sentencia resume en sí la doctrina de todo el procedimiento.

CAPITULO SEXTO

Naturaleza y funciones de la sentencia

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

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

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

(2) Mortara: *Comm.*, II, pág. 547.

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

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

(1) Véase núm. 40.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

(2) Cfr. Kisch.

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

(1) Savigny, Unger, Buchka.

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

(1) Degenkolb, Plósz, Hellmann.

(2) Cfr. Wach, Weismann.

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

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

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

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

(1) Helwigg, Langheineken, Stein.

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

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

---

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

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

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

(1) Helwigg, *Anspruch und Klagrecht; Lehrbuch,* pág. 49
(2) Helwigg, *Lehrbuch,* pág. 237.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

---

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

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

---

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

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

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

(1) Helwigg, pág. 237.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

CAPITULO SEPTIMO

Clasificación de las sentencias

SUMARIO: 61. Varios criterios de clasificación de las sentencias: se excluye el de la función. — 62. Sentencias de declaración y sentencias de condena: crítica de las opiniones dominantes sobre la distinción entre unas y otras. — 63. Nuestra distinción. — 64. Sentencias que fallan sobre relaciones materiales y sentencias que fallan sobre relaciones procesales. — 65. Sentencias finales y sentencias interlocutorias. — 66. Sentencias apelables y sentencias no apelables: fuerza legal procesal (pasa a cosa juzgada) y fuerza legal material (autoridad de cosa juzgada) de las sentencias. — 67. Sentencias ejecutivas y sentencias no ejecutivas. — 68. Otras distinciones de las sentencias.

61. De lo dicho hasta aquí nos es posible ya deducir los elementos para la clasificación de las sentencias. Son posibles tantas divisiones de las sentencias cuantos son los criterios que se pongan como base de la división, esto es, cuantos son los elementos variables contenidos en el concepto de sentencia. Naturalmente, no todas las divisiones posibles tienen la misma importancia científica y práctica; aquí nos limitaremos a indicar las más importantes desde uno u otro punto de vista.

Comencemos por notar que la función de la sentencia no nos puede suministrar ningún criterio de clasificación; es un elemento constante en toda sentencia y no variable como inherente a la misma naturaleza de ellas, como acto de la inteligencia del juez. Toda sentencia como tal no es

ni puede ser otra cosa que un juicio sobre la existencia o no existencia de una relación o de un conjunto de relaciones jurídicas (1).

62. En cambio, nos ofrece un criterio de distinción la circunstancia de que el juicio lógico se encuentre sólo o bien acompañado de algún otro elemento. Hemos advertido varias veces, que en algunas especies de sentencias al juicio lógico va asociado un acto de voluntad del juez; a la declaración de la relación jurídica concreta una orden dirigida al obligado a realizarla. De aquí la distinción entre sentencia pura y simple o sentencia de simple declaración, y sentencia preparatoria de la ejecución o sentencia de condena o ejecutiva. Lo dicho en torno a la naturaleza y a las funciones de la sentencia nos dispensa de entrar aquí en la cuestión, harto debatida en la doctrina proce-

---

(1) Esto es demostrado también por el hecho de que todas las diferencias de funciones que se han querido encontrar en la sentencia se refieren exclusivamente a las sentencias que acogen, no a las que rechazan la demanda; respecto de estas últimas nunca ha dudado nadie que la función fuese siempre la misma: la declaración de la relación. Por esto Kisch, al distinguir las sentencias de declaración de las de condena o ejecutivas, declara que prescinde de las que rechazan la demanda, que tienen siempre el mismo carácter (por tanto, también cuando la acción tendía a una llamada sentencia constitutiva). Pero es fácil observar que no es exacto afirmar como función, aunque sea variable, a una determinada actividad las diversas formas que puede revestir para la consecución de su fin. La función de una actividad es dada por el objeto o resultado que se quiere obtener con ella, por lo que se debe siempre poder determinar *a priori;* de lo contrario, se confunden los medios con los fines de que se sirve para conseguirlos.

salista, de la distinción entre las sentencias declarativas y sentencias ejecutivas.

Debemos ante todo, en consecuencia de lo dicho sobre la naturaleza de la sentencia, rechazar la opinión de Degenkolb, de que no es posible una distinción teórica entre sentencia declarativa y sentencia ejecutiva, porque en la una y en la otra se encuentran igualmente los dos elementos de la declaración y de la ejecución, y que, por lo tanto, a tal distinción sólo se le puede asignar un valor puramente histórico (1). El elemento de la ejecución en la sentencia declarativa debe ser totalmente excluído porque realiza el tipo genuino de la sentencia que en sí no es un acto de voluntad, sino un juicio lógico sobre la existencia o no existencia de una relación jurídica (2). Por el contrario, el elemento del mandato o elemento ejecutivo concurre, asociado al juicio lógico, en la sentencia de condena o ejecutiva, la cual, por tanto, se presenta como una preparación de la ejecución. Que entre la sentencia de declaración y la de condena no hay ninguna diferencia substancial, aparece imposible si se piensa en la diversidad de efectos que a una y otra van unidos; porque mientras la sentencia declarativa no produce otro efecto que la determinación incontestable de la relación jurídica concreta (cosa juzgada), la sentencia condenatoria, además de este efecto tiene también el de constituir un título para la rea-

(1) Degenkolb, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, página 144-146.

(2) V. núms. 13 y 53.

lización forzosa de la relación declarada (efecto ejecutivo). Ahora bien, de esta diversidad de efectos jurídicos se debe necesariamente deducir la diversidad de la causa jurídica y, por consiguiente, el concurso en la sentencia de condena de un elemento que falta en la de simple declaración.

También hay que rechazar la opinión, según la cual entre la sentencia de declaración y la de condena no hay otra diferencia que la que se deriva del objeto, o sea de la relación jurídica declarada; mientras en la primera puede constituir efecto de la decisión un hecho o una relación jurídica, en la segunda lo forma sólo una pretensión (1). Tampoco niegan los fautores de esta doctrina que también puede constituir objeto de una sentencia declarativa una pretensión; pero entonces la afirmada diversidad de objeto entre las dos categorías falta y la cuestión vuelve al mismo punto; cuándo una sentencia que decide sobre una pretensión es sentencia declarativa, y cuándo, por el contrario, es sentencia condenatoria. Se responde: en la sentencia declarativa la pretensión sólo es declarada como existente o futura; en ella se resuelve solamente la cuestión de la existencia actual o futura de la pretensión; en la sentencia ejecutiva, por el contrario, la pretensión se declara como debiendo satisfacerse. "En ella, resume Kisch, sólo se afirma la existencia de la pretensión; en ésta, con su existencia, se afirma también la necesidad de su satis-

(1) Schultze, Helmann, Kohler, Holder, Canstein y Kisch.

facción. Allí, la sentencia afirma un derecho a la prestación que, según el contenido de la demanda judicial, pone sólo fuera de duda; aquí comprueba un derecho que, además de esto, debe también ser satisfecho" (1). Pero esta distinción lo es sólo aparente. Toda declaración de una pretensión es declaración de la obligación de satisfacerla, porque la pretensión no es más que el lado exterior del derecho subjetivo, y todo derecho subjetivo implica una obligación; por consiguiente, afirmar la existencia de una pretensión significa afirmar la existencia en otra persona de la obligación de satisfacerla. Ni tampoco se resuelve mejor la cuestión observando que en la sentencia de declaración se afirma sólo el derecho, y en la de condena se afirma que este derecho debe ser cumplido o satisfecho. Si con ello se quiere decir que la sentencia de condena supone la violación de un derecho, como creen varios autores (2), se dice una cosa que aun siendo verdad en la mayoría de los casos, no lo es en todos; hay, en efecto, casos en que puede darse sentencia condenatoria aun cuando la violación del derecho no haya acaecido (condena a prestación futura); como hay también sentencias encaminadas a prevenir la violación, que no son precisamente sentencias declarativas (sentencias que conceden providencias conservativas o provisionales, por ejemplo, el secuestro) (3). Si, por el contrario, no se exige en la sentencia condena-

(1) Kisch, Helmann, Kohler y Holder.
(2) Wach y Schmidt.
(3) Chiovenda, loc. cit.

toria que haya habido violación de derecho sino el simple estado de no satisfacción, entonces se cae en el defecto de hacer sólo una distinción aparente entre una y otra especie de sentencias, porque también la sentencia de simple declaración presupone el derecho aún no satisfecho; la declaración de un derecho ya satisfecho no es posible por falta de interés en el titular.

Más exacta que las anteriores es la doctrina que pone en relación la sentencia de condena con la ejecución forzosa, y hace consistir la diferencia entre las dos especies de sentencias en que de la simple declaración no puede nunca derivarse una ejecución forzosa, mientras que la posibilidad de dar lugar a una ejecución forzosa es lo que caracteriza a la sentencia de condena. Que la distinción entre las dos especies de sentencia se hace relativamente a la ejecución es indudable; pero afirmar que la diferencia está en que la una no constituye y la otra sí título para la ejecución forzosa no es resolver el problema, es cerrarse en la diferencia de efectos, no sobre la diferencia de naturaleza de la sentencia declarativa frente a la de condena. Ni tampoco, si bien aquí nos acercamos más a la solución exacta, se sorprende en su momento esencial la diferencia cuando se afirma que, mientras la sentencia declarativa tiene la única función de hacer cierto el derecho, la sentencia condenatoria tiene además la de formar la convicción de los órganos del Estado sobre la ulterior actualización del derecho. La simple certidumbre del derecho derivada de la sentencia, implica, ya de por sí, necesaria-

mente, la convicción de los órganos del Estado sobre su actualización. La convicción es, en efecto, un estado psicológico que consiste en la conciencia por parte del sujeto conocente del conocimiento adquirido. Ahora bien, adquirido el conocimiento del derecho por medio de la declaración, se adquiere también el conocimiento de su actualización, porque la actualizaión del dereho no es algo que esté fuera de él, un elemento que pueda no coexistir con el derecho, sino una cualidad inherente al derecho, que, por tanto, no tiene necesidad de ser conocida separadamente de éste.

63. Que la distinción entre sentencia declarativa y sentencia condenatoria se hace en relación con la ejecución, ya hemos dicho que no puede ponerse en duda. Como la diferencia práctica esencial entre una y otra especie se manifiesta en las relaciones de ejecución, esto indica de un modo seguro que, aun teóricamente, es aquí donde se debe buscar la distinción. Si la sentencia condenatoria da lugar a la ejecución forzosa y la declarativa no da lugar, ello significa que en la primera existe algún elemento que hace posible la ejecución, el cual falta en la segunda. Tal elemento es la condena, la cual debe considerarse como conminatoria de la ejecución forzosa hecha por el juez al obligado en caso de la inobservancia de la obligación que le incumbe. Por la naturaleza misma de la ejecución forzosa y por las particulares restricciones que implica a la libertad individual, la ley no permite que se proceda a la ejecución si no hay una conminatoria expresa de ejecución

forzosa, dirigida individualmente al obligado por el órgano principal de la jurisdicción, esto es, por el mismo juez (1). Desde este punto de vista la orden contenida en la sentencia condenatoria no es una inútil duplicación del mandato ya contenido en la norma y declarado en la sentencia: lo que hay más y lo que hay de especial en aquella orden es la precisa e individual conminatoria de ejecución forzosa en caso de inobservancia (2). Esta es la razón por la cual la sentencia declarativa no da lugar a la ejecución, sino sólo a una acción para obtener del juez aquella especial conminatoria que hace posible la ejecución (3).

---

(1) Esta conminatoria es superflua en el caso de declaración convencional del derecho por documento público, porque el obligado, habiendo participado en el acto, se presume que tuvo conocimiento preciso y determinado de la conducta a que está obligado.

(2) Para que la conminatoria sea seria y eficaz, es necesario que se refiera al cumplimiento de una obligación posible y coercible: por esta razón la condena es en el cumplimiento específico, cuando éste es posible y coercible; y es alternativamente, en el cumplimiento específico y en el equivalente económico (resarcimiento de daños) cuando el cumplimiento específico es posible, pero no es coercible; y por último, en el equivalente, cuando el cumplimiento específico no es posible (Cfr. Cammeo). Por lo demás, este argumento del objeto de la condena que no es otra cosa que el objeto de la ejecución forzosa (y se comprende dado el concepto de la sentencia de condena expuesto en el texto), pertenece a la teoría de la ejecución. En cuanto a las diferencias sobre este punto, entre el derecho germánico y los derechos latinos, véase Menestrina, *La acción en la ejecución*, Viena, 1901, págs. 183 y sig.

(3) Cuanto se dice en el texto nos da el modo de resolver la conocida cuestión: si es posible condenar a una prestación condi-

De este modo queda netamente determinada la distinción entre sentencia declaratoria y sentencia condenatoria: la primera es una sentencia pura simple, o sea un juicio lógico sobre la existencia o no existencia de una relación o estado jurídico; la segunda es una sentencia, a la cual se añade una específica conminatoria de ejecución forzosa dirigida al obligado; la primera es un puro juicio lógico, la segunda un juicio lógico más un acto de voluntad (1). Pero en cuanto es sentencia, también la sentencia condenatoria es un juicio lógico; la conminatoria es ya un acto preparatorio de la ejecución.

Eliminada, pues, la categoría de las sentencias constitutivas, a la tricotomía de la sentencia comúnmente admitida, substituímos la dicotomía: sentencias puras y simples, o sentencias declarativas; sentencias ejecutivas o sentencias

---

cionada o futura. Que una sentencia de declaración es posible en tal caso no hay duda; pero no es aceptable la opinión por la cual, en el momento en que la prestación es debida, la sentencia da lugar a la ejecución (así Wach, Schmidt); cuando falta la conminatoria específica de la sentencia de condena, la ejecución no es ya concebible; por consiguiente, tampoco en este caso (así Weismann, Langheineken, Helwigg, Kisch y Stein). Creemos, sin embargo, posible una sentencia de condena a prestación futura cuando la prestación es debida incondicionalmente a una sentencia fija y predeterminada (siempre, se entiende, cuando haya interés en la condena inmediata); en este caso es posible desde el principio una orden de prestación con conminatoria de ejecución forzosa en caso de incumplimiento. En este sentido, substancialmente los párrafos de la nueva Ordenanza alemana, sobre los cuales véase Weismann, Kisch y Helwigg.

(1) En el sentido del texto, Weismann y Langheineken.

de condena. Las sentencias llamadas constitutivas, de ordinario revisten la forma de sentencias de simple declaración, sin que por esto se excluya en algún caso la posibilidad de que, añadida a la declaración la conminatoria específica de ejecución forzosa, se presenten también como sentencias de condena.

64. Además de ésta son naturalmente posibles otras distinciones: una de las más importantes es la que tiene por base de clasificación la naturaleza de la relación sobre que versa la sentencia, o sea el objeto o materia de la sentencia. Aquí la distinción podría multiplicarse, siendo a su vez la clasificación de las relaciones susceptibles de variadísimas distinciones; pero nosotros queremos aludir a la división de las relaciones, para nosotros más interesante, en relaciones de derecho material y relaciones de derecho procesal (relaciones primarias y secundarias). Desde este punto de vista la clasificación de las sentencias nos da dos categorías principales de decisiones:

A) Sentencias que versan sobre relaciones de derecho material, o sea, como se dice comúnmente, sobre el fondo;

B) Sentencias que versan sobre relaciones de derecho procesal, o sea, según la expresión común, sobre la forma.

Estas, a su vez, se pueden dividir en:

a) Sentencias que versan sobre el derecho a obtener la sentencia sobre el fondo (las llamadas sentencias sobre presupuestos procesales);

b) Sentencias que versan sobre el derecho a obtener un determinado medio de prueba;

c) Sentencias que versan sobre el derecho a obtener un determinado acto ejecutivo, definitivo o simplemente provisional (por ejemplo: un secuestro).

