

EDUARDO J. COUTURE

**ESTUDIOS DE
DERECHO PROCESAL
CIVIL**

T O M O I



**EDIAR Soc. Anón. EDITORES
BUENOS AIRES**

1. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO CIVIL

SUMARIO: *Introducción:* CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS. — 1. La Constitución y sus textos reglamentarios. — 2. Alcance de esta investigación. — *Capítulo I. ACCIÓN Y DERECHO DE PETICIÓN:* 3. El concepto de acción. — 4. Individuo y autoridad. — 5. Carácter cívico de la acción civil. — 6. La acción como fórmula típica del derecho constitucional de petición. — 7. Antecedentes de esta tesis. — 8. Trascendencia constitucional de esta tesis. — *Capítulo II. EXCEPCIÓN Y DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO:* 9. Acción y excepción. — 10. Carácter cívico de la excepción. — 11. "Law of the land" y "due process of law". — 12. El problema de la excepción en nuestro tiempo. — 13. La excepción como instrumento técnico de la garantía del "debido proceso". — *Capítulo III. ACTOS PROCESALES Y "DEBIDO PROCESO":* 14. Alcance procesal del "due process". — 15. La garantía de "su día ante el tribunal". — 16. Los actos procesales y la garantía de defensa en juicio. — 17. La garantía de petición. — 18. La garantía de afirmación. — 19. La garantía de prueba. — 20. El principio de igualdad ante los actos procesales. — *Capítulo IV. SENTENCIA Y JURISDICCIÓN:* 21. Forma y contenido de la sentencia. — 22. Evolución del pensamiento jurídico. — 23. Constitución, ley y sentencia. — 24. Declaración y creación en la sentencia. — 25. Confrontación. — *Capítulo V. CONSTITUCIÓN Y LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL:* 26. La sentencia como expresión jurisdiccional. — 27. Garantías constitucionales de la jurisdicción. — 28. Garantía de independencia. — 29. Garantía de autoridad. — 30. Garantía de responsabilidad. — *Capítulo VI. PROCESO Y POLÍTICA:* 31. Recapitulación.

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO CIVIL

INTRODUCCIÓN

CONSTITUCIÓN

1. *La Constitución y sus textos reglamentarios.*

Este estudio se propone mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución.

Nadie ha dudado nunca de que las garantías constitucionales de la propiedad, el trabajo, la familia, el comercio, la libertad, cuentan a lo largo de toda la codificación, con un régimen protector. Los penalistas aman decir, y con razón, que el Código Penal es el texto que asegura la libertad. Otro tanto pueden decir los que estudian el proceso penal refiriéndose, sin duda, a una instancia más próxima a la realidad.

El carácter elemental de estas ideas no les quita significación científica, porque ellas constituyen, en verdad, sólo un punto de partida para la investigación ulterior.

En el campo del derecho procesal civil, puede afirmarse

que ellas no han tenido su natural desarrollo. Hasta se da la curiosa circunstancia de que el pensamiento político de las constituciones no siempre ha sido fielmente interpretado en el texto de sus leyes.

Es menester no olvidar, por ejemplo, que nuestros Códigos han tenido, en su gran mayoría, como fuente de inspiración una ley española de 1855 reformada en 1881; algunos de los países hispano-americanos, como Cuba, hasta tienen en vigencia el texto de esa misma ley; otros la han seguido fielmente; los últimos Códigos que pugnan por apartarse de ella, no han podido dar aún el paso definitivo. Ocurre, todavía, que esa misma ley constituye a su vez una estratificación de antiquísimas formas del proceso romano-canónico, surgidas en medios sociales con los que nuestro mundo apenas tiene una remota relación histórica de continuidad.

Entre los residuos del feudalismo español del siglo XIII, su monarquía del siglo XIX y el mundo americano de nuestros días median diferencias sustanciales en lo político, en lo social, en lo económico. Hasta puede afirmarse que contra muchas de sus instituciones y sus privilegios fué que se hizo la revolución americana.