65. Otra distinción también importante es la que parte del punto de vista de las relaciones entre la sentencia y el procedimiento en el curso del cual ha sido pronunciada. Desde este punto de vista las sentencias pueden dividirse en:

A) Sentencias finales, o, aunque menos exactamente, definitivas, las cuales cierran el procedimiento: éstas se pueden subdividir en:

a) Sentencias finales que versan sobre la relación material; éste es el caso normal en que la sentencia decide definitivamente la litis;

b) Sentencias finales que versan sobre relaciones procesales: que son las que versando sobre el derecho a obtener la sentencia sobre el fondo, el juez niega esté derecho al actor, ya por falta de capacidad procesal, ya por falta de interés, ya por falta en el mismo juez de la facultad de decidir la litis (incompetencia por el valor, por la materia, por el territorio) sea por vicios de forma en la proposición de la acción. En todos estos casos el juez pone fin al procedimiento con fallar sobre la relación material, la cual queda sin prejuzgar, y puede ser de nuevo sujeta al examen del juez.

B) Sentencias interlocutorias, en sentido lato, las cua-

les no cierran el procedimiento, sino que deciden una cuestión en el curso del mismo: por consiguiente, una cuestión singular. Estas sentencias se pueden subdividir en:

a) Sentencias que fallan sobre una relación singular de derecho material (interlocutoria en sentido estricto). Es posible una división del razonamiento del juez sobre el fondo: cuando el magistrado decide un punto singular del fondo que está preparado para fallo, tenemos una sentencia interlocutoria sobre el fondo; estas sentencias, en el procedimiento común, se llamaban *interlocutiones vim definitivae habentes* (1).

b) Sentencias que en el curso del procedimiento versan sobre una relación singular de derecho procesal (sentencias incidentales o también preparatorias), las cuales se subdividen en:

1o. Sentencias incidentales sobre el derecho a obtener la sentencia: así, por ejemplo, las sentencias que fallan sobre incompetencia (art. 189).

2o. Sentencias incidentales sobre el derecho a obtener un medio de prueba.

3o. Sentencias incidentales sobre el derecho a obtener una providencia ejecutiva, de naturaleza provisional.

La distinción de las sentencias en finales o definitivas e interlocutorias, que ha tenido, y tiene todavía, en otras legislaciones grande importancia práctica, especialmente res-

(1) Cfr. el excelente Tratado de Menestrina, *La prejudicial*, y los autores allí citados, al que se puede añadir Kleinfeller. Mattirolo pasa en silencio esta especie de sentencias interlocutorias.

pecto a la posibilidad de la apelación, no conserva hoy ninguna en nuestro derecho positivo vigente, puesto que bastante oportunamente, considerando las graves dificultades a que la práctica anterior había dado lugar, el Código italiano de procedimiento civil desterró toda diferencia de apelabilidad entre unas y otras sentencias, declarándolas apelables todas, aun las interlocutorias, cualquiera que fuese su naturaleza (art. 481 del Código de procedimiento civil). Y decimos que fué oportuna esta disposición, porque queriendo mantener el principio del doble grado de jurisdicción para todas las cuestiones concernientes al fondo de la controversia, la distinción entre interlocutorias que prejuzgan el fondo e interlocutorias que no lo prejuzgan, se imponía como una necesidad absoluta lógica y práctica. Pero es sabido cuántas dificultades ofreció a la doctrina y a la jurisprudencia francesa esta distinción; dificultades dependientes de la naturaleza de las cosas, y, por consiguiente, del todo insuperables. Si desde un punto de vista abstracto la decisión sobre la forma (incidental) es netamente distinta de la decisión sobre el fondo, prácticamente y de hecho es imposible que una no tenga sobre la otra ninguna influencia. Y aquí se presenta precisamente el problema de la importancia de la forma en la substancia del procedimiento civil: ahora bien, que esta importancia existe y es grande, lo demuestra precisamente el hecho de que, a pesar de los inevitables inconvenientes a que dan lugar las formas en la declaración y en la realización del derecho, el principio del formalismo en el pro-

cedimiento es admitido en todas las legislaciones y considerado como una indeclinable necesidad de la doctrina y de la práctica. Abstractamente, pues, ninguna decisión sobre una mera relación procesal debería prejuzgar el hecho: en realidad todas lo prejuzgan. La distinción, por consiguiente, entre interlocutorias que prejuzgan, e interlocutorias que no prejuzgan el fondo, se hace prácticamente inaplicable, y al legislador no le queda más que dar a las sentencias interlocutorias el mismo trato que a las definitivas.

66. Otra división de las sentencias parte del criterio de su impugnabilidad, o sea de la posibilidad o imposibilidad de obtener, en límites más o menos amplios, un nuevo examen de la cuestión decidida. Obsérvese a este propósito que la impugnabilidad es cosa distinta de la retractabilidad o revocabilidad, que consiste en la facultad del mismo órgano jurisdiccional que emitió una decisión de retornar sobre ella a instancia del interesado o de oficio: este principio no encuentra nunca aplicación respecto de la sentencia que, como tal, es siempre irrevocable para el juez que la pronunció. La sentencia puede ser, en cambio: impugnable, si aún queda abierta contra ella una vía de recurso (oposición, apelación o casación); no impugnable, si no hay o no son posibles vías de recurso contra ella. La inimpugnabilidad de las sentencias constituye lo que los alemanes llaman la fuerza legal formal de la sentencia *(formelle Rechtskraft)*, esto es, la eficacia obligatoria de la sentencia respecto al procedimiento, de que forma

parte (o mejor estaría decir, el supuesto formal de la cosa juzgada) en contraposición a la fuerza legal material *(materielle Rechtskraft)*, esto es, la eficacia obligatoria de la sentencia respecto a otro procedimiento (nosotros diríamos: la autoridad de cosa juzgada de la sentencia), para la cual es necesaria, además, la identidad entre la relación acreditada y la que se va a acreditar en todos sus elementos (sujeto, objeto, causa jurídica).

67. Recordemos también la división que puede hacerse de las sentencias, respecto a su fuerza ejecutiva, en sentencias ejecutivas y sentencias no ejecutivas, puesto que, por el sistema del doble grado de jurisdicción vigente en nuestro derecho, no todas las sentencias son exigibles, sino sólo aquellas que no están sujetas a oposición o a apelación y las que han sido declaradas por el juez provisionalmente ejecutorias (1).

68. Por último, ulteriores distinciones entre las sentencias se pueden hacer según que hayan sido o no precedidas de juicio contradictorio (sentencias en contradictorio o sentencias en rebeldía), según que hayan declarado o negado la existencia de la relación (sentencias afirmativas o negativas), según que hayan sido pronunciadas en materia civil o mercantil (sentencias civiles o mercantiles), y así sucesivamente, según los diversos criterios tomados como base de la distinción, los cuales se pueden multiplicar fácilmente.

---

(1) Mortara, *Manual*, Mattirolo, *Tratado*, véase pág. 212. De Palo, *Título Ejecutivo*, pág. 123 y siguientes.

CAPITULO PRIMERO

La teoría general de la interpretación de las normas jurídicas y su aplicación a las categorías particulares de normas

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema: ¿existe una teoría especial de la interpretación de las leyes de procedimiento? — 2. Tendencia dominante: los principios de interpretación son principios generales, válidos en todos los campos del Derecho. — 3. Teoría de Scialoia sobre la particularidad y relatividad de las normas de interpretación. Su crítica: naturaleza de los principios de interpretación. — 4. Principios generales y principios particulares de interpretación.

1. Un estudio sobre la interpretación de las leyes procesales como el presente, si bien no pretende agotar tan interesante tema, sino mostrar solamente su importancia y tocar sus puntos fundamentales, debe resolver, ante todo, un problema preliminar, o sea, el de la razón de ser de una investigación especial sobre interpretación de las leyes de procedimiento. ¿Existe, en realidad una teoría particular de la interpretación de las leyes procesales? O bien, ¿debe considerarse el problema de la interpretación sólo desde un punto de vista general, sin atender a la naturaleza particular de las normas a que se aplica, y su estudio, por tanto, reservarse a la llamada "teoría general del derecho"? De los trabajos de los procesalistas que hasta ahora se han ocupado del tema, no parece destacarse la existencia de una teoría autónoma de la interpretación del derecho procesal. Ordinariamente las páginas dedicadas a la interpretación en los tratados y en los cursos sobre procedimiento, contienen reconstrucciones a menudo va-

liosas, a veces verdaderamente magistrales, de la teoría general de la interpretación de las leyes; pero sólo se refieren al derecho procesal indirectamente y como de pasada (1). Es-

(1) Se han ocupado de la interpretación en forma especial Menger, *System des Oesterreichischen Zivilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung,* Wien, 1876, págs. 106-128; y Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts,* Leipzig, 1885, páginas 254-309. Pero Menger sólo trata de la interpretación de las leyes de procedimiento a propósito del párrafo 437 del Reglamento General Judicial austriaco de 1781, que pretendía restringir el uso de la analogía en materia procesal (Menger, *System,* pág. 121). Wach, a su vez, se limita a tomar del derecho procesal civil un número considerable e interesante de ejemplos como ilustración de los principios generales sobre interpretación de las leyes; en tal virtud, más qne una teoría de la interpretación de las leyes procesales, nos ofrece una teoría de la interpretación de las leyes, para ilustrar la cual le sirven de guía las leyes procesales. Sin embargo, en Wach, hay indicios de normas de interpretación propias de las leyes procesales civiles: v., p. ej.: pág. 277, sub. II, 2, *in fine.* También Simoncelli, en su *Corso di diritto giudiziario civile,* sustentado en la Universidad de Roma, suele estudiar in extenso y de manera excelente la interpretación; pero también expone la teoría de la interpretación de las leyes en general, no de la interpretación de las leyes de procedimiento (cfr. Simoncelli, *Corso di diritto giudiziario civile* (lit). año 1902-03, pág. 63 y sig.). Encuéntranse en cambio, breves, pero interesantes alusiones a una teoría especial para la interpretación de las leyes de procedimiento en Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile:* Curso de lecciones del año 1905-06, Nápoles, 1906, págs. 95-96. La observación hecha en el texto a propósito de la interpretación de las leyes procesales civiles es pertinente también en lo que toca a la interpretación de las leyes de procedimiento en materia penal, cuya exposición excede los límites del presente estudio. De la misma manera, se encuentran principios generales de interpretación y no reglas especiales para la interpretación de las leyes de procedimiento penal, en los capí-

to puede parecer a primera vista muy significativo. Si al ocuparse de la teoría de la interpretación en sus tratados y en sus cursos de procedimiento civil, procesalistas de gran valer, en Austria, Alemania e Italia, no hacen ninguna alusión a una teoría especial sobre interpretación de las leyes de procedimiento, es lógico inferir que dicha teoría no existe. Pues bien, no obstante este testimonio acerca de la inexistencia de normas de interpretación propias del derecho procesal —atestación completamente negativa, aun cuando muy elocuente y sobre todo autorizada— estamos convencidos de la existencia de dichas normas. Es, pues, esencial decir por qué y cómo existen; y es esencial no sólo porque de este modo se demuestra la razón de ser y la utilidad del problema que deseamos resolver, sino porque se ponen también las bases de su solución, se establece la naturaleza de estas normas; se indican los criterios para deducirlas; se determinan las relaciones que las ligan a las normas generales de interpretación y los límites que las separan de éstas.

2. La doctrina de la interpretación de las leyes —que como otras muchas fué elaborada por los intérpretes del de-

---

tulos dedicados a la interpretación por Bennecke y Beling, *Lehrbuch des deutschen Reichs Strafprozessrechts*, Breslau, 1900, págs. 24-27, y por Birkmeyer, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlín, 1898, págs. 35-44, quien declara explícitamente (pág. 35): "Para la interpretación de las leyes de procedimiento penal del Imperio, son generalmente aplicables las mismas reglas que para la interpretación de las leyes en general y de las leyes del Imperio Germánico en particular". Y expone estas reglas generales: "*allein da über diese Regeln durchaus Keine Uebereinstimmung der Ansichten besteht*".

recho romano (2)—, figuró por largo tiempo en la tradición científica como parte integrante de la teoría de las fuentes del derecho. Y como ésta constituía en los tratados sistemáticos una parte previa a la exposición del derecho privado, del mismo modo, la teoría de la interpretación se consideraba como una parte preliminar del derecho civil. Naturalmente, esta tradición científica influyó sobre la práctica legislativa y cuando los principios de interpretación se convirtieron en artículos de ley encontraron un lugar en el Código Civil, como parte integrante de él, o al menos, como una especie de preliminar o introducción a las disposiciones del Código (3). Sin embargo, substancialmente no se ponía en duda que las reglas de interpretación, expuestas en los tratados y establecidas en los Códigos, fuesen no sólo principios particulares al derecho privado, sino principios generales que dominan todo el campo de la aplicación del derecho; éste último concepto encontraba su expresión en la frase, repetida a menudo, de que esos principios constituían una ley de leyes. Generalmente el problema de la *naturaleza* de las normas de interpretación como normas comunes a todo el campo del derecho, no se profundizaba; en la misma exposición de Savigny, que hizo época en la materia, se consideran, en cierto modo, co-

(2) Sigue siendo fundamental la exposición de Donello, *Commentarii iuris civilis*, I. págs. 13 y sig.

(3) Este es precisamente el caso del Código Civil italiano, artículos 3o. y 4o. Entre los demás códigos civiles vigentes que contienen disposiciones sobre interpretación se encuentran: el austriaco, artículos 6o. y 7o.; el portugués, artículos 11 y 16. y el español, artículo 6o.

mo verdaderas normas de derecho positivo, y también como la expresión de una lógica general, invariable (4). Pero aún cuando la doctrina germánica encauzó sus investigaciones sobre el punto, y afirmó que las normas de interpretación son verdaderas normas de derecho, y, precisamente, dirigidas al juez (5), el carácter general de las normas de interpretación se reafirma. En efecto, reivindicada para el derecho procesal la teoría de la interpretación, ésta se presenta necesariamente como independiente de la naturaleza particular de las leyes a las cuales se refiere, del mismo modo que las normas que regulan la actividad del Estado para la actuación del derecho son, hasta cierto punto, independientes de la naturaleza de las relaciones particulares de derecho material cuya certeza se trata de declarar y realizar.

3. A esta tendencia, que es verdaderamente dominante, y que considera las normas de interpretación como normas

---

(4) Cfr. Savigny, *System des heut. röm. Rechts,* Berlín, 1840, I, págs. 206 y sig., 311 y sig. Encontramos conceptos bastante precisos sobre la naturaleza de las reglas de interpretación en Windscheid, *Pandette,* § 20, *in fine:* "La interpretación puede hacerse, o *mediante libre investigación* o *por medio de norma jurídica.* Solamente la primera clase de interpretación es verdadera interpretación; la segunda es, en esencia, el establecimiento de un derecho nuevo, con la adición del precepto de que el derecho nuevamente establecido debe considerarse como ya contenido en una norma anterior. De todas maneras en este lugar sólo debe tratarse de la primera especie de interpretación. Pero ésta, más que una ciencia susceptible de ser enseñada, es un arte que debe aprenderse; la teoría no puede hacer otra cosa que llamar la atención sobre los caminos a seguir".

(5) Véase particularmente Danz, *Die Auslegung der Rechts geschäfte,* Jena, 1897, págs. 3, 85 y sig.

generales, comunes a todo el campo del derecho, se ha opuesto recientemente Scialoia (6). Para este autor los principios sobre interpretación de las leyes son esencialmente relativos. Relativos, ante todo, en cuanto al tiempo y al lugar, porque siendo la interpretación reconocimiento de la existencia de la ley, los principios que la regulan forman parte también de las normas que sirven a la formación de la ley, y éstas son en gran parte normas consuetudinarias (el derecho que rige a las leyes sólo puede ser esencialmente consuetudinario), pero sobre todo, son normas que dependen de la estructura del ente político al que la ley pertenece y, por consiguiente, variables según los tiempos y los lugares, de acuerdo con la modificación en la organización del Estado. Por esta razón, las reglas sobre interpretación son relativas a las diversas especies de leyes a las cuales deben aplicarse: el derecho general, fundamental, que rige la organización del Estado y la formación de las leyes, impone sean interpretadas de manera distinta según su diversa naturaleza, de lo que resulta que las leyes civiles se interpretan, entre nosotros, de modo diverso que las penales, porque el principio de la libertad individual sirve de límite a las leyes restrictivas, y las administrativas se interpretan de distinta manera de unas y de otras porque se aplican tomando en cuenta el fin que se propone y por el cual está dominada cada una de las leyes (7).

Lo que dice Scialoia, es en nuestra opinión, en gran

(6) Vittorio Scialoia, *Sulla teoria della interpretazione delle legi*, en los *Studi in onore di* F. Schupfer, *Diritto Odierno*, Torino, 1896, págs. 303 y sig.

(7) Véase Scialoia, *op. cit.*, especialmente págs. 306 y 307.

parte verdadero, que no en todo. Es cierta la observación que le sirve de punto de partida: que una misma norma jurídica, expresada con iguales palabras puede interpretarse de modo diverso según sea la organización política del Estado que la establece. Pero esto no significa de ninguna manera que los principios sobre interpretación sean normas de derecho público, variables según los tiempos y lugares, al cambiar la organización política del Estado. Significa solamente que ninguna norma jurídica puede interpretarse aisladamente del conjunto del sistema jurídico general del cual forma parte; que toda variación, aún parcial, en las normas jurídicas que constituyen el sistema, repercute de manera más o menos sensible, en todas las demás normas del mismo: en fin, que tal repercusión es particularmente sensible por los cambios en las normas fundamentales del sistema, es decir, en aquellas que regulan la organización política del Estado. Así por ejemplo, es verdad que una misma norma de derecho penal puede interpretarse de distinto modo en un Estado libre que en un Estado despótico; en este último podrá extenderse por analogía, en tanto que la extensión analógica estará vedada en el primero; y esto se debe a que en el Estado de derecho el principio de libertad domina, como regla generalísima, toda la legislación positiva y frente a él cualquiera norma penal es excepcional; por el contrario, en el Estado policía, donde no

---

Las ideas de Scialoia han encontrado amplia acogida en Italia. Se adhirieron a ellas: Romano, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, en *Filangiere*, 1899, págs. 242 y 246; Simoncelli, *Corso di diritto giudiziario civile*, págs. 69-70, y Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, pág. 95.

existe autolimitación de los poderes del Estado frente a los ciudadanos, la sujeción completa de éstos a la voluntad del Estado, constituye la regla, y el derecho penal debe considerarse, no como desviación de principios generales, sino como aplicación de ellos. No se trata, pues, de distintas reglas interpretativas, sino de aplicación a casos diversos y, en consecuencia, con distinto resultado, de un principio de interpretación único: aquel que enseña a relacionar, en cualquier caso, la norma particular que se desea interpretar, con todo el sistema general del derecho, público y privado, escrito y consuetudinario, vigente en determinada sociedad política. Parécenos, pues, que no es de aceptarse esta primera parte de las conclusiones de Scialoia, relativa a que las normas de interpretación sean normas principalmente consuetudinarias y que varían al variar el ordenamiento político del Estado. Creemos, por el contrario, que existen reglas generales de interpretación de las normas jurídicas, fijas, inmutables, independientes de la concreta organización política del Estado. Con esto, nótese bien, no queremos decir absolutamente que estas reglas constituyan una especie de derecho natural o racional, válido para todas las épocas y lugares y superior en consecuencia, a la ley ya establecida. Antes bien, creemos, simplemente que las normas para la interpretación de las leyes no son normas jurídicas. Esta observación sencillísima nos explica la verdadera naturaleza de los principios relativos a la interpretación de las leyes y nos da la razón de su índole absoluta e inmutable. Y que no son normas jurídicas nos lo demuestra una aguda observación que hace el mismo Scialoia. Para probar que las normas de in-

terpretación pertenecen al derecho público fundamental, y como tales, están regidas principalmente por la costumbre, Scialoia pregunta: ¿quién podría dictar las normas para interpretar las leyes de interpretación? (8). Nada más exacto. Si las normas de interpretación son normas jurídicas, son por lo mismo voluntad colectiva declarada y deben, consecuentemente, ser interpretadas. Pero de esta premisa no debe sólo concluirse, como lo hace Scialoia, que las normas de interpretación son normas de derecho consuetudinario, porque también las normas consuetudinarias se interpretan (9), y entonces puede replicarse y contestar la pregunta de Scialoia con otra pregunta: ¿con qué normas habrán, pues, de interpretarse las normas consuetudinarias sobre interpretación? Nos encontramos, por consiguiente, en un círculo vicioso sin salida. Lo absurdo y estéril de los resultados a que conduce el estudio del problema planteado en estos términos, nos advierte que nos encontramos fuera de camino, que es falsa la premisa de que partimos, o sea, que las normas de interpretación de las leyes son normas jurídicas (10). Y que no son normas jurídicas,

---

(8) Scialoia, *obra citada,* pág. 307.

(9) Windscheid, *Pand.*, pfo. 20 *in fine*, pfo. 22 *in fine;* Ferrini, *Pand.*, núm. 19; Chironi y Abello, *Trattato di diritto civile,* I, Torino, 1904, pág. 55; Wach, *Handb.*, pág. 255, aunque afirme que puede hablarse de una interpretación del derecho consuetudinario sólo en el sentido más amplio, porque todo acto es objeto de explicación; admite, sin embargo, que hay actividades en la interpretación que se aplican por igual al derecho escrito y al no escrito.

(10) La concepción de Scialoia, en el sentido de que las normas de interpretación son normas jurídicas, variables según

sino principios de diversa naturaleza, nos lo demuestra el concepto y la función misma de la interpretación. El proceso de interpretación consiste, como es bien sabido, en ir de las manifestaciones externas de la voluntad colectiva expresada en la ley o en la costumbre, a la voluntad misma, a fin de determinarla en su contenido (11). Ahora bien, no se concibe que

---

las diversas legislaciones positivas, es considerada como confusa por Wach, *Handb.*, págs. 254-255: *"Die Theorie der Gesetzesauslegung (iuristische Hermeneutik) ist die Lehre von der Feststellung des gesetzesingaltes... sie steht unter Grundsätzen, welche entweder positivrechtslich oder aus der Natur des Sache, dem Wesen des Gesetze und der Interpretationsaufgabe abgeleitet sind"*. Danz, *Auslegung der Fechtsgeschâfte*, págs. 85-86, y de manera especial Messina, *L'interpretazione dei contratti*, fasc. I, Macerata, 1906, han sostenido recientemente en forma vigorosa que los cánones de interpretación son verdaderas normas jurídicas.

(11) La doctrina reconoce en la actualidad que la ley es voluntad del Estado, y, por ende, voluntad colectiva declarada, cfr. Wach, *Handb.*, pág. 256; Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, I, pág. 197; Merkel, *Iuristische Encyclopädie*, 3a. ed., Berlín, 1904, § 102; Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, 23; Cammeo, *La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto pubblico*, en el *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano* de *Orlando*, I, págs. 13 y sig.; Vanni, *Corso di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, págs. 73 y 83; Anzilotti, *Teoria della responsavilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, págs. 3 y sig. Pero también la costumbre es voluntad colectiva declarada, cfr. Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia*, § 20, y por último, Del Vecchio, *Il Concetto del diritto*, Bologna, 1906, págs. 74-77. Por tanto, Binding en su *Handbuch*, pág. 197, afirma: *Alles objektive Recht ist erklârter Gemeinwille*.

En relación con el *elemento voluntad en la norma* jurídica o elemento *imperativo del* derecho, v. Thon, *Rechtsnorm und*

existan normas jurídicas, es decir, declaraciones de voluntad colectiva, que tengan por objeto determinar el contenido de esa misma voluntad. No se puede *querer querer:* se quiere, simplemente (12). En general, siempre que nos encontramos frente a preceptos que tienen por objeto fijar de antemano la interpretación de un fenómeno, sólo hay dos hipótesis posibles. O se trata de verdaderas normas jurídicas, es decir, de preceptos dirigidos a la voluntad, y entonces resulta que el derecho sólo *aparentemente* atribuye efectos jurídicos al hecho en cuestión, pero *sustancialmente* toma como causa eficiente de tales efectos los hechos reconocidos como índices necesarios y suficientes del fenómeno, realizándose de esta manera una forma de *ficción* jurídica. Así, en el sistema de las *pruebas legales* en realidad se substituye a la verdad material, por virtud de una ficción de la ley, una verdad completamente for-

---

subjektives Recht, Weimar, 1878, § 21; Bierling, *Zur Kritik der juristischen Allgemeine Rechtslehre*, en la *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* de *Holtzendorff*, 5a. ed., Leipzig, 1890, § 4, y *Juristische Encyclopädie*, § 42. Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, páginas 25 y sig.; Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, 1887, págs. 15 y sig.; Hold Von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903-1906, I, págs. 98 y sig.; y muy recientemente, Messina, *L'interpretazione dei contratti*, págs. 51 y sig. Por lo que toca a las relaciones entre el momento externo y el momento *interno* de la acción en general, y del acto volitivo en particular, véanse las acertadas observaciones de Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, págs. 11 y sig.

(12) Por esta razón la llamada *interpretación auténtica*, o sea la interpretación de una ley por medio de una ley, no es verdadera interpretación, sino formación de un derecho nuevo: Windscheid, *Pandette*, § 20; Ferrini, *Pand.*, núm. 20; Wach, *Handbuch*, pág. 255.

mal, tal como resulta de ciertos hechos a los que se atribuye un valor predeterminado. Por el contrario, cuando sólo se quiere dar una guía para conocer cierto fenómeno en su existencia real, como ocurre tratándose de las normas de interpretación, no se imponen ya normas de conducta a la *voluntad*, sino que se enuncian reglas que debe seguir la *inteligencia* para llegar a un conocimiento determinado. El campo de aplicación de la norma ética, en general, y en particular el de la norma jurídica es el campo de la voluntad y el de la acción (13), mientras que en la interpretación está en juego la inteligencia, pero no la voluntad; no hay fines posibles que realizar entre los cuales la voluntad pueda decidirse, sino que existe una verdad por conocer. Ahora bien, la actividad cognoscitiva, está regulada por leyes, pero éstas son muy diversas de las éticas que se refieren a una acción posible y permiten su violación (14); aquellas son las llamadas *leyes lógicas* que regulan el proceso del conocimiento: éstas se asemejan más a las leyes

---

(13) Cfr. Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia*, § 4, 5 y 8; Vanni, *Filosofia del diritto*, págs. 91, 105 y sig.; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, págs. 10 y sig. Si todo precepto jurídico es exteriorización de voluntad (Merkel, *Iuristische Encyclopädie*, § 42), es natural que debe dirigirse a una voluntad, porque —como observa Bierling— toda voluntad puede referirse a un obrar futuro, ya sea de la persona que quiere o de alguna otra. (Bierling, *Zur Kritik d. juristischen Grundbegriffe*, II, pág. 342). Cfr., también Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, págs. 77 y sig., y Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, 1887, págs. 16 y sig., 22 y sig.

(14) Uno de los caracteres relevantes de la norma jurídica es que puede ser violada, cfr. Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, págs. 46 y sig.

naturales que a las éticas, aun cuando no debe clasificárselas sin discriminación junto con aquellas en una categoría única. Las llamadas normas de interpretación de las leyes, son, pues, simplemente cánones de lógica; el derecho es sólo la *materia* a la cual se aplican las leyes lógicas, que son evidentemente formales. Así como hay una lógica matemática, una de las ciencias naturales, una de las ciencias históricas, una de las estadísticas, etcétera, de la misma manera existe una lógica de las ciencias jurídicas o lógica jurídica. El problema de la lógica jurídica es un aspecto del problema de la lógica general, que como es sabido, se propone establecer las leyes conforme a las que se desarrolla el proceso del conocimiento, y según las cuales se puede proceder, sin error, de una verdad conocida a una verdad desconocida. Lo que se conoce son las manifestaciones externas de la voluntad colectiva, las palabras o los actos con que fué expresada, las circunstancias en que dichas manifestaciones tuvieron lugar, las razones que ocasionaron las manifestaciones particulares, la correlación en que cada manifestación se encuentra respecto de otras manifestaciones de la misma voluntad colectiva, etc. Lo que se desea conocer es el contenido preciso de la voluntad colectiva que se manifiesta por esos signos. En lógica este procedimiento se llama *prueba por signos o prueba entimemática*, según la expresión de Aristóteles (15).

4.—La conclusión de que las reglas sobre interpretación de las leyes no son normas de derecho (16), sino cánones de

(15) Masci, *Lógica*, Nápoles, 1903, págs. 333 y sig.

(16) Debe considerarse, pues, como inútil, si no perjudi-

lógica, tiene, además de otras consecuencias importantes para la teoría de la interpretación, dos de particular interés para nuestra materia. Por una parte, confirma, contra Scialoia,

---

cial, la fijación de cánones de interpretación por el legislador y precisamente fueron eliminadas en el proyecto definitivo del Código Civil Germánico vigente las disposiciones sobre interpretación contenidas en el proyecto primitivo, cfr., sobre esto Holder, en el *Arch. Für die Zivilistische Praxis*, LXXIII, págs. 8 y sig; *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetsbuchs*, I, págs. 2 y sig.; Segré, *La parte generale del codice civile germanico*, en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXX, págs. 3 y sig. Contra el carácter jurídico de las normas de interpretación, v. también Rocholl, en la *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, X, págs. 312 y sig.; Wurzel, *Das iuristische Denken*, Wien, 1904. Pero adviértase que cuanto se dice en el texto sólo se refiere de un modo directo a los principios sobre interpretación *de las leyes*, y no a los principios para la interpretación *de los negocios jurídicos*. Pues en nuestra opinión, las reglas establecidas en los códigos sobre interpretación de las declaraciones privadas de voluntad no deben considerarse como normas jurídicas *de existencia autónoma;* porque a ello se opone la naturaleza general imperativa del derecho. Mas, a semejanza de las demás normas que no contienen un precepto jurídico autónomo sino que están destinadas a *explicar* el contenido de otras normas (normas explicativas o declarativas; cfr. Thôn, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, § 33 y sig.; Windscheid, *Pand.*, § 27), no deben considerarse como normas autónomas, sino como parte de otras normas (cfr. Thôn, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, pág. 347), de lo que se sigue que las reglas sobre interpretación de los negocios jurídicos, no son otra cosa que normas complementarias de aquellas que atribuyen eficacia jurídica a las declaraciones de voluntad de los particulares. Por tanto, las reglas de los artículos 1131 y sigs., del Cód. Civ., no son, sino complemento y explicación de las normas contenidas en los artículos 1908, 1123 y 1130, de las que jurídicamente forman parte. En relación con el problema de si las normas para

que existen principios o cánones de interpretación válidos para todos los campos del derecho, inmutables y verdaderos para todas las épocas y lugares. Por otra, prueba en favor de Scialoia, que, además de estos principios generales, hay otros que son particulares a las distintas categorías de normas, según la diversa naturaleza de éstas, o mejor dicho, según la diversa naturaleza de las relaciones que están destinadas a regular. Ante todo, existen cánones generales de interpretación que se deducen de la naturaleza de la norma jurídica como tal, o sea, del concepto mismo del derecho. De ese modo se establece, por ejemplo, que por ser la ley manifestación de la voluntad del Estado, el conocimiento de esta voluntad contenida en la ley, es el objeto de la interpretación; que para co-