Pero los países democráticos, a diferencia de los totalitarios (¹), no se han dado, aún, fórmulas procesales suficientemente precisas como para que pueda afirmarse que constituyen el fiel reflejo de sus Constituciones. Así, por ejemplo, el proceso escrito que domina en la casi totalidad de los países de origen hispano-americano, restringe de mo-

(¹) Sobre todo este movimiento, y la amplia literatura que ha tratado de justificarlo, damos por reproducidos aquí los desarrollos que aparecen en *Traectoria y destino del derecho procesal hispano-americano*, publ. en este mismo volumen, pág. 291 especialmente la tercera conferencia, relativa al derecho procesal fascista, nacionalsocialista y comunista.

do extraordinario el principio de publicidad que forma la esencia del sistema democrático de gobierno; el nombramiento de los jueces por el Poder Ejecutivo constituye, en sus últimos términos, una contradicción con la teoría republicana de la división de los poderes; el costo de la justicia, que la hace para unos tan fácil y para otros de tan difícil obtención, atenta contra el precepto de que ante ella, como ante la ley, todos los hombres son iguales "sin más diferencia que la de sus talentos o sus virtudes".

De la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y en especial el de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituidos por la ley.

El régimen del proceso lo debe determinar la ley. Ella concede o niega poderes y facultades dentro de las bases establecidas en la Constitución. El espíritu de ésta se traslada a aquélla, que debe inspirarse en las valoraciones establecidas por el constituyente. Para quienes negamos que dentro de nuestro sistema constitucional existan fallos generalmente obligatorios ⁽²⁾, ni aún en régimen de casación ⁽³⁾ esta fidelidad de la ley a la Constitución representa la base de toda una construcción que está reclamando desenvolvimiento.

2. *Alcance de esta investigación.*

Estas reflexiones nos han ido deparando, con el andar del tiempo, el convencimiento de que la doctrina procesal

(2) *La teoría de la obligatoriedad de los fallos plenarios*, en este mismo volumen, pág. 99.

(3) *Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil* uruguayo, pág. 57, Montevideo, 1945.

moderna tiene aún una etapa muy significativa que cumplir. Un examen de los institutos que nos son familiares en esta rama del derecho, desde el punto de vista constitucional, constituye una empresa cuya importancia y fecundidad no podemos todavía determinar.

La doctrina del derecho procesal penal hace ya tiempo que ha recorrido este camino ⁽⁴⁾. Pero la del derecho procesal civil no lo ha emprendido todavía.

Sin embargo, basta pensar que en el examen de las instituciones esenciales del derecho procesal civil, se llega siempre a un instante en que éstas adquieren el rango de derechos *cívicos* o fundamentales ⁽⁵⁾. Derecho cívico es la acción, si se considera que ella en último término, es el acto de petición a la autoridad, indispensable para que condene al demandado, para que declare la existencia de un derecho o para que quite un embarazo al libre ejercicio de una situación jurídica. Derecho cívico es la excepción, si se considera que sin ella, concebida como sinónimo de defensa, la justicia incurriría en el riesgo de condenar al demandado sin darle la posibilidad de ser escuchado. Excepción es, en este orden de cosas, sinónimo de garantía de defensa en juicio; y la defensa constituye una de las más preciosas garantías en las relaciones entre el individuo y el Poder. De-

⁽⁴⁾ Un planteo semejante con relación al proceso penal, ya estaba claramente insinuado en MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, L. 12. De entonces aquí la bibliografía ha sido abundante. Su última y excelente exposición es la de OLEA Y LEYVA, *El artículo 21 constitucional. Ensayo sobre la intrasmutablez de las esencias procesales*, publ. en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, 1944 t. 6, pág. 273.

⁽⁵⁾ "Aquellos inherentes a la personalidad humana; los que los hombres tienen por ser hombres; aquellos que ningún título legal reclaman como condición de su existencia" SAMPAIO DORIA, *Os direitos do homem*, São Paulo, 1942, pág. 574. Asimismo, THOMAS PAINE, *Los derechos del hombre*, trad. esp., México, 1944.

rechos cívicos son los actos procesales de aportación de pruebas, de conclusión, de apelación, etc. Cuando la Constitución establece que nadie debe ser condenado sin forma de proceso ⁽⁸⁾ ("due process of law", en su sentido más estricto), consagra implícitamente el principio de que nadie puede ser condenado por un proceso cualquiera, es decir por una farsa de proceso, de esos tan increíblemente frecuentes a lo largo de la historia. El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma. Derecho cívico es, por último, el ser escuchado por jueces que, políticamente, merezcan el nombre de tales. El juez servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución; el juez demagogo no es el juez idóneo que aquélla promete; el juez cuyos fallos son desobedecidos por los órganos encargados de cumplirlos es todo lo contrario de un juez; el juez sin responsabilidad por sus errores y culpas, no ofrece el mínimo de seguridad que la Constitución anuncia. La ley orgánica de los tribunales resulta, así, en cuanto desenvuelve los principios de independencia, de autoridad y de responsabilidad de los jueces, la ley reglamentaria de la función jurisdiccional misma.