---

interpretación de los negocios jurídicos deben considerarse como pertenecientes a la categoría de las normas *supletorias* (normas válidas a falta de una declaración de voluntad de los particulares (cfr. Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlín, 1897, págs. 56 y sig. Nos inclinamos a creer que se trata no de normas destinadas a *integrar* la *omisión* de la voluntad de la parte, sino de normas encaminadas a determinar los efectos de la voluntad *real*, es decir, de normas que tienen por fin establecer los modos y los límites de la eficacia jurídica de la voluntad de los particulares. Esto confirma que no se trata de normas autónomas, sino de *partes* de otras normas, y precisamente de aquellas que establecen los efectos jurídicos de las declaraciones de voluntad de los particulares. Esta concepción no puede aplicarse a los principios sobre interpretación de las leyes; porque refiriéndose no a una determinada norma, sino a todo el conjunto del derecho objetivo, no pueden considerarse complemento de otras normas jurídicas; son reglas para entender *cualquiera norma jurídica como tal*, y por este solo hecho, no forman parte de la norma jurídica, sino que están fuera de ella.

nocer dicha voluntad es necesario tener en cuenta no sólo el valor que las palabras tienen según el uso común del lenguaje, sino también las circunstancias en las cuales se elaboró la ley, sus relaciones con otras leyes, y sobre todo, la naturaleza de la relación social que regula, y las necesidades sociales que debe satisfacer, con lo cual, nótese de paso, no se hace otra cosa que aplicar al conocimiento de la ley el conocido principio de lógica según el cual, en la prueba por signos, cuando ninguno de ellos es necesario, su grado de necesidad no se alcanza sino cuando la coincidencia o síntesis de los signos determina la necesidad de la relación entre ellos y la cosa significada (17). Con el mismo procedimiento se establece también, por ejemplo, que es posible la extensión analógica de una norma legal, que regula una o más relaciones particulares, a otras relaciones semejantes, cuando se puede al generalizar la norma, probar que es la aplicación en un caso singular de una norma más general que comprende también estos casos; en cambio, cuando se prueba que la norma es realmente particular para casos determinados, porque los demás del mismo género están regulados por una diversa norma general, es decir, cuando se prueba que la norma es excepcional, entonces no se permite la extensión analógica y debe usarse el *argumento a contrario* para los casos no comprendidos. Es superfluo notar que estamos frente a la aplicación pura y simple de un principio de lógica: que en la analogía la ilación solo es po-

(17) Masci, *Logica,* pág. 335.

sible en la medida en que lo es la generalización del ejemplo aducido (18).

Pero al lado de estos principios que se obtienen contemplando la norma jurídica en sus caracteres generales, hay otros que pueden deducirse de ella tomando en consideración las distintas categorías de normas, según la diversa naturaleza de las relaciones sociales que están llamadas a regir. En este caso la norma no se contempla de manera abstracta en sus caracteres formales, por el contrario, se tiene en consideración su contenido substancial, y desde este punto de vista se examinan todas las normas que regulan el mismo orden de relaciones: por ejemplo, todas las normas que regulan las relaciones entre particulares, cuyo conjunto constituye precisamente el derecho privado. La consideración de la naturaleza de las relaciones reguladas requiere una aplicación más particularizada de los cánones generales de la lógica, y de ahí una serie de reglas especiales de interpretación, que no son más que una ulterior y más precisa determinación de las reglas generales. Hay más. Es sabido que en el seno mismo de cada gran categoría de normas, derecho civil, penal, administrativo, etc., son posibles otros agrupamientos de normas de acuerdo con la serie de relaciones más particularmente reguladas, por ejemplo, en el campo del derecho privado se puede distinguir el derecho de familia, el de sucesión etc. Asimismo son posibles especificaciones y aplicaciones ulteriores de los cánones de interpretación a medida que se procede a una mayor determinación de las normas conforme a la naturaleza de las re-

(18) Masci, *Logica*, págs. 337 y 338.

laciones reguladas. En general, puede decirse que sólo cuando se considere no la norma particular, sino un grupo más o menos extenso de normas en razón de sus caracteres comunes, y teniendo como base estos caracteres, se procede a una más específica aplicación de los cánones interpretativos, pueden deducirse de tal aplicación, reglas de interpretación más particularizadas. Sólo cuando esos cánones se utilizan para el conocimiento de la norma singular, —completa en todos sus elementos particulares—, el resultado de dicha aplicación no será ya simplemente normas para el conocimiento de la norma, es decir, principios de interpretación, sino que será precisamente el conocimiento de la norma. Entre los dos extremos, el que considera la norma sólo en sus caracteres formales de norma jurídica, y el que la toma en cuenta en todas sus particularidades concretas, hay una completa graduación de criterios según se tomen en consideración uno o algunos o varios elementos concretos que son comunes a otras normas, es decir, según que se tomen grupos cada vez menos extensos de normas y se consideren los elementos que les son comunes. Es cierto, pues, que al lado de la teoría general de la interpretación, —que aplica los cánones de la lógica a todas las normas jurídicas consideradas en sus caracteres comunes, y que por lo mismo contempla a la norma de derecho *como tal*, sólo en sus notas esenciales—, existen otras teorías especiales de interpretación para cada una de las grandes ramas del derecho: para el derecho civil, mercantil, penal, administrativo, constitucional, financiero, y, naturalmente, también para el derecho procesal. La tarea de cada una de estas teorías especiales consiste en deducir de

la naturaleza de las relaciones reguladas, las características comunes a todas las normas pertenecientes a la parte del derecho de que se trata, obteniendo así de esos nuevos y particulares elementos, criterios más determinados de interpretación; y en proceder, además, en el seno de cada gran categoría de normas, a la determinación de otras categorías más reducidas que tienen nuevos elementos comunes y característicos, capaces de proporcionar criterios interpretativos mucho más determinados.

CAPITULO SEGUNDO

Los principios especiales sobre la interpretación de las leyes de procedimiento en materia civil y sus características

SUMARIO: 5. Concepto y naturaleza particular del derecho procesal civil objetivo. — 6. Primera característica general de la interpretación de las leyes procesales; limitación de la interpretación progresiva. — 7. Sus causas. — 8. Sus efectos. — 9. Segunda característica de la interpretación en materia procesal: la investigación de los fines, aún remotos, de la ley, para el uso de las facultades discrecionales de los jueces.

5.—De este modo no sólo hemos establecido la existencia de reglas particulares de interpretación para el derecho procesal civil, sino que, además, hemos esbozado el camino para determinarlas. Es menester partir del concepto mismo del derecho procesal y de las relaciones que regula. El derecho procesal civil es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, provenientes del ejercicio de la función jurisdiccional civil. No es este el lugar para entrar en disquisiciones particulares sobre el concepto de jurisdicción civil; bástenos recordar brevemente que en virtud de ésta el Estado interviene para realizar los intereses privados garantizados por el derecho objetivo, intervención estrechamente vinculada con la prohibición de la defensa privada (1). Por consiguiente, si bien el derecho procesal es derecho del Estado, se caracteriza y tiene de particular frente a las otras

(1) Véase para un desarrollo más amplio, Rocco, *La sentenza civile*, Torino, 1906, págs. 7 y sig.

ramas del derecho público, que la función del Estado consiste en la realización *de un interés* simplemente *reflejo* del propio Estado, es decir, el interés de que sean satisfechos los intereses individuales tutelados por el derecho privado. En la función jurisdiccional civil el Estado persigue, al igual que en sus otras funciones disciplinadas por otras ramas del derecho público, un fin propio, sólo que tal fin no es, como en estas otras funciones, *primario*, sino simplemente *secundario*, o en otros términos, es un fin que consiste en la realización de intereses de otros sujetos que el Estado hace suyos y satisface por cuenta de sus titulares. Precisamente el contenido del interés estatal lo constituye en este caso, el interés privado garantizado por la norma de derecho material. De esto derivan dos consecuencias importantes. Ante todo, que el derecho procesal civil en último análisis garantiza los mismos intereses concretos que el derecho privado material y por tanto, en el fondo, no tiene un contenido sustancial propio; es un conjunto de *normas secundarias*, de *normas-medio*, frente a las normas de derecho material (2). En segundo lugar, como en el derecho privado

---

(2) El proceso es *una de las formas* con que el Estado tutela jurídicamente los intereses y bienes de la vida; y no es, por cierto, la única forma de tutela jurídica, como a menudo se oye decir, especialmente a propósito de los fines del procedimiento. Existe, por el contrario, una *tutela legislativa* y una *tutela judicial* de los intereses privados; la primera *garantiza* los fines individuales; la segunda los *realiza* dentro de los límites de la garantía. Por lo demás, la tutela judicial no es sino una de las formas de realización de los intereses garantizados por el derecho: cfr. Menger, *System*, págs. 3 y sig., que distingue una *"ungeordnete Rechtsverfolgung"* y una *"geordnete Rechtsverfolgung"*, a la cual correspondería también el

generalmente se deja al particular en libertad para hacer valer o no sus intereses individuales jurídicamente protegidos, del mismo modo, en el derecho procesal civil, la realización de dichos intereses por obra del Estado no se convierte en un interés de éste ni da lugar al ejercicio de la función jurisdiccional civil sino en cuanto el particular pida su realización; es necesaria, pues, por regla general, una declaración de voluntad del particular para que el Estado asuma como fin propio la satisfacción de un interés privado. En consecuencia, el ejercicio de esta forma de actividad estatal, depende normalmente de la voluntad privada (3). Esta incorporación, por así decirlo, de una substancia de derecho privado en una envoltura de derecho público, es un elemento característico del derecho

---

proceso civil (la distinción ha sido aceptada íntegramente por Pollak, *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*, I, Wien, 1903, págs. 98 y sig.). Esto demuestra la estrechísima conexión que existe entre el procedimiento civil y el derecho privado material como *formas diversas de tutela de intereses idénticos*.

(3) De ella depende siempre, salvo en casos excepcionales (cfr. art. 688 Cód. Com.) la *iniciación*, pero depende de ella también en gran parte el desarrollo ulterior (principio de *disposición de las partes)*. Aunque el provocar la actividad del Estado de ordinario, se reserva al arbitrio de las partes, la forma para lograr dicho fin y la manera como los órganos del Estado deben obrar para llenar sus funciones, generalmente están regulados por normas *imperativas*, es decir, inderogables por voluntad de las partes o de los órganos del Estado. Esto no obsta para que, en algunos casos, la derogación se permita hablándose entonces de normas procesales dispositivas; cfr. Bülow, *Dispositives Zivilprozessrecht*, en el *Archiv für die civiliztische Praxis*, LXIV, págs. 1 y sig.; Chiovenda, *Principii di diritto processuale*, págs. 79 y sig.; Pollak, *System*, págs. 117 y sig.

procesal civil y determina algunas particularidades en los principios sobre su interpretación.

6.—Por ser las normas procesales *normas secundarias* o *normas-medio* se deriva una regla generalísima en materia de interpretación de las leyes de procedimiento, que es necesario subrayar. El derecho procesal no experimenta, sino en forma muy lejana e indirecta, el influjo de los cambios y evoluciones en los fenómenos sociales, los que, en cambio, tienen tanta importancia, no sólo para la legislación, sino también para la interpretación, en el derecho material. Aún sin llegar a las conclusiones verdaderamente exageradas de un escritor reciente (4), no puede dejar de reconocerse, contra la doctrina tra-

---

(4) Por ejemplo, Gény, *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, París, 1899, especialmente págs. 178 y sig., quien considera la naturaleza de las necesidades y de los hechos sociales como la única fuente substancial del derecho, y la ley y la costumbre como puras manifestaciones aisladas y fragmentarias del derecho que se deriva de aquéllos. Se trata, en el fondo, de un retorno al concepto del derecho natural o racional, considerado como un verdadero derecho vigente fuera y por encima de la ley y de la costumbre. Eso era poco más o menos lo que Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, 2a. ed., Stuttgart, 1875, sostenía ha muchos años: v especialmente págs. 302-303. Una tendencia análoga pero más rigurosamente apoyada en la naturaleza de la función del Juez en relación con la ley, en Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885, págs. 45 y sig. y más acentuada todavía recientemente en *Ueber das Verhältniss der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*, en *Das Recht*, X (1906), págs. 770 y sig. (V. en la pág. 772, notas 3-6, la lista de los escritores alemanes que se inclinan a esta tendencia). Aún más radical es la tendencia que se manifiesta en algunos escritores alemanes recientes que incluso hablan de una "jurisprudencia modificadora del derecho" y de "emancipa-

dicional, la gran importancia que tiene para la interpretación de la ley, la consideración de la relación social que está llamada a regular. La *naturaleza de las cosas* —que una doctrina encabezada en Alemania por Adickes y admitida también en Italia por un autorizado escritor (5), la clasifica sin más, entre las *fuentes del derecho*—, es por el contrario, indudablemente, una *fuente* de *interpretación* o de *conocimiento* del derecho (6). Si la norma jurídica no es más que *forma*, cuyo contenido está constituído por las necesidades o fines de la vida, es imposible conocer la norma sin conocer y tener en cuenta los fines que quiere garantizar, las relaciones sociales que se propone regir. Pero la ley no es un hecho histórico que pueda estudiarse fuera de nosotros y de la vida social presente, sino que, para decirlo con una frase ingeniosa de Wach, es una voluntad que tiene una eficacia permanente, es una fuerza constantemente viva (7). Para conocerla no basta, pues, re-

---

ción del juez respecto de la ley", cfr. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, págs. 13, 16, 21, 27, etc.; Rumpf, en los *Jahrbücher* de *Jhering*, XLIX, págs. 404 y sig.; Stampe, en la *Deutsche Iuristen-Zeitung*, 1905, págs. 1017 y sig.; y un jurista que se oculta bajo el seudónimo de "Gnaeus Flavius". En la obra recentísima: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heldelberg, 1906.

(5) Adickes, *Zur Lehre von dem Rechtsquellen*, 1872, págs. 22 y sig.; Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlín, 1880-86, pág. 85; Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, 1a. ed., Torino, 1893, pág. 64, 2a. ed., Torino, 1903, págs. 73 y sig.

(6) Franchi, *Commentario al Codice di Commercio*, pág. 6, nota 7; Anzilotti, *La resp. dello Stato*, pág. 30; Regelsberger, *Pand.*, pág. 68.

(7) Wach, *Handb.*, pág. 357.

ferirse a las necesidades y a las relaciones sociales de la época en que fué dictada; la ley no se interpreta como una obra literaria o como un documento histórico cualquiera; precisa, por el contrario, ponerla en relación con la vida social actual, con las nuevas necesidades o relaciones sociales que se han agregado o superpuesto a las anteriores y que también requieren la tutela del derecho. Cuando el contenido ha escapado de la forma, que es la norma jurídica, es necesario que lo substituyamos con el nuevo contenido social que en la realidad de la vida, ha desplazado al anterior, si se quiere que la norma continúe siendo lo que debe ser, es decir, una fuerza constantemente viva (8). Sin duda serán necesarias atenuaciones y lí-

(8) Sobre la interpretación progresiva, v. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, págs. 454 y sig.; Kohler, en la *Zeitschrift für das Privat und Oeffentliches Recht*, XIII, págs. 1 y sig.; Hölder, *Pandekten*, Freiburg, 1891, págs. 42 y sig.; Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, págs. 64 y sig.; Ferrini, *Pand.*, núm. 22. La objeción de Gény, *op. cit.*, págs. 228 y sig. contra la interpretación evolutiva, basada en que siendo la ley un acto de voluntad que emana de un hombre o de un grupo de hombres, y que está condensado en una fórmula, debe ser interpretada reconstruyendo la voluntad de los que la formaron, no toma en cuenta el hecho de que la ley no es manifestación de voluntades *individuales*, sino de la voluntad del *Estado*. Los individuos que la formaron actuaban en calidad de *órganos del Estado*. Por tanto, si la ley, como toda declaración de voluntad de una persona jurídica es psicológicamente la expresión de voluntades *individuales*, jurídicamente es la expresión de una voluntad colectiva, y precisamente de la voluntad de la persona jurídica *Estado*. Y como voluntad del Estado, la ley es un acto de voluntad *inmanente*, siempre alerta y viva, no una voluntad *transitoria* cuyo contenido deba fijarse en un momento determinado.

mites en esta tarea de adaptación, a fin de que el intérprete no confunda la realidad de la vida social con la manera como la concibe, y será menester, además, que en el conjunto sistemático de la legislación, haya una decidida y clara tendencia a tomar en consideración, para los fines del derecho, aquel orden de fenómenos o de necesidades sociales de que se trata. Sin embargo, esta llamada *interpretación progresiva*, en el fondo, no sólo es una necesidad lógica, sino sobre todo, una necesidad práctica, a la cual se inclinan aun los más celosos defensores de las teorías tradicionales. Para nuestro tema, interesa observar ahora que la interpretación progresiva, tiene, en el campo del derecho procesal, una importancia mucho más limitada que en el derecho privado material, dado que en el derecho material el contenido substancial de la norma lo proporcionan precisamente aquellas relaciones sociales que están en cambio y evolución continuos, el contenido substancial de la norma de procedimiento lo da el interés enteramente secundario y mediato de que se realicen los intereses primarios que el derecho material tutela; ahora bien, este interés procesal genérico sigue siendo el mismo por más que cambien y evolucionen los intereses substanciales a que se refiere. Y los hechos nos demuestran que la misma forma procesal puede servir con la misma eficacia para la realización de los más variados intereses materiales; a la reivindicación de una cosa, y a la declaración de nulidad de un testamento, a la acción de desconocimiento de la paternidad y a la demanda de daños y perjuicios. La relativa fijeza del interés procesal significa pues, que en el derecho procesal, generalmente no es necesaria la la-

bor de adaptación del derecho vigente a los nuevos fenómenos sociales, que es tan viva y profícua en algunas partes del derecho material.

Asimismo, en el campo del derecho procesal, no solamente es menor la *necesidad* de la interpretación progresiva, sino que es menor también la *posibilidad* de su aplicación. O, en otros términos, aun cuando debido a las nuevas condiciones sociales se hace patente la exigencia de un cambio en los modos de realización de los intereses privados garantizados por el derecho, es muy difícil que esta exigencia pueda satisfacerse por vía de interpretación, mediante adaptación de la norma a las nuevas necesidades, sino que se revela como necesaria para ese fin la intervención de los órganos legislativos del Estado. Las causas de tal fenómeno son múltiples, dependiendo todas de la naturaleza particular del derecho procesal.

7.—El derecho procesal civil regula una función del Estado específica y bien determinada: la realización, por obra de órganos estatales, de los intereses privados protegidos por el derecho objetivo. En el ejercicio de dicha función debe proceder con la mayor cautela y con las garantías más eficaces; en efecto, debe evitar tanto el peligro de satisfacer intereses no protegidos realmente, invadiendo así en forma ilegítima la esfera de libertad de los particulares, como el peligro de negar satisfacción a intereses realmente protegidos, violando de esta manera, por concepto diverso, derechos subjetivos concedidos por el ordenamiento jurídico. De aquí la necesidad de que las condiciones y los límites de la actividad del Estado sean regulados con normas rigurosas y bien determinadas, como lo

son generalmente, por esa razón, las normas procesales. Esta precisión y este rigor en la determinación de las condiciones y de los límites de la actividad de los órganos jurisdiccionales excluye, generalmente, la posibilidad de la interpretación progresiva que presupone siempre lagunas en la ley o ambigüedades en la expresión legislativa (9).

También otra causa derivada de la naturaleza particular del derecho procesal, contribuye a limitar en éste, más que en otros campos del derecho, la labor del intérprete. Por regular el derecho procesal civil una función del Estado, regula en gran parte, la actividad de los órganos que el Estado destina a dicha función. Ahora bien, no todo lo concerniente a la organización judicial pertenece a la actividad jurisdiccional, sino a la actividad administrativa del Estado, sigue sus reglas, participa de sus frenos y límites. Por eso es que respecto de ellas escapa a menudo toda posibilidad de interpretación progresiva del derecho procesal. Pues, si esta llega a vencer el obstáculo proveniente de la letra de la ley procesal, debe detenerse a veces ante las prohibiciones de las leyes administrativas y financieras. Los nuevos aspectos que asume una función implican a menudo cambios en la estructura del órgano, y de ahí la posibilidad de que razones administrativas o financieras sean obstáculo a las adaptaciones de las cuales

---

(9) Mediante la interpretación evolutiva se puede completar o corregir el texto legislativo, pero no *cambiarlo*, Cfr. Ferrini, *Pand.*, pág. 36 texto y nota 1. En este sentido véase también Bülow, *Ueber das Verhältniss d. Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*, págs. 774 y sig.

sería susceptible la ley vigente de procedimiento, interpretada con cierta amplitud.

Un ejemplo de la dificultad, en que el derecho procesal se encuentra, de seguir el desenvolvimiento de las nuevas relaciones y de las nuevas ideas sociales, nos lo proporcionan las modernas tendencias que se manifiestan en el campo de la reglamentación jurídica del trabajo, en el que aun sin el auxilio de innovaciones legislativas, el derecho privado material va demostrando toda su singular capacidad de adaptación, en tanto que el derecho procesal, no obstante el impulso recibido de leyes innovadoras, no está en situación de seguir con eficacia el movimiento de las nuevas ideas y de las nuevas relaciones sociales. Así, todo esfuerzo para dar valor objetivo y general a las decisiones sobre controversias del trabajo, se estrellaría contra el principio de la relatividad de la cosa juzgada, mientras que, mediante los sutiles expedientes proporcionados por la técnica del derecho privado, se ha llegado a atenuar el rigor del principio consignado en el artículo 1130 del Código Civil (10). Así pues, aunque parezca poder afirmarse que hoy, después de un período de centralización y de unificación de la jurisdicción, por un conjunto de causas sociales que no es del caso investigar aquí, se va iniciando una tendencia hacia un fraccionamiento de la jurisdicción, hacia la creación de múltiples jurisdicciones especiales para determinadas materias, es indudable que, aun cuando este movimiento

---

(10) Cfr. Messina, *Il concordato di tariffe nel ordinamento giuridico del lavoro,* en la *Riv. di dir. comm.,* 1904, I, págs. 504 y sig.; Pacchioni, *Riv. cit.,* 1905, II, págs. 52 y sig.

se acentuase, sólo podría seguir adelante por medio de reformas legislativas, porque ninguna interpretación progresiva del derecho vigente llevaría a la creación de nuevos órganos jurisdiccionales.

8.—Frente a esta menor adaptabilidad del derecho procesal a las nuevas relaciones y a las nuevas necesidades sociales está, sin embargo, para compensar sus inconvenientes, según hemos visto, la menor necesidad de tal adaptación, que proviene del carácter secundario de las normas procesales. Pero en modo alguno debe creerse que el derecho procesal civil sea completamente insensible al desenvolvimiento de la vida social, por el contrario, también siente su influjo, aunque bajo otro aspecto y con límites distintos que el derecho privado material. Como conjunto de normas reguladoras de una función de Estado, el derecho procesal civil, a semejanza de las otras partes del derecho público, no puede dejar de sentir los efectos de los cambios que, debido a la evolución de las ideas políticas y sociales, sufre el concepto del Estado, en su cometido, en las formas y en los fines de su actividad. La organización de la justicia civil está estrechamente vinculada a la organización política del Estado; y el derecho procesal, en grado mayor que el derecho privado, experimenta el influjo de las grandes transformaciones políticas.

Pero en tanto que en otras ramas del derecho público (especialmente en el derecho constitucional y administrativo) la costumbre proporciona el modo de corregir la desarmonía entre la ley escrita y las nuevas ideas sociales y políticas sobre las funciones y tareas del Estado, en el derecho procesal tie-

ne un campo de aplicación mucho más restringido (11): y por esto, los contrastes entre el derecho vigente y las exigencias producidas por las nuevas concepciones del Estado siguen siendo graves, a menudo, por mucho tiempo. En efecto, debido al indisoluble nexo orgánico que liga entre sí las diversas partes del proceso como exteriorización de una función única del Estado, dirigida a un fin único, las reformas parciales son, en el campo del derecho procesal, de más difícil realización que en cualquier otro del derecho; además, en todas partes, especialmente en los países regidos por el sistema parlamentario, la reforma de todo un Código ofrece dificultades técnicas y políticas que la convierten en una empresa ardua, posible solamente a largo plazo y mediante detenida preparación.

Por consiguiente, el derecho procesal experimenta en menor grado que el derecho privado, el influjo de las nuevas necesidades de la vida social y del comercio jurídico; a esto se debe que no sufra graves daños por la dificultad para aplicar la interpretación progresiva; en cambio, experimenta más que el derecho privado las repercusiones de los raros pero más graves cambios en la concepción del Estado y del derecho público. En consecuencia, las discordancias entre el derecho procesal vigente y las nuevas exigencias de la vida política y social, si bien son menos frecuentes, aunque más importantes y menos

---

(11) La opinión de Menger, *System*, págs. 87 y sig., de que en el campo del proceso la costumbre tiene el mismo vigor que la ley escrita, y por consiguiente que la costumbre pueda derogar la ley procesal, ha permanecido aislada y debe considerarse como inadmisible en Italia, frente al texto del artículo 5 de las disposiciones preliminares del Código Civil.

reparables, son más vivamente sentidas que en otros campos del derecho (12).

9.—Por último, no carecen de importancia las particularidades que el derecho procesal civil tiene de común con otras ramas del derecho público, especialmente con el derecho administrativo. No son pocas las normas de derecho procesal que regulan la actividad de los órganos jurisdiccionales y que contienen preceptos dirigidos a dichos órganos, especialmente al juez. Respecto de estas normas el juez se encuentra en una posición bien distinta de aquella en que se encuentra respecto a la norma de derecho material que debe aplicar en ejercicio de su función jurisdiccional; situación que se acerca mucho a la de los órganos administrativos del Estado. El juez al juzgar de la conducta *ajena* aplica normas de derecho material,

---

(12) No nos parece exacto lo que escribe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, pág. 95: "Entre los institutos jurídicos, el procedimiento civil es el organismo más delicado: como medio de atribuir los bienes de la vida mediante la actuación de la ley, ocupa una posición central entre los institutos del derecho privado y del derecho público; *y los más leves* cambios en las condiciones morales, políticas y sociales de la época se reflejan en su funcionamiento. Esto hace más fácil, que en cualquier otro campo, la discordancia entre una norma y las necesidades de la práctica". Es cierto que en el campo procesal las discordancias entre la ley y las nuevas exigencias sociales y políticas se sienten más vivamente que en otro cualquiera, como se ha puesto de relieve en el texto; pero no porque ellas sean *más frecuentes* o porque los *más leves cambios* en las condiciones sociales y políticas se reflejen sobre las instituciones procesales, sino porque, aun cuando más raras, es muy difícil al intérprete remediarlas.

en cambio, aplica normas de derecho procesal al regular *su propia* conducta.

Ahora bien, cuando se juzga sobre la conformidad o discordancia de la conducta ajena a la norma de derecho, si resulta evidente que el derecho objetivo ha querido señalar al sujeto en cuestión, una determinada esfera jurídica, es inútil la investigación del *fin* para el cual le fué señalada tal esfera y la conformidad de su conducta al precepto del derecho debe considerarse como establecida. Cuando, por el contrario, el órgano jurisdiccional examina la norma jurídica a él dirigida para conformar a ella *su* conducta, no basta que se cerciore de que le han sido conferidas por la ley determinadas facultades; es preciso, además, que indague el *fin* por el cual le fueron conferidas esas facultades y que encamine a tal fin su conducta. En efecto, en el primer caso, el problema que se plantea el juez es el de decidir si la norma jurídica fué observada o violada, para lo cual es suficiente la determinación exacta del *mandato* contenido en la norma misma, o sea, la *voluntad*, de que ella es expresión. En el segundo caso, en cambio, el juez, al actuar como órgano del Estado en el cumplimiento de una función de interés general, no debe limitarse a observar la ley, a mantener su actuación dentro de los límites marcados por el derecho, sino que debe desplegar su actividad para la mejor satisfacción posible de los intereses generales que le son confiados. La norma jurídica que confiere a un órgano del Estado (en nuestro caso al jurisdiccional) determinadas facultades, no debe considerarse solamente como conteniendo un precepto jurídico; de ella se pueden desprender también otras

normas técnicas que deben tenerse en cuenta por el órgano del Estado en el ejercicio de los poderes que le confiere la ley. En estos casos, una vez determinado en su alcance exacto el precepto jurídico contenido en la norma, puede y debe ser utilizada para desprender de ella, examinándola en sus fines, criterios técnicos que sirvan de guía al Juez en el uso de los poderes que le confiere la norma. Esa operación no debe llamarse interpretación en el sentido técnico-jurídico de la palabra, porque no es investigación de la *voluntad* contenida en las normas: es una actividad que va más allá de la verdadera interpretación (13).

---

(13) Romano, *L'intepretazione delle leggi di diritto pubblico*, págs. 245 y sig., y *Principii di diritto amministrativo*, 2a. ed., Milano, 1906, núm. 8, habla de una interpretación de *segundo grado*, que tendría lugar en el campo del derecho administrativo y sería "una verdadera y propia interpretación de la ley, una interpretación que se sobrepone a la letra de ella y va más allá de su significado literal con el fin de precisar mejor este último, tomando en consideración lo que comúnmente se llama espíritu de la ley"; esta interpretación no tendría cabida en el derecho privado. A Romano corresponde el mérito de haber entendido la diferencia entre la tarea de quien se proponga solamente reconstruir en su contenido exacto la voluntad expresada en la ley, y la del que no se conforma con reconstruir en su contenido exacto la voluntad expresada en la ley, sino que se propone, cuando se trata de una norma que confiere determinadas *facultades*, indagar el *fin* para el cual tales facultades fueron concedidas. Pero no puedo aceptar ni la terminología propuesta por Romano, ni su concepción de estas dos formas de actividad. La frase *interpretación de segundo grado*, en contraposición a una *interpretación de primer grado*, hace suponer que aun esa operación ulterior es, al igual que la interpretación en sentido *técnico-jurídico*, indagación de la voluntad expresada en la ley, cuando ella es más bien *indagación*

Sin embargo, tal investigación debe llevarla a cabo el magistrado en los casos en que la ley le concede facultades discrecionales, lo que ocurre con frecuencia, especialmente respecto de las facultades del juez para la dirección del procedimiento. Cuantas veces le es concedida al juez la facultad de señalar términos (ej.: arts. 184, 205, 252 y 681 Cód. Proc. Civil y 691, n. 5, del Código de Comercio); de precisar el lugar y la fecha en que debe efectuarse un acto procesal: (ej.: arts. 217, 222, 223; 285, 623, y 626 Cód. de Proc. Civil, 691, n. 4, del Código de Comercio); de proceder al nombramiento de peritos o de síndicos, o a su remoción (ej.: arts. 253, 260, 285, 623 y 664 del Código de Procedimiento Civil y 714 y 720 del Cód. de Com.); de fijar las condiciones de las ventas judiciales (ej.: arts. 666 n. 2 del Cód. de Proc. Civil y 798 y 799, del Cód. de Com.); de determinar si debe o no otorgarse fianza y su monto (ej.: art. 667 del Cód. de Proc. Civ.); de proveer a la dirección y a la vigilancia de la audiencia (ej.: art. 257 del Reg. Jud. y 354 y 355 del Cód. de Proc. Civ.); de regular el orden y la forma de la discusión (ej.: art.