(8) Constitución uruguaya, art. 12. Utilizamos para este trabajo los textos constitucionales uruguayos, porque, a pesar de su índole general, este ensayo está construido sobre los textos de nuestro país. La confrontación de los mismos con las restantes constituciones americanas, puede hacerse mediante los cuadros sinópticos contenidos en el libro de LAZCANO Y MAZON, *Las constituciones políticas de América*, La Habana, 1942.

Este carácter fundamental de los derechos procesales requiere ciertas investigaciones, precisiones y hasta salvedades, de las cuales este trabajo es un simple anticipo preliminar. Pero cumplida esa labor de planteo, se percibe la sensación de que el ámbito del derecho procesal se ensancha de tal manera que su enlace con la Constitución resulta un fenómeno natural dentro de los modos de aplicación del mismo.

Se afirma sin reserva, en el campo de la teoría general, que la Constitución es el fundamento de validez de la ley⁽⁷⁾. Trataremos de ver en qué sentido las garantías constitucionales relativas a la justicia, constituyen el fundamento de validez del derecho procesal civil.

Determinado con la precisión científica deseable ese fundamento, la doctrina *publicista* tan claramente admitida en los últimos años, puede extender su campo de aplicación a una teoría *política* del proceso civil.

CAPÍTULO I

ACCIÓN Y DERECHO DE PETICIÓN

3. *El concepto de acción.*

Cualquier empresa que deba iniciarse para determinar las relaciones entre el individuo y el poder, en el orden atingente a la justicia civil, debe comenzar estudiando el derecho de accionar ante los tribunales.

(7) Kelsen, *Compendio de teoría general del Estado*, pág. 136; el mismo, *La teoría pura del derecho*, pág. 108; LINARES, *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944, pág. 82.

Este fenómeno es, tal como decía el dístico clásico, "caput et fundamentum iudicium", ya que merced a él es que todo el fenómeno de la justicia civil se desenvuelve. Incumbiendo al individuo la iniciativa del proceso (8) lo primero, lo que se halla al borde mismo de la preocupación inicial, es este fenómeno de un particular situado ante los órganos de la jurisdicción pretendiendo algo de ellos.

Por un convencionalismo de lenguaje que tiene ya varios siglos, se acostumbra llamar *acción* al poder jurídico que tiene el individuo de dirigirse a los órganos de la jurisdicción. Pero ese vocablo tiene en el derecho un significado casi infinito. En el derecho penal la acción se opone a la omisión en la acuñación típica de los delitos; en el derecho mercantil, y específicamente en el derecho de las sociedades, su significado nada tiene que ver con el del campo penal; en el derecho civil se utiliza el vocablo seguido de nombres propios que caracterizan ciertos tipos de derechos sustanciales (acción reivindicatoria, posesoria, pauliana, simulatoria, rescisoria; y a veces manteniendo sus denominaciones clásicas: "actio in rem verso"; "actio quanti minoris"; "actio ad exhibendum", etc.); en el derecho administrativo denota, genéricamente, la gestión de los administrados ante la administración. Esas mismas acepciones han variado en el tiempo y aún con relación a nuestra época su significado es diferente en los países de "common law" y en los países de derecho civil (9).

(8) El *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* uruguayo (1945) configura este principio en la siguiente forma: "Art. 2. *Principio de iniciativa en el proceso.* La iniciativa del proceso incumbe a las partes. El juez lo iniciará de oficio sólo cuando la ley lo establezca". Cfr. *Exposición de Motivos*, 20 y 21.

(9) *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1942 (en adelante *Fundamentos*), pág. 15.

Quiere decir que la determinación de este fenómeno inicial de nuestro desarrollo debería comenzar por una cuestión de léxico: determinar qué es *acción* en el riguroso sentido procesal del vocablo.