---

de los motivos de tal voluntad, no con el fin de reconstruir la voluntad que se presupone determinada, sino con el fin de proporcionar al funcionario criterios para regular su actividad dentro de los límites que le deja libres la ley. No nos parece exacto concebir la interpretación de segundo grado como una interpretación que vaya hasta el espíritu de la ley, en tanto que la interpretación de primer grado se detenga en la letra, ello implica que en las materias en que la llamada interpretación de primer grado no tiene lugar (por ej. en el derecho privado) no sea admisible o sea superflua la indagación del *espíritu de la ley*.

184 n. 1 del Cód. de Proc. Civ.), etc., no basta que el magistrado se mantenga dentro de los límites de las facultades que le confiere la ley: es menester, además, que haga uso de estas facultades de manera que se realicen los fines para los cuales la ley se las ha conferido. En estos casos es indispensable que el magistrado investigue los fines, aun remotos, que la ley persigue.

CAPITULO TERCERO

Elementos particulares de la interpretación de las normas procesales: el elemento histórico en sentido lato

SUMARIO: 10. Concepto del elemento histórico, entendido en sentido lato. — 11. El elemento literal: su particular importancia. — 12. La terminología de las leyes procesales. — 13. La terminología de las otras leyes y el uso común del lenguaje en el campo procesal. — 14. La interpretación lógica (en nota: interpretación restrictiva y extensiva). — 15. El uso de los trabajos preparatorios. — 16. Ejemplos. — 17. El elemento histórico propiamente dicho; particular importancia del estudio histórico para la interpretación de las leyes procesales.

10.—Restringida a límites muy estrechos la interpretación progresiva, prevalece en la interpretación del derecho procesal civil el elemento que, expresado en forma breve, puede llamarse *elemento histórico lato sensu*. La interpretación histórica en sentido lato considera a la ley como un hecho histórico (1) y tiene por objeto la reconstrucción de la voluntad contenida en ella, tal cual era en el momento en que fué dictada. Comprende, pues: 1o. La valoración del significado de las palabras con que se expresa la norma jurídica, según el uso común del lenguaje (al tiempo de la expedición de la ley) y según el uso que de ellas hace la ley misma; 2o. La investigación del pensamiento de quienes intervinieron en la formación de la ley; 3o. El estudio de sus antecedentes históricos y de la evolución jurídica que precedió a su formación.

(1) La terminología y el concepto son de Menger, *System*, págs. 107 y sig.

11.—a).—El *elemento literal* o *gramatical* es de gran importancia para la interpretación del derecho procesal (2). Siendo el proceso el medio por el cual se obtiene la realización de los fines que el derecho material garantiza, es una exigencia enteramente peculiar al derecho procesal la *certeza* y *fijeza* de su interpretación, a fin de que cada quien sepa el camino que debe seguir para obtener la satisfacción de los intereses que el derecho objetivo garantiza y quede eliminado así, en lo posible, el peligro de que debido al carácter dudoso de la interpretación, elija una vía que no conduzca al fin perseguido, con grave daño individual y social. De esto se deduce el principio de que, por regla general, al interpretar la ley procesal no se debe ir en busca de un significado diverso del que resulta de su expresión: con justicia observa Chiovenda "que, por lo general, cuando existe solamente conflicto entre la letra y el espíritu de la ley, debe prevalecer generalmente la primera, por ser la mejor garantía contra las arbitrariedades de las interpretaciones subjetivas" (3).

Algunos ejemplos demostrarán cuan peligroso es, a veces, frente a una expresión inequívoca de la ley, ir en busca de

---

(2) Al hablar de la interpretación gramatical o literal, no queremos decir que haya varias clases de interpretación, sino sólo designar uno de los *elementos* de la interpretación. No nos referimos, pues, de un modo especial, al elemento *lógico*, porque consideramos que tal denominación corresponde a *todos* los demás elementos de interpretación, en cuanto se contraponen al simplemente gramatical o literal.

(3) Chiovenda, *Principii di diritto processuale*, pág. 95.

una intención legislativa distinta de la que resulta del significado literal de las palabras.

El artículo 91 primera parte, del Código de Procedimiento Civil establece: "La acción personal y la acción real sobre bienes muebles pueden intentarse también ante la autoridad judicial del lugar en que fué contraída... la obligación... siempre que el demandado sea citado allí personalmente".

Se pregunta: ¿puede intentarse la acción de nulidad del matrimonio en el fuero especial del artículo 91, o sea, en el lugar donde se celebró? La respuesta negativa no nos parece dudosa, no obstante ser impugnada por escritores de gran autoridad (4), porque la acción de nulidad del matrimonio, como todas las acciones de estado, no es *personal;* no tiende a hacer valer derechos de *obligación* o *relativos*, sino *derechos absolutos* de los cuales se pide la confirmación mediante la declaración de nulidad del acto (matrimonio) que obstaculiza formalmente su ejercicio (5).

Otro ejemplo: El mismo artículo 91 dispone en su primera parte que "en materia mercantil (la acción personal y la ac-

---

(4) Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario civile,* 5a. ed., Torino, 1902-1906, I, n. 872, nota; Mortara, *Manuale della procedura civile,* 4a. ed., Torino, 1903, I, n. 174; Castellari, *Le competenza in materia di obbligazioni,* Firenze, 1902, págs. 162 y sig. En contra: Cuzzeri, *Il codice di procedura civile,* I, sobre el artículo 91, n. 10; Bassani, *Forum contractus, forum destinatae solutionis, forum rei sitae,* en el *Annuario della procedura civile,* XVI (1901), n. 28; Chiovenda, *Principii,* pág. 326, nota 1.

(5) Cfr. lo que decimos en otro lugar (Rocco, *Sentenza civile,* págs. 208 y sig.) a propósito de las llamadas acciones y sentencias constitutivas.

ción real sobre bienes muebles) pueden también entablarse ante la autoridad judicial del lugar en que se hizo la promesa y la entrega de la mercancía... aunque el demandado no sea citado allí personalmente". Es dudoso si para fijar la competencia especial del citado párrafo del artículo 91, sea necesario que concurran ambos requisitos, el de la promesa y el de la entrega, o baste uno solo. También en este caso, la interpretación literal ofrece la solución más segura. Las dos condiciones deben concurrir —como ya lo han confirmado la doctrina y la jurisprudencia dominantes— (6): la copulativa "*y*" usada por el legislador no permite una interpretación distinta. El examen de la letra de la ley nos explica, además, qué significa *lugar de la promesa y de la entrega* y por qué razón la ley exige el concurso de las dos condiciones. El lugar de la promesa y de la entrega no es aquel en donde el contrato se perfeccionó, como pretenden algunos escritores (7); pero tampoco es el lugar donde ocurre la *oferta* del contrato y su *ejecución* (8). Contra la primera interpretación puede objetarse que la entrega no es un elemento necesario al perfeccionamiento del contrato; contra la segunda, la observación de que la ley no habla de *promesa de contrato* y de *entrega de*

---

(6) Cuzzeri, sobre el artículo 91; Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 2a. ed., II, n. 172; Mattirolo, *Trattato*, n. 873, nota 2 (y la jurisprudencia allí citada); Chiovenda, *Principii*, n. 328; Garsonnet, *Traité de la procédure civile*, 2a. ed., París, II, pág. 149 y la doctrina francesa allí citada.

(7) Así Garsonnet, *op.* y *loc. cit.*, y Mattirolo, *loc. cit.*

(8) Mortara, *Commentario*, *loc. cit.*

la mercancía, sino de *promesa y entrega de ésta*, o sea, de *promesa y entrega de la mercancía*. Ahora bien, el lugar en donde se hace la *promesa* es el lugar en el cual el vendedor contrajo la obligación que deriva del contrato, a saber: la obligación de entregar la mercancía, lo que equivale a decir, el lugar *en donde el contrato se perfecciona;* aquél en que tiene lugar la *entrega* es el lugar de *ejecución del contrato* por parte del vendedor. De manera que la letra del párrafo citado del artículo 91, nos dice que la competencia especial en él prescrita, radica en el lugar donde se *perfeccionó el contrato* y donde fué *ejecutado* por el vendedor. Cuando estos dos hechos jurídicos ocurren *en el mismo lugar*, allí puede ejercitarse la acción, aun cuando no se hubiere citado al demandado en persona. La circunstancia de haber ocurrido en el mismo lugar la conclusión del contrato y la entrega de la mercancía, puede hacer presumir razonablemente que ambas partes tienen en él tal número de relaciones de negocios y de intereses, que justifiquen la citación en dicho lugar y la constitución de la relación procesal.

También por no tomar en cuenta suficientemente la letra de la ley, ha podido sostenerse que la confesión tácita a que se refiere el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, establece una presunción que admite prueba en contrario (9): Igualmente la equiparación de la *ficta confessio* con la confesión en él contenida sin la menor alusión a la posibilidad de la prueba en contrario, persuade de que ésta equiparación debe

---

(9) Mattirolo, *Trattato,* II, n. 797; Siciliani, en *Foro it.* 1904, págs. 669 y sig.

considerarse como absoluta (10). Y por igual error de método, se ha sostenido sin razón, contra el texto clarísimo del artículo 517 del Código de Procedimiento Civil, que no sólo las sentencias pronunciadas en *apelación*, sino también las sentencias *inapelables* de primera instancia son susceptibles del recurso de casación.

12.—En la interpretación literal debe tenerse presente no sólo el significado de las palabras tomadas de manera aislada y en su conexión según el uso común del lenguaje (interpretación *gramatical* propiamente dicha), sino también el significado que el legislador les da. El estudio del lenguaje legislativo puede ser en algunas ocasiones muy útil, y se hace tanto respecto al conjunto de la legislación positiva, cuanto respecto de cada ley en particular.

En nuestro Código de Procedimiento Civil la técnica del lenguaje legislativo no es muy rigurosa.

Frecuentemente la misma palabra se usa en sentidos diversos. Así, en los artículos 35, 72 y 73 la palabra *demanda* designa el acto constitutivo de la relación procesal; en el artículo 37, y especialmente en el 38, dicha palabra comprende toda petición que las partes dirijan al juez durante el curso del proceso. En los artículos 70, 71, 82, 90 y siguientes, la palabra *acción* se usa en sentido estrictamente procesal, como derecho a provocar la actividad del juez, en tanto que en el artículo 341 se usa como sinónima de derecho material. Del mismo modo, la palabra parte, algunas veces indica al sujeto de la relación procesal (arts. 47, 156, 158 a 164, 167, 169,

(10) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pág. 463.

170, 171, 226, 236, 332 y siguientes, 367, 370 y 557) y otras, al procurador que la representa en juicio (arts. 173, 174, 176, 178, 180, 181 y sig.). Las expresiones *acto, actos,* en los artículos 39 y siguientes y 338, significan el acto de las partes o de los órganos jurisdiccionales que tienen efectos jurídicos respecto a *la relación procesal;* mientras que en los artículos 177, 178, 180 y 346 significa cualquier *documento* que contenga actos jurídicos, materiales y procesales, y aun actos no jurídicos, destinados a probar el hecho del juicio (planos, modelos, peritajes), o bien a ilustrar doctrinalmente las deducciones de las partes (defensas, alegatos, dictámenes). El término *reclamación (reclamo)* en los artículos 182, 209 y 251 es el medio de impugnación de las *ordenanzas;* en los artículos 781 y 782 es el medio de impugnación de cualquier proveído dictado en cámara de consejo, especialmente de los decretos. La palabra *juez,* en los artículos 116 y siguientes designa a cualquier magistrado que juzga; en los artículos 186, 208 y siguientes, a los miembros de los *colegios* que juzgan (Tribunales y Cortes de Apelación), con exclusión del Presidente; en los artículos 356 y siguientes, a todos los miembros de dichos colegios, inclusive el Presidente.

En otras ocasiones se usan varios vocablos para designar el mismo concepto. Las palabras *juicio* (Cód. Proc. Civ. arts. 35, 36, 74, 156, 251, 282, 296, 341, 342 y siguientes: Libro II, tít. III Epígrafe del Cap. I art. 662); *causa* (Arts. 72, 74, 75, 84, 85, 87, 103, 104, 108, 114, 151, 177, 178, 179, 197, 198, 201, 207, 211 y siguientes, 216, 220, 269, 280, 332, 343, 349 y siguientes, 356, 413, etc.);

controversia (Arts. 70, 71, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 92; 104 y 148) puede decirse que tienen idéntico significado y equivalen a *proceso*, a *relación procesal*.

Algunas veces la terminología de la ley procesal es constante pero no del todo exacta. Así, la ley designa siempre al *juez* como *autoridad judicial* en contraposición a los otros órganos de la jurisdicción (Cod. Proc. Civ. arts. 35, 41, 46, 51, 56, 62, 63, 90 y siguientes, 187, 188, 208, 269, 270, 271 y 326. Ley sobre Organización Judicial, arts. 1o. y siguientes). ¡Cómo si los demás órganos que cooperan al ejercicio de la función jurisdiccional no fuesen también, autoridades judiciales! De esa manera no se comprende la distinción terminológica observada frecuentemente en nuestra legislación procesal, entre *funcionarios* y *oficiales judiciales;* la primera expresión, según se usa en la ley, abarca a los magistrados y, generalmente, también a los secretarios (art. 6o., Ley sobre Organización Judicial), la segunda, a los ujieres; pero no puede decirse que en la técnica del lenguaje jurídico pueda hacerse una distinción entre *oficio* y *función* (11).

El estudio de la terminología legislativa constituye, de todas maneras, uno de los instrumentos más delicados, pero también más útiles, de la interpretación literal: en más de una ocasión aporta una contribución apreciable a la resolución de una controversia. Por ejemplo, de una comparación entre los artículos 109, 187, 188 y 189, se concluye que en el lenguaje de nuestra ley de procedimiento, la *declinatoria*

(11) Chiovenda, *Principii*, pág. 258.

de competencia abarca solamente la excepción de incompetencia por litis-pendencia y conexidad de la causa, no así la de incompetencia por razón del territorio, de allí la consecuencia de que aún según los términos del artículo 190 —(en cuya virtud el contumaz que en el juicio de oposición o de apelación quiere impugnar de nulidad la citación que precedió a la sentencia dictada en rebeldía, debe hacerlo antes de cualquiera otra defensa, *salvo la declinatoria* de fuero) la excepción de nulidad de las citaciones debe plantearse *antes* que la excepción de incompetencia por razón del territorio (12).

Algunas veces resulta que el uso indistinto que la ley hace de expresiones diversas nos advierte de la identidad substancial de los conceptos comprendidos en ellas. Por ejemplo, la ley usa indistintamente los términos *jurisdicción* y *competencia* en varias disposiciones (arts. 67, 68, 69, 149, 208 y 215); y precisamente porque la competencia no es cualitativamente distinta de la jurisdicción —es la fracción o parte de jurisdicción atribuída a cada órgano jurisdiccional—, resulta que la jurisdicción de un órgano *determinado* no es otra cosa que su competencia.

13. Hasta aquí hemos hablado de la terminología de las leyes de procedimiento. Es superfluo observar que su estudio no agota el tema de la interpretación literal. Al estudio del lenguaje usado en las leyes procesales debe agre-

---

(12) En este sentido: Casación Roma (Secciones Unidas), marzo 30, 1898, *Foro*, 1898, pág. 364; Chiovenda, *Principii*, págs. 549 y 550. En contra Mortara, *Commentario*, II, núm. 309.

garse el de la terminología usada por otras leyes positivas; estudio que se impone algunas veces por la circunstancia de que la ley de procedimiento se refiere a normas y conceptos contenidos en otras leyes (ej. art. 90, Cód. Proc. Civ.). Pero también el uso del lenguaje común puede dar luz para la interpretación de las leyes procesales. Por ejemplo, cuando el artículo 71 Cód. Proc. Civ., habla del lugar en que fué "contraída" la obligación; el significado genérico que en la lengua italiana tiene el verbo "contraer" (contraer un hábito, contraer una enfermedad, contraer un vicio), nos indica que la ley ha querido referirse no sólo a las obligaciones que tienen como fuente el contrato, sino también a las que derivan de otras fuentes (13). Cuando la ley usa una expresión determinada sin explicar su significado, que presupone conocido (14), por ejemplo cuando habla de *garantías* (art. 193 y sig.), de *juramento* (art. 220 y sig.), de *peritaje* (art. 252 y sig.), de *inhibitorias* (art. 484), de *audiencias* (arts. 52, 348, 353, 354 y 1356), se refiere a conceptos que deben desprenderse del significado que estas palabras tienen según su etimología y en el uso del lenguaje.

14. b). Pero por mucha que sea la importancia que tenga el elemento literal en la interpretación de las leyes de procedimiento, no es el único medio para la investigación y la reconstrucción exacta de la voluntad en ellas contenida. Puede suceder que el significado de las expresiones usadas

---

(13) En este sentido: Castellari, *Le competenze in materia di obbligazioni*, págs. 143 y sig.

(14) Cfr. Wach, *Handbuch*, pág. 286.

sea ambiguo; puede ocurrir que éstas no tengan por sí solas un significado inteligible. Puede suceder también que de otros elementos se desprenda con certidumbre que la voluntad expresada en la ley no es la que resulta del significado de las palabras usadas. En todos estos casos el elemento literal muéstrase insuficiente y es indispensable recurrir a otros elementos para determinar la voluntad del Estado expresada en la ley (15). Uno de tales elementos, y en verdad no de los

---

(15) Por consiguiente, también en el derecho procesal, aunque con una mayor cautela, puede adoptarse la interpretación *correctiva* (extensiva y restrictiva) cuando la ley *minus dixit quam voluit* o *plus dixit quam voluit*. Cuando la ley (Cód. Proc. Civ., art. 116, núm. 9), establece que el juez puede ser recusado si ha conocido de la causa "como juez de primera instancia", debe entenderse que puede ser recusado el juez que ha conocido del pleito "como juez de grado inferior" (en consecuencia, también el magistrado de casación que haya conocido de la causa como juez de apelación); Mortara, *Commentario*, II, n. 364. Al contrario, en el mismo precepto de la ley, la expresión general "si hubiere conocido de la causa como juez de primera instancia", debe entenderse restringida al caso en que el juez haya conocido del *fondo* de la controversia; no hay lugar, pues, a recusación, si el juez de grado superior hubiere dictado como juez inferior una simple sentencia interlocutoria (Mattirolo, *Trattato*, I, n. 1065, nota 2; Mortara, *Commentario*, II, n. 364). Otros ejemplos de interpretación restrictiva: El artículo 234 establece que los procuradores deben notificarse recíprocamente los nombres y apellidos de los testigos cinco días antes *del examen de los mismos*. La expresión de la ley permitirá sostener que la notificación puede hacerse cinco días antes del examen de *cada* testigo o más bien la expresión literal usada parecería favorable a esta interpretación, porque la ley alude al *día* del examen en singular, de donde podría sacarse la consecuencia de que si el examen dura más de un día, el término debe referirse a los testigos que han de ser exa-

menos importantes, es el pensamiento de las personas que cooperaron en su formación. Se presenta en este caso el problema del valor de los llamados *trabajos preparatorios* en la interpretación de las leyes procesales.

---

minados *cada día*. Esto no obstante, prevalece en la jurisprudencia la interpretación más rigurosa, basada en la consideración de que la ley parte del supuesto que todos los interrogatorios tengan lugar en un solo día (véanse las sentencias citadas en Mattirolo, II, n. 573, nota 5). El artículo 208 que se encuentra entre las disposiciones generales sobre prueba (libro I, Título IV, Sección IV), establece que si el lugar en que debe rendirse la prueba se encuentra distante de aquel en que reside la autoridad judicial ante la cual se tramita la causa, se puede delegar al pretor, y si la prueba debe rendirse dentro de la jurisdicción de otra autoridad judicial, se puede requerir a ésta para que delegue a uno de sus jueces, o encomendarla directamente al pretor del lugar en que debe recibirse. Aunque en el título IV de la ley se enumere entre las pruebas la de inspección judicial (§ 5o.) y parezca, a primera vista, que la disposición general del artículo 208 debe aplicarse también a la inspección, sin embargo, por la naturaleza misma de este medio de prueba, se considera que la ejecución de la inspección no puede delegarse a un juez que no forme parte del tribunal que juzga (Mattirolo, *Trattato*, II, n. 1132).

El artículo 99 establece en forma genérica que la acción accesoria debe deducirse ante la autoridad judicial competente para la acción principal. ¿Esta disposición se aplica a la competencia absoluta (por materia, valor y grado)? No falta quien lo niegue, restringiendo el alcance literal del artículo 99 (Chiovenda, *Principii*, pág. 342; pero véase en contra, tratándose de competencia por materia y valor, Mortara, *Commentario*, II, n. 230). El artículo 94 asigna al fuero de la sucesión las acciones de los legatarios y de los acreedores de la herencia que no ejercitan un derecho real sobre un inmueble. La frase "que no ejercitan un derecho real sobre un inmueble", sólo debe referirse a los acreedores de la herencia, a pesar del tenor del artículo 74 (Chiovenda, pág. 332).

15. Desde luego debe desecharse la opinión que concede a los trabajos preparatorios el valor de una interpretación auténtica; siendo la ley *voluntad del Estado*, dicha voluntad debe reputarse manifestada en la forma en que tuvo lugar el acuerdo entre los diversos órganos del Estado a los cuales confiere la Constitución la formación de las leyes y, debe buscarse únicamente en el *texto legislativo* (16). No obstante lo dicho, los trabajos preparatorios tienen alguna importancia, no como elemento *único* y *decisivo*, sino como elemento *concomitante* para la determinación de la voluntad del Estado contenida en la ley. Y esto bajo un doble aspecto. En primer lugar, en cuanto las discusiones y los trabajos que precedieron y acompañaron a la formación de la ley, pueden dar razón de las ideas y de las necesidades que motivaron su formación. En segundo lugar, en cuanto las proposiciones, las opiniones y las declaraciones de las diversas personas que prepararon la ley pueden proporcionar indicios acerca de la voluntad de los órganos constitucionales que concurrieron, mediante la conjugación de sus voluntades, a formar la voluntad del Estado. Acerca de esto no pueden darse reglas absolutas. La indagación de la medida en que ha influído la opinión de las diversas personas que colaboraron en la forma-

(16) Endemann, *Lehrb. des bürgerlichen Rechts*, 6a. ed., Berlín, 1900, I. pág. 42. No nos aventuramos, sin embargo, a sostener con Wach, *Handbuch*, pág. 261, que el acuerdo de los diversos órganos legislativos (Rey, Cámara de Diputados, Senado) se refiera al texto y no al *significado* de la ley. Eso conduce, en efecto, al absurdo de una manifestación única de la voluntad de un sujeto único (el Estado), al que corresponden o pueden corresponder voluntades diferentes.

ción de la ley, primero sobre la voluntad de cada órgano legislativo, y después sobre la voluntad colectiva de los distintos órganos (Cámaras, Jefe del Estado) que constituyen, en su conjunto, el órgano competente para formar la voluntad del Estado en el ejercicio del poder legislativo, es cuestión que ha de resolverse en cada caso (17). Es claro que la indagación hecha sobre los trabajos preparatorios sólo puede contribuir a la interpretación de la ley llamada por nosotros *histórica* en sentido lato, a la indagación de la voluntad del Estado contenida en la ley, *tal cual era en el momento en que fué promulgada.* Esta investigación no agota la tarea de interpretación que comprende, además, el estudio de las modificaciones sufridas por la ley al adaptarse al sistema, el colmar, mediante la analogía, las lagunas que en ella se van encontrando, y la indagación de las evoluciones sucesivas sufridas por la ley debido a las transformaciones ocurridas en las relaciones sociales reguladas por ella. Con todo, en la interpretación del derecho procesal adquieren una importancia particular los trabajos preparatorios, como la que ya hemos visto tiene el elemento histórico entendido en sentido amplio (18).

---

(17) En consecuencia, la investigación es muy delicada. La opinión manifestada individualmente por las personas que cooperaron en la formación de la ley, no podrá servir de base para aclarar el significado de la misma, si no se demuestra que tal opinión fué adoptada, expresa o tácitamente, por los tres órganos legislativos.

(18) Lo que Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia*, pág. 137, nota, dice de las leyes recientes al compararlas con las antiguas, de que en aquéllas el estudio de los trabajos preparatorios es

16. Algunos ejemplos mostrarán cómo y en qué límites, puede ser útil el uso de los trabajos preparatorios en la interpretación del derecho procesal civil.

De acuerdo con el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil, en el procedimiento *formal* en *materia mercantil*, después de la relación y de la discusión de la causa, "las partes entregan sus escritos al Secretario, quien pone su firma a las comparecencias que contienen los alegatos *y hace mención de las apostillas que se les hayan agregado*". La posibilidad de la adición de apostillas a las comparecencias ha hecho dudar que en los juicios mercantiles pueda tener lugar el procedimiento formal propiamente dicho, una de cuyas principales características es, según nuestra ley, la clausura de la instrucción de la causa antes de la audiencia. Y esto con tanta mayor razón cuanto que idéntica alusión a apostillas agregadas en la audiencia, se encuentra en el artículo 390, que regula el procedimiento sumario, en el cual se llega a la audiencia durante el período de instrucción. De ello debe concluirse que aún en los casos en que se admita el

---

mucho más fructífero, puede repetirse respecto de las leyes procesales, en comparación con las leyes de derecho privado material. En efecto, la razón de la mayor importancia de los trabajos preparatorios es idéntica en los dos casos. Siendo las normas procesales normas secundarias o normas-medio, son poco sensibles a los cambios de las relaciones sociales reguladas por las normas primarias, y prevalece en ellas, por consiguiente, la interpretación histórica en sentido lato; prevalece igualmente la interpretación histórica en las leyes recientes, aun de derecho material, sobre las cuales no se ha podido hacer sentir todavía el influjo de los cambios en las relaciones sociales.

procedimiento formal en materia mercantil, no se verifica ninguna preclusión por el hecho de quedar definitivamente inscrita la causa en las listas. No obstante que el texto del artículo 400 dé lugar a esta interpretación, el examen de los trabajos preparatorios debe llevarnos a rechazar la frase del citado artículo "y hace mención de las apostillas que allí se agreguen", en realidad fué agregada al artículo por mera equivocación. El proyecto Pisanelli (art. 393 y sig.) disponía que en los juicios mercantiles debía observarse, como regla, el procedimiento sumario *simple* y excepcionalmente, el procedimiento sumario de *audiencia fija*. Y por eso se prescribía en el artículo 401 que el Secretario debía poner su firma a continuación de los alegatos y hacer mención de las apostillas agregadas, lo cual era perfectamente conforme a la naturaleza del procedimiento sumario que se trataba de reglamentar. La comisión de coordinación suprime la forma del procedimiento sumario simple y establece como regla, aún en materia mercantil, el procedimiento formal con algunas modificaciones (19). Pero al reglamentar el procedimiento formal en materia mercantil se quiere aprovechar la disposición contenida en el artículo 401 del proyecto Pisanelli, que ya prescribía el procedimiento *sumario* en materia mercantil, sólo que, al adaptarlo al procedimiento *formal*, pasó inadvertida la frase "y hace mención de las apostillas etc." que encajaba muy bien en una norma sobre procedimiento

(19) Comisión de coordinación, sesión de 25 de abril de 1865, acta núm. 7; Col. Gianzana, II, págs. 37 y sig.; relación Vacca al Rey sobre el código de procedimiento civil, Col. Gianzana, III, pág. 17.

sumario, pero no en una sobre procedimiento formal (20). De todas maneras, el significado del artículo 400 resulta evidente con estos precedentes: en el procedimiento formal en materia mercantil rige, como en todas las otras especies de procedimiento formal, el principio de la clausura de la instrucción antes de la audiencia; y las *apostillas* a que el artículo 400 alude, pueden (a diferencia de las apostillas de que habla el art. 390), contener, no argumentos, peticiones o pretensiones nuevas, sino simples aclaraciones sobre las cosas expuestas en la comparecencia (art. 259, Reg. Gen. Jud.) (21).

Tampoco faltan casos en los cuales solamente el estudio de los trabajos preparatorios pueden explicar la razón y el valor de disposiciones que se infiltraron en el texto de la ley y a las que de otra manera no se sabría atribuir significado alguno o, al menos, un significado satisfactorio. De ello nos ofrece un ejemplo típico la reciente ley de 1901 sobre reforma del procedimiento sumario.

El artículo 2o. último párrafo de la citada ley, dispone: "Cuando se establezca el procedimiento formal, el depósito prescrito por los artículos 151, 165 y 393, del Código de Procedimiento Civil deberá hacerse dentro de los cinco días de la fecha del proveído respectivo, a partir del vencimiento

---

(20) Proyecto Pisanelli, artículo 401.

(21) En este sentido Mattirolo, *Trattato,* III, n. 648; Cuzzeri, *Commento,* sobre el artículo 400. En contra: Scotti. *Montrib.,* VIII, 789, IX, 769; Saredo, *Ist. di procedura civile,* n. 834.

de los cuales correrá el término fijado por los artículos 164 y 394 del mismo Código".

La mención que la ley hace del artículo 165 no es fácil de explicar. Este artículo previene que en el procedimiento formal "el actor, dentro de los quince días de la notificación de la contestación (a su demanda) puede hacer notificar su, réplica; el demandado, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la réplica, puede hacer notificar su duplica, y así sucesivamente". A primera vista, no se comprende qué tenga que ver el artículo 165 con la disposición del artículo 2o. de la ley de 31 de marzo de 1901. Con este artículo se ha querido establecer el cambio del rito de sumario (ordinario) a formal, y de un primer examen del último párrafo parece claro que se haya querido establecer el término *para el depósito de los documentos* (de los no depositados todavía, el cual, según el Código de Procedimiento, artículos 158 y 393 es el término para comparecer establecido en la diligencia de citación). El artículo 165, por el contrario, regula el término para la notificación de las comparecencias que los procuradores de las partes se intercambian en el procedimiento formal (contestación, réplica, contrarréplica, etc.). Se trata, pues, de dos cosas bien distintas. Pero entonces, ¿cómo puede referirse la frase del artículo 2o. último párrafo: "el *depósito* prescrito... deberá hacerse dentro de los cinco días..." a la *notificación* de que se habla en el artículo 165?