Un estudio anterior destinado a esta materia ⁽¹⁰⁾ nos ha permitido exponer de qué manera el derecho procesal ha tenido de la acción, a lo largo de su desenvolvimiento doctrinario, tres significados diferentes: en un primer significado, perteneciente al derecho romano clásico, la acción es un "ius persecuendi in iudicio", vale decir, una potestad jurídica de requerir del tribunal la satisfacción de un crédito o la entrega de una cosa; una segunda concepción, superando la primitiva idea romana, que sólo concibió acciones pero no concibió derechos sustanciales ⁽¹¹⁾, involucra el derecho y la acción: la acción es, simplemente, el derecho en movimiento, "casqué et armé en guerre"; una tercera concepción desprende la acción del derecho material y transforma a aquélla en un poder jurídico autónomo. Desde este momento la acción entra en el sistema del derecho con un significado propio y denota, genéricamente, el poder jurídico del individuo de requerir de la jurisdicción la prestación de cuanto es menester para reintegrarle o asegurarle efectivamente, el goce de su derecho violado, resistido o en estado de incertidumbre ⁽¹²⁾.

Es notorio que esta última concepción, la que proclama la autonomía de la acción, ha abierto el camino a las modernas orientaciones científicas del derecho procesal, y a ella

⁽¹⁰⁾ *Fundamentos*, pág. 18 y sigtes.

⁽¹¹⁾ KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les romains*, trad. franc. París, 1879, párr. 23.

⁽¹²⁾ *Fundamentos*, pág. 30 y sigtes.

se debe la fecunda elaboración doctrinaria de esta rama del derecho en los últimos tiempos.

A fines del siglo XIX, cuando ya la teoría de la autonomía de la acción parecía consolidada, surgió una disputa entre sus adeptos, consistente en saber si la acción era, genéricamente, el derecho a demandar o era un poder jurídico de naturaleza diferente.

La primera de estas orientaciones hacía de la acción un "tertium genus" situado entre el derecho sustancial y el poder de acudir a la jurisdicción. La segunda, considerando ese tipo de poder jurídico una inútil duplicación del tercero, reducía los poderes del individuo a dos: su derecho sustancial, ya sea de índole real o personal, y su acción configurada como la potestad de obtener de la jurisdicción cuanto fuere necesario para la efectividad de su derecho⁽¹³⁾.

Por las razones dadas en otra oportunidad⁽¹⁴⁾ y por las que, en forma implícita pero, a nuestro juicio, suficientemente ilustrativas, a continuación se desenvuelven, conceptuamos fundada la última y no la primera de dichas tendencias. Es, pues, sobre esa suposición que se construye todo este desarrollo que es, en su intento, una continuación de aquellas ideas trasladadas al campo de la Constitución.

4. *Individuo y autoridad.*

Para tomar posición en este orden de ideas, por una razón de método elemental, partamos de los hechos.

⁽¹³⁾ Una exposición de este problema, en ESTELITA, *Direito de açãõ. Direito de demandar*, Río de Janeiro, 1942. Los términos del presente estudio traducen nuestra parcial disidencia con el autor y nuestra adhesión a la tesis que BAPTISTA MARTINS expone en el prólogo de ese libro.

⁽¹⁴⁾ *Fundamentos*, pág. 30.

Cuando el hombre se siente objeto de una injusticia, de algo que él considera contrario a su condición de sujeto de derechos, no tiene más salida que acudir ante la autoridad. Privado ya de su poder de hacerse justicia por mano propia, le queda en reemplazo el poder jurídico de requerir la colaboración de los poderes constituídos del Estado.

Ese requerimiento a la autoridad asume formas diferentes según la naturaleza del conflicto. Si la injusticia tiene gran magnitud o afecta a todo un orden de intereses, el reclamo se dirige a una autoridad que pueda resolverlo con un carácter general: los integrantes de un gremio piden al Parlamento, por ejemplo, la ley de descanso requerida por las condiciones higiénicas del trabajo. Si la injusticia emana del incumplimiento general de esa misma ley, el reclamo a la autoridad no se formula ya ante el Parlamento, sino ante el Poder Ejecutivo, el que impone al empleador las sanciones administrativas previstas. Si la injusticia emana del incumplimiento de una situación individual, como cuando a un obrero no se le paga el importe de sus días de descanso, el reclamo se dirige ante el Poder Judicial.

Acostumbramos llamar *acción civil* al poder jurídico de reclamo de que se halla investido, en el ejemplo, el obrero a quien no se ha pagado durante su descanso.

Para hacer esa calificación, no es indispensable, por ahora, establecer si ese poder jurídico es el mismo derecho de crédito o un derecho diferente; si ese derecho debe ser fundado o infundado, es decir, si el obrero se halla asistido de razón o no; si la autoridad es competente o incompetente para escucharle; si el empleador tiene o no medios económicos suficientes para satisfacer el crédito; etc. Basta atenerse a la circunstancia de que el individuo tiene un poder jurídico que le permite acudir ante la autoridad y que ese

poder es, a su vez, el único modo legítimo de obtener que la injusticia sea reparada.

Este punto parece hallarse, cualquiera sea el campo en que se coloquen los autores, fuera de toda discusión. Merced a esta circunstancia parece notarse en los escritos más recientes un deseo de eliminar disidencias en la disputa teórica de la doctrina llamada *abstracta* y de la doctrina llamada *concreta* de la acción.

Para no referir sino el esfuerzo de los autores que trabajan en esta parte del continente americano puede darse una nómina relativamente amplia de los escritores orientados en ese sentido. Ya Liebman, en una disertación realizada desde la cátedra de Montevideo que fué, sin duda, la primera palabra de orden proferida en torno a este problema entre nosotros ⁽¹⁵⁾, intentó reducir los términos del mismo a sus elementos más simples; y con ello contribuyó a que se percibiera el alcance mismo de la cuestión que se debatía. Nuestro desarrollo, inmediatamente posterior al suyo, sólo significó coordinar las ideas dentro del panorama general del derecho de nuestros países ⁽¹⁶⁾. Poco tiempo después, Alsina mencionaba ese desarrollo y definía la acción como "la facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado a efecto de tutelar una situación jurídica material" ⁽¹⁷⁾. La proximidad de todas

⁽¹⁵⁾ *Concepto de la acción*, publ. en *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, Montevideo, 1940, págs. 217 y sigtes.

⁽¹⁶⁾ Edición mimeográfica de las versiones taquigráficas del aula en la Facultad de Derecho de Montevideo; 1941, pág. 3 y sigtes. Véase la nota siguiente.

⁽¹⁷⁾ *Tratado*, pág. 185. ALSINA ha citado, demasiado bondadosamente, como si fuera un libro, el conjunto de versiones taquigráficas de nuestro curso universitario. Esas versiones, anteriores al tomo I de su obra, carecen de valor bibliográfico y sólo cumplieron, en su tiempo, una misión docente. A partir del t. II del *Tratado* de ALSINA, se cita

estas tesis fué puesta de inmediato de relieve en dos estudios dedicados al tema por Sentís Melendó (18). Contemporáneamente, Podetti desenvolvía su teoría en el sentido de que acción es "el elemento activo del derecho material, cuyo ejercicio corresponde al Estado, quedando sólo al titular del derecho la facultad de poner en movimiento al poder jurisdiccional" (19). Esta misma tesis habría de ser aclarada y precisada más tarde, definiendo la acción como "el plexo de facultades jurídicas, privadas y públicas, que corresponden a los individuos para reclamar al Estado el ejercicio de la jurisdicción y al Estado mismo para instruir el proceso y actuar la ley" (20). Por el mismo tiempo, con sólo diferencia de meses, Bartoloni Ferro publica un oportuno estudio de propósitos visiblemente conciliatorios (21). Siempre simultáneamente, Mercader publica un libro muy significativo, de gran amplitud de exposición, para sostener que "la acción no es una facultad sino un deber jurídicamente necesario para el sujeto que se pretende titular del crédito y a quien el ordenamiento le impone la obligación inexcusable de dirigirse a los órganos jurisdiccionales y le prohíbe mien-

nuestro libro de *Fundamentos* que recoge, ese sí, el fruto de largos años de meditación y trabajo.

(18) *Los conceptos de acción y de proceso en la doctrina del Profesor Hugo Alsina*, en *J. A.*, 1941-II, sec. doctr., pág. 38. Luego *La ciencia procesal argentina. Manifestaciones actuales*, en *Revista de derecho procesal*, t. I, II pág. 23.

(19) *Ciencia y técnica del proceso civil*, Buenos Aires, 1942, página 136.

(20) *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil en Revista de derecho procesal*, t. 2, I, pág. 147.

(21) *Unidad de la acción*, en t. I, I, pág. 334. El autor vuelve sobre él y lo fortalece con nuevos elementos de juicio, en la reciente segunda edición de su libro *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales (Acción, jurisdicción, proceso)*, Santa Fe, 1944, pág. 10.

tras tanto, dirigirse directamente contra su presunto deudor" (22). "Ese deber, resume, lo único que hace es poner en marcha la actividad jurisdiccional para que se individualicen la norma y sus consecuencias" (23). Y por último, Alcalá Zamora y Castillo por una parte (24) y Roberto Goldschmidt por otra (25) acentúan, cada uno a su manera, los términos de aproximación de esta disputa que, al menos por ahora y entre nosotros, parece tocar a su fin (*).