Los trabajos preparatorios de la ley de 31 de marzo de 1901 nos dan la clave de esta especie de adivinanza. En el

proyecto ministerial presentado a la Cámara de Diputados, no se hacía mención del artículo 165; el artículo 2o. último párrafo del proyecto, *únicamente* se proponía fijar el término para el depósito de los documentos, que en el procedimiento formal (en materia civil, art. 158 y en materia mercantil, art. 393), del Código de Procedimiento Civil era el término para comparecer; prescrito como estaba que todas las citaciones se hicieran para audiencia fija, al término para comparecer era necesario substituir un nuevo término, y éste fué en el proyecto de cinco días, desde la resolución que ordenaba el cambio del rito. Pero en las discusiones que tuvieron lugar en la Cámara electiva, el diputado Vigna creyó que con la disposición del artículo 2o. último párrafo se quería —en términos generales, a ejemplo de lo que el artículo 398 del Código establecía para el procedimiento formal en materia mercantil—, reducir a cinco días los términos del nuevo procedimiento formal, y pidió que se mencionase también el artículo 165 que es citado en el artículo 398 del Código (22). La proposición de Vigna no solamente fué admitida, sino defendida por el Senado contra las críticas de Pellegrini, por el relator Carnazza-Puglisi y por el Ministro Coco-Ortu. Carnazza-Puglisi afirmó explícitamente: "es evidentísimo que con la mención del artículo 165 se ha querido abreviar el término establecido para la notificación de todas las demandas" (23). Así fué como pasó la mención del artículo citado al texto de la ley.

---

(22) Cámara de Diputados, sesión del 26 de enero de 1901.
(23) Senado, sesión del 26 de marzo de 1901.

Con tales antecedentes, no creemos que la mención del artículo 165 pueda considerarse "un error" e interpretarse el artículo 2o. último párrafo, como si aquél no fuera mencionado (24). Tampoco nos parece posible sostener que se trate de un "error de colocación" leyendo el artículo 2o. último párrafo como si la cita del artículo 165 fuese hecha en la última parte, junto con la de los artículos 164 y 394 (25). Ante todo y contra ambas interpretaciones, está el principio de que sólo en casos excepcionalísimos es admisible una alteración al texto de la ley, cuando el texto mismo no tiene sentido alguno: lo cual debería demostrarse antes de suprimir palabras en el artículo 2o., o de cambiar la colocación de ellas. Contra la segunda interpretación se opone, además, el hecho de que la mención de los artículos 164 y 394 en el último párrafo del artículo 2o. citado, tiene un significado, porque en estos artículos se prescriben términos que corren a partir *del vencimiento del término para comparecer*, término al cual en el último párrafo del artículo 2o. de la ley de 31 de marzo de 1901 se ha substituído la fecha del proveído en que se ordena el cambio del rito; en cambio, la mención del artículo 165 no tendría significado alguno, porque en este artículo se señalan términos que en realidad no corren a contar del día de la expiración del término para comparecer. De manera que con esta interpretación se llegaría al resultado de que la contestación del actor a la primera com-

---

(24) En este sentido Mortara, *Commentario,* III, n. 386.

(25) Así Carcani, en *Procedura,* 1902, 203; Mattirolo, *Trattato,* III, n. 585.

parecencia del demandado y todas las sucesivas réplicas y contrarréplicas a que se refiere el artículo 165, deberían ser notificadas dentro de los mismos cinco días en que puede ser notificada la primera comparecencia del demandado de que habla el artículo 164. ¡Lo absurdo de los resultados es la condenación más evidente de esta interpretación!

En resumen, nos parece que la intención tan claramente manifestada en los trabajos preparatorios por los dos órganos legislativos —la Cámara y el Senado, que indudablemente quisieron ambos, aunque sea basándose en una equivocación, la abreviación de los términos para la notificación, de las comparecencias (intención que debe tenerse como compartida por el tercer órgano legislativo, el Rey, cuyo Ministro responsable manifiesto idéntico propósito)— deba prevalecer en cuanto no se oponga a ella el texto de la ley. Ahora bien, el texto no es un obstáculo para semejante interpretación, sino que la exige, si se quiere dar un sentido a la mención allí hecha del artículo 165. Debe pues, considerarse que el artículo 2o. último párrafo, al hablar del depósito prescrito por los artículos 158, 165 y 393, ha querido aludir no sólo a la entrega de los documentos a la Secretaría, prevenida por los artículos 158 y 393, sino también a la entrega o notificación de las comparecencias prevenidas por el artículo 165 (26).

---

(26) El artículo 12 del R. D. de 31 de agosto de 1901, n. 413, que contiene las disposiciones para la actuación de la ley de 31 de marzo de 1901 y para su coordinación con el código de procedimiento civil y con las otras leyes, prescribe: "El actor debe presentar en la secretaría dentro del término señalado en el último párrafo del artículo 2o. de la ley, los documentos

17.—c.—Por último, es digno de mención especial para la interpretación del derecho procesal civil, el lugar que corresponde al *elemento histórico propiamente dicho*, o sea, al estudio de toda la evolución jurídica que precedió a la formación de la ley. Quizás en ningún otro campo del derecho es tan necesaria y fructífera la interpretación histórica como en el del derecho procesal. Varias causas contribuyen a ello, con-

---

en los cuales funda su demanda, a menos que los hubiese depositado, según lo dispuesto por el artículo 5o. Si deposita documentos no mencionados en el acta de citación, debe hacer notificar la lista de ellos dentro del mismo término". En este artículo sólo se habla *del depósito de los documentos en los que se funda la demanda del actor*, y no de la *notificación de las demandas*. ¿Debe, pues, sostenerse que el R. D. de 31 de agosto de 1901 ha modificado la ley y que por virtud de la disposición del artículo 12 debe considerarse como suprimido en el texto del artículo 2o. de la ley la mención del artículo 165? Esta conclusión sería, a nuestro juicio, excesiva. Ante todo, el artículo 12 no se propone *sustituir* al artículo 2o., último párrafo, sino explicarlo y proveer a su actuación: la simple *omisión* en él de disposiciones sobre la notificación de las demandas no es argumento suficiente para indicar que el término del artículo 2o. haya de referirse solamente al depósito de los documentos y no a la notificación de las demandas. Por lo demás, a pesar de algunas afirmaciones que pudieran hacer creer lo contrario, contenidas en la *relación* que acompaña al R. D. de 31 de agosto de 1901, el Decreto Real en cuestión, aunque expedido por delegación legislativa, no puede considerarse que tenga fuerza legislativa, y mucho menos que tenga facultad para derogar una norma de la misma ley que se trata de actuar. La redacción del artículo 15 de la ley demuestra que el Reglamento para su actuación y coordinación es un *Reglamento delegado*, que es cosa bien distinta de la *delegación de facultades legislativas*. (Cfr. Cammeo, *La manifestazione della volontà dello Stato*, n. 107 y sig., y especialmente 114).

cernientes todas a la naturaleza particular y a la función del derecho procesal. Es un fenómeno general en la evolución del derecho el aprovechamiento de las formas y de las instituciones existentes para proveer a las exigencias creadas por el desenvolvimiento de la vida social. Una necesidad nueva rara vez da lugar a la creación de una norma nueva, regularmente es la norma antigua la que se modifica adaptándose y plegándose a la nueva relación social. En el desenvolvimiento del derecho procesal, este fenómeno adquiere aspectos particulares; debido al menor contacto en que el derecho procesal se encuentra con las relaciones de la vida social en su calidad de derecho-medio frente al derecho material, el fenómeno de la *supervivencia* de normas destinadas a la realización de otras relaciones tiene, en el campo del proceso, una importancia especial. La relativa independencia en que la relación procesal se encuentra respecto de la material o substantiva hace por una parte más fácil la *adaptación* de las antiguas formas procesales a las exigencias de las nuevas relaciones de derecho material y, por la otra, se presta a la supervivencia de formas y de instituciones que a causa del cambio en las condiciones políticas y sociales, han perdido su originaria razón de ser (27). En ambos casos no es posible comprender bien el

(27) Observa Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto,* en *Saggi di diritto processuale,* págs. 203-204: "Son normas residuales las que, nacidas por necesidades, de la índole de las leyes de una época, sobreviven no obstante la transformación de las necesidades y el cambio de la índole y el caer en desuso las leyes en la época que sigue. Subsisten casi como cuerpos sin alma, que el legislador respeta porque la fuerza del hábito las liga a la vida actual del pueblo. Es un fenómeno

alcance y el valor actual de la norma de procedimiento sino remontándose a sus orígenes históricos e investigando las razones y la necesidad que la hicieron surgir, el ambiente social y político en que se desarrolló, el estado del derecho material en la época en que nació.

No es necesario multiplicar los ejemplos en apoyo de esta tesis, porque casi no hay institución de derecho procesal que pueda ser rectamente entendida sin recurrir a la investigación histórica. Bastará hacer someras indicaciones: el *forum contractus*, o sea la competencia especial del juez del lugar donde se formó la relación jurídica contractual, creado para hacer más expedita la tramitación del juicio por considerarse que el lugar donde se había celebrado el contrato era el más adecuado para reunir las pruebas de su formación en un época de escasas y difíciles comunicaciones; competencia que se mantuvo por ésta y otras razones propias de las condiciones de otros tiempos (variedad de las leyes, presumiéndose que el juez del lugar conocía mejor la que debía aplicarse, es decir, la del contrato, derecho del juez del lugar para conocer de la relación nacida en ese lugar, etc.), subsiste hasta hoy no obstante haber cambiado las condiciones, las necesidades y las ideas particulares que le dieron origen y vida (28); y por

---

común a todos los derechos, porque es constante el hecho de que la forma se desenvuelve más lentamente que el derecho, y las instituciones nuevas pasan bajo las fórmulas judiciales antiguas, como el agua siempre nueva de un río bajo un viejo puente".

(28) Cfr. Castellari, *Le competenze in materia di obbligazioni*, págs. 107 y sig.; Chiovenda, *Principii*, págs. 324 y 325.

eso el *forum contractus* debe justificarse con fundamento en otras razones y exigencias, circunstancia que debe tomarse muy en cuenta en la interpretación de los textos legales que lo reglamentan (art. 91). La notificación de la sentencia al contumaz por medio de un ujier designado especialmente por el juez que la pronunció, ordenada por el artículo 385, bajo pena de nulidad, tuvo su origen en una disposición del Código Francés (art. 156) determinada por la necesidad de impedir fraudes por parte de los ujieres, que simulaban las notificaciones; inconveniente de otros tiempos y de otras condiciones sociales y políticas, desaparecidas las cuales ha cesado la razón de ser de la disposición contenida en el artículo 385 (29). Naturalmente, estas circunstancias deben ser de mucho peso en la interpretación del artículo 385. El *juramento*, que en el proceso germánico era considerado como una forma de intervención de la divinidad en favor del litigante que tuviese la razón y que fué mantenido en el proceso común por un fenómeno de supervivencia, no tiene en el procedimiento moderno otra posible justificación que el deseo de la ley de obtener, a falta de otros medios mejores, una cuidadosa solución de la controversia (30).

Pero la investigación histórica no sólo da luces para la interpretación del derecho vigente, sino que a veces es un medio *decisivo* para la resolución de la cuestión debatida. Por ejemplo, el artículo 93 del Código de Procedimiento Civil,

---

(29) Chiovenda, *La notificazione delle sentenze civili*, en *Saggi di diritto processuale*, pág. 265.

(30) Chiovenda, *Principii*, pág. 521.

atribuye al *forum rei sitae* las *acciones reales sobre bienes inmuebles*. Las acciones de mera declaración que tienen por objeto un derecho real ¿deben ser entabladas en el *forum rei sitae*? Es dudoso, en efecto, que pueda llamarse *acción real* a una acción que tiende a la simple *declaración*, y no a la *ejecución*. Recurriendo a la investigación histórica se llega al conocimiento de que el *forum rei sitae* tiene precedentes tanto en el derecho romano como en el derecho germánico; en Roma se justificaba principalmente por la necesidad de facilitar la ejecución futura; en el derecho germánico en cambio, tenía como base el concepto de que la soberanía del juez sobre terrenos existentes dentro de su jurisdicción, es exclusiva a cualquier otra (31). Si se sostiene que a nuestro Código pasó el concepto germánico del *forum rei sitae*, (como lo demostraría el hecho de que también en nuestro derecho este fuero es *exclusivo*, y no concurrente con el fuero general y es aplicable sólo a los bienes raíces y no a los muebles), el que se trate de acción de *simple declaración*, sin relación alguna con la ejecución, no excluye la aplicabilidad del *forum rei sitae*. Si, por el contrario, se sostiene que es el concepto romano el que pasó a nuestro derecho (32) debe adoptarse la solución contraria.

---

(31) Planck, *Lehrbuch des deutsches Zivilprozessrechts*, Nördlingen, 1887-96, I, pág. 64. Véase también Chiovenda, *Principii*, pág. 337.

(32) Como lo hace Chiovenda, *Principii*, pág. 331.

CAPITULO CUARTO

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este tratamiento igual para los intereses opuestos de las

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

(21) Wach, *Handbuch,* pág. 270.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

servan las normas relativas a la venta de los bienes inmuebles de menores. En virtud de los artículos 943 y 944 las disposiciones sobre ejecución de sentencias extranjeras se aplican al procedimiento para la ejecución de los mandamientos de secuestro expedidos por autoridades judiciales extranjeras, y para dar fuerza ejecutiva a los documentos auténticos otorgados en país extranjero (28).

De acuerdo con las disposiciones citadas, son numerosos los casos de extensión analógica de normas que establecen formas y términos con las nulidades y caducidades respectivas; estas normas no pueden aplicarse por analogía fuera del derecho procesal en que el formalismo aparece como regla y no recho procesal. Además, y por la naturaleza misma del decomo excepción (v. supra n. 24); y por el defectuoso ordenamiento del sistema de las formas en nuestro derecho procesal vigente, los casos de nulidad y caducidad por vía de interpretación analógica son muy frecuentes en el campo del proceso civil.

28.—El Código de Procedimiento contiene una disposición general sobre los efectos de la inobservancia de las formas procesales; la del artículo 56 en virtud del cual "no puede pronunciarse la nulidad de ningún acto de citación o de cualquier otro acto de procedimiento, si la nulidad no está consignada en la ley "pero" pueden, sin embargo, anularse los actos que carezcan de los elementos que sean esenciales". Esta disposición abre la puerta a la extensión analógica en materia de

(28) Ejemplos análogos referidos al Reglamento germánico en Wach, *Handbuch*, pág. 274.

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

---

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Consiguientemente, si los casos particulares en que las nu-

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

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

a) Que se trate del ejercicio de una facultad *de la parte;*

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

c) Que se trate del ejercicio de una facultad procesal de la parte, *limitada en el tiempo por la ley.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

(34) Por lo que toca al procedimiento ante la Sección IV del Consejo de Estado, la solución adoptada en el texto admitida por la doctrina y por la jurisprudencia predominante, cfr. Orlando, *La giustizia amministrativa*, en su *Trattato*, III, págs. 945-946 (aunque él sostenga, como lo hacemos nosotros, que la función de la Sección IV del Consejo de Estado no es jurisdiccional), subsiste, sin embargo, aún admitiendo que sea jurisdiccional, la razón de analogía explicada en el texto. Véase también Cammeo, *Questioni di diritto amministrativo*, Firenze, 1900, pág. 99 y sig.; y la jurisprudencia de la Sección IV; Dec. julio 6 de 1894, *Giust amm.*, 1894, 421 (para la notificación del recurso); dec. 21 de enero de 1898, *Giust. amm.*, 1898, 445 (recurso ante autoridad incompetente), dec. 24 de marzo de 1892, *Giust. amm.*, 1892, 141, noviembre 10 de 1893; *Giur. it.*, 1894; III, 71; enero 8 de 1897, *Giust. amm.*, 1897, 322; marzo 23 de 1901, *Giust. amm.*, 1901, 130 (citación por medio de proclamas públicas); dec. enero 8 de 1897, *Giust. amm.*, 1897, 322; 1o. de julio de 1898, *Giust. amm.*, 1898, 369 (notificación en caso de pluralidad de interesados en oponerse al recurso); dec. mayo 5 de 1892, *Giust. amm.*, 1892, 299 (transcurso del término para el depósito), etc.