Quien haya seguido con el interés merecido esa inesperada exhumación de una polémica que se inició en Europa a mediados del siglo pasado, pero que llegó a estos países con muy considerable retardo, advertirá que parece existir acuerdo, a pesar de las divergencias incidentales, en unos pocos puntos, que consideramos básicos y que pasamos a resumir:

- a) en el estado de derecho, la violencia privada se transforma en petición ante la autoridad;
- b) esa petición ante la autoridad constituye un poder jurídico del individuo, pero es el medio necesario para obtener la prestación de la jurisdicción;
- c) el poder jurídico de acudir ante la autoridad no puede ser quitado a nadie; prohibida la justicia por ma-

(22) *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, Buenos Aires, 1944, pág. 163.

(23) *Op. cit.*, pág. 166.

(24) *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción en Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, p. 759.

(25) *Derecho judicial material civil*, publicado en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, p. 315.

(*) No ha sido así, sin embargo. Posteriormente a la publicación de este estudio, apareció el de CARNELLI, *La acción procesal*, en *La Ley*, t. 44, págs. 849 y sigtes., que no puede, por su extensión, ser aquí discutido. También posteriormente, aunque se trate de un trabajo anterior, ha llegado a nuestro conocimiento el estudio sobre el mismo tema de CARNELUTTI, publicado en *Rivista di diritto processuale*, 1946, I, págs 1 y sigtes. Debemos aclarar que no obstante sus tan diversas orientaciones, esos dos estudios no disienten con lo sustancial de la idea aquí expuesta.

no propia, es evidente que debe darse a todo sujeto de derecho la facultad de obtenerlo por mano de la autoridad; privarle de una y otra, sería negarle la justicia misma.

Y si también existe acuerdo en cuanto a llamar a ese poder jurídico *acción civil*, las ideas básicas para nuestra argumentación han sido sentadas.

5. *Carácter cívico de la acción civil.*

Admitido lo que precede, nadie puede dudar de que un poder de esa índole forma parte de la estructura misma del derecho.

Si para algo se hallan instituídos los jueces en el ordenamiento jurídico es para dictar sentencias reconociendo o desconociendo la razón de los que acuden ante ellos. La llamada "plenitud hermética del orden jurídico" se funda, justamente, en que los jueces colman con la jurisprudencia todo ese orden. ⁽²⁶⁾

Por otra parte, es evidente que en el cúmulo de posibilidades de actuación de todo sujeto de derecho, el acceso al tribunal constituye una de las que debe serle otorgada con la máxima generosidad. Para consagrar esa facultad no es posible preguntarse de antemano si el reclamante tiene o no razón y si actúa de buena o mala fe. Desventuradamente esto no podrá saberse hasta el día de la última sentencia. Decimos desventuradamente porque el orden jurídico sería infinitamente más perfecto si se pudiera saber desde el día de

(26) COSSIO, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires, 1939, pág. 93 y sigtes. Posteriormente, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1944, pág. 47.

la demanda si el actor tiene o no razón, ya que de poderse saber tal cosa, existiría siempre la posibilidad de evitar el litigio malicioso. Pero esta posibilidad no existe lógicamente, ya que instaurarla valdría tanto como suprimir el litigio. En la lucha no se sabe nunca de antemano quién será el triunfador ni quién será derrotado, hasta el instante supremo en que se decida la contienda. El proceso es en último término, una lucha dialéctica. Por la misma razón por la cual no se pudo declarar vencedor anticipado a Goliat en la lucha bíblica, tampoco podrá concebirse ordenamiento jurídico alguno que pueda declarar vencedor anticipado al que ostenta un derecho aparentemente más convincente.

Entonces, frente a este fenómeno que consiste en no poder exigir de antemano al actor ni siquiera una apariencia de razón, es que surge la pregunta fundamental: ¿pero una facultad así concebida no es, por ventura, uno de esos derechos cívicos, inherentes a todo sujeto de derecho, en su condición de tal? El derecho de acción concebido como la pura facultad de acudir al Tribunal ¿no forma parte de ese mínimo de poderes jurídicos inherentes a la propia condición humana y que todas las Constituciones enumeran en sus ya clásicas disposiciones sobre derechos y garantías? ¿El derecho de acción no será, concebido de esta manera, el mismo derecho constitucional de petición a la autoridad, consagrado en la mayoría de las Constituciones vigentes? ⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ El derecho de petición aparece consignado en 17 constituciones americanas y en 7 europeas (LAZCANO Y MÁZON, *Constituciones políticas de América*, La Habana, 1942, t. I, pág. 119). En todos estos textos, los de Panamá, de Cuba y de México reclaman un acuerdo especial, por contener la formulación más amplia y precisa de este derecho. A diferencia de todas las restantes, que sólo lo reconocen como un derecho del individuo sin establecer en qué medida el Poder Público queda obligado por la petición, el art. 46 de la Constitución de Panamá agrega: "... y el de obtener pronta resolución". El artículo 36 de la Consti-

Cuando nuestro texto Constitucional en su art. 29, dice literalmente: "Todo habitante tiene derecho de petición para ante todas y cualesquiera autoridades de la República" utiliza una fórmula de tal generalidad que no puede escapar de ella ningún órgano del Poder Público; y mucho menos la autoridad judicial, que constituye, en la estructura misma de esa Constitución, uno de los poderes del Estado. La acción vendría a ser, así, una especie dentro del género de los derechos de petición.

6. *La acción como fórmula típica del derecho constitucional de petición.*

El derecho constitucional de petición no es otra cosa que el derecho de comparecer ante la autoridad. Su origen, esencialmente privado, lo configura, apenas, como una prerrogativa individual ("Private bill"). Sólo al adquirir mayor trascendencia va a ser encarado como un beneficio de interés común ("Right of petition")

Durante largas etapas históricas el derecho de petición abarcó de manera casi inseparable, las pretensiones deducidas ante el Poder Legislativo, ante el Ejecutivo y ante el Judicial. Es menester no perder de vista que hasta el siglo XVIII los diversos poderes del Estado se encontraban confundidos. El derecho público romano desconoció una separación neta entre el ejecutivo y el judicial. Los Parlamentos hasta el siglo XVIII, como hoy la Cámara de los Lores, eran tribuna-

ción cubana establece: "Toda persona tiene el derecho de dirigir peticiones a las autoridades y que le sean atendidas y resueltas en término no mayor de cuarenta y cinco días, comunicándosele lo resuelto. Transcurrido el plazo de la Ley, o en su defecto el indicado anteriormente, el interesado podrá recurrir en la forma que la Ley autorice, como si su petición hubiese sido denegada".

les reales que tenían a su cargo el Poder Judicial ⁽²⁸⁾. El gobierno virreinal americano nos pone en evidencia el más nítido ejemplo de aglutinación de poderes; antes de la institución de las Audiencias, el Cabildo es no sólo Poder Legislativo comunal y su órgano ejecutivo, sino también en muchos casos el Poder Judicial.

Hasta una buena parte del siglo XIX el proceso civil y el proceso penal aparecen confundidos. En la justicia colonial americana se conocieron por ejemplo, múltiples jurisdicciones en el orden militar, en el orden administrativo, en el orden mercantil, en el orden de los huérfanos y menores; y, sin embargo, no existió en ella una neta diferenciación entre la justicia civil y la justicia penal ⁽²⁹⁾.

El "Bill of Rights" de 1689 no sólo se refirió a las peticiones ante el rey, sino también al reclamo de leyes al parlamento. Story ya decía que un derecho de esta índole casi no necesitaba formulación expresa en el gobierno republicano. "Es imposible, añadía, que él pueda ser denegado prácticamente mientras el espíritu de libertad no haya desaparecido totalmente y el pueblo se haya degradado tanto que se haya

(28) Dice DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruselas-París, 1931, pág. 57. "En los orígenes el derecho no era más que procedimientos. Estos lo dominan y lo absorben. Todos los autores ingleses reconocen que es del procedimiento que surgió el *common law*, la *substantive law*. El derecho mirado como sentencia, ha nacido del *adjective law*, es decir del procedimiento, del conjunto de reglas de forma". Sobre los Parlamentos y su función judicial, FUZIER HERMAN, *La separation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, París, 1880, esp. págs. 201 y sgtes.

(29) Últimamente, FERRES, *Época colonial. La administración de justicia en Montevideo*, Montevideo, 1944, pág. 10 y sigtes. MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial en las primeras épocas de la independencia*. Buenos Aires, 1944.

hecho incapaz de ejercer los privilegios de los hombres libres" (30).

Este derecho, ha agregado la Suprema Corte de los Estados Unidos, "no ha sido creado por la Enmienda V, pues la idea del gobierno republicano implica el derecho de parte de los ciudadanos de reunirse pacíficamente para consultarse respecto de los intereses públicos para pedir la reparación de los agravios" (31).

Un derecho así concebido, por su origen, por la época en que recibió proclamación, por el concepto de la justicia durante el largo período de su desenvolvimiento, abarca, indistintamente, las diversas ramas del poder público; y cuando él es ejercido ante el Poder Judicial, comprende no solamente la materia penal, sino también la materia civil. Nada hay, nos permitimos insistir, como no sea el concepto que de esta materia se ha venido formando a raíz de su autonomía, recién lograda ya muy avanzado el siglo XIX (32), que inste a dejar eliminada toda esta zona del derecho, de las prerrogativas inherentes al derecho de petición.

Lo único que ha acontecido es que con este derecho de petición se ha ido formando un proceso de diversificación que explica claramente su estado actual.

(30) STORY, *On the Constitution*, 5ª edic. sec. 1894. COOLEY, *Constitutional limitations*, 7ª edic. pág. 497. BURDICK, *The law of the American Constitution. Its origins and development*, Nueva York, 1936, pág. 373.

(31) BURDICK, *The law of the American Constitution*... cit., página 374.

(32) El Código de Procederes de Santa Cruz, de 1833, comprendía tanto el proceso civil como el penal. Muchos fueron los Códigos posteriores que le siguieron en esa característica. Nuestro procedimiento penal recién adquiere forma diferenciada en 1878. Aún hoy, ante ciertas jurisdicciones, como las rurales, la materia penal absorbe poco menos que totalmente la civil.

En tanto que ese derecho, ejercido ante el Poder Legislativo, ha perdido buena parte de su eficacia por virtud del sistema parlamentario representativo ⁽³³⁾, y ha visto debilitada su importancia ante el Ejecutivo, en razón de no existir una ley reglamentaria del mismo que cree un deber correlativo de expedirse de parte del poder-administrador, su significación ante el Poder Judicial se ha hecho muy considerable.

Ante éste, el derecho de petición asume una característica particular. Mientras que ante los otros poderes configura sólo una relación entre el particular y la autoridad, ante el Poder Judicial involucra a un tercero que se ve, así, aún contra su voluntad, envuelto en la petición.

Esta circunstancia explica que tradicionalmente, aún muchísimo antes de que el derecho de acceso ante el tribunal fuera involucrado entre los derechos de petición, el debate forense haya sido reglamentado mediante la ley procesal y haya creado de parte del poder público un deber jurídico de expedirse respecto de la pretensión.

La existencia de una ley reglamentaria, como es la ley procesal y el deber jurídico de decidir la controversia, que fué siempre el correlativo de parte del poder público, fueron siempre las notas dominantes del acto jurisdiccional. La existencia de esa misma ley reglamentaria y de la sentencia como acto de pronunciamiento del poder público, fueron, probablemente, las razones decisivas para que la acción civil tuviera históricamente una energía mucho mayor que la petición ante el poder legislativo o ante el poder administrador.

⁽³³⁾ DUGUIT, *Manual de derecho constitucional*, trad. esp. Madrid, 1921, pág. 244.

7. *Antecedentes de esta tesis.*

Las ideas expuestas han tenido anteriormente su expresión en términos que, si bien difieren en su planteo y en su desarrollo de los precedentes, constituyeron patrimonio común del pensamiento constitucional del fin del siglo pasado.

Una exposición de este concepto aparece en el libro de Pelegrino Rossi, cuya influencia sobre los maestros americanos del siglo anterior fué muy considerable.

Según él, derecho de petición "es el que consiste en la facultad de dirigirse a los poderes sociales, a las altas autoridades constitucionales, para hacerles conocer tal o cual estado de cosas y para reclamar su intervención. Encarado desde este punto de vista, el derecho de petición se aplica todos los días a todas las relaciones del individuo con el poder". Y concluye: "¿Qué son, en efecto, todas las leyes de procedimiento, sean del judicial sean del contencioso-administrativo?"⁽³⁴⁾.

Nuestro constitucionalista Carlos María Ramírez adhería fielmente a esta tesis añadiendo: "los códigos de procedimientos, cualquiera que sea la materia a que se refieran, no son sino la reglamentación del derecho de petición ante los funcionarios del Poder Judicial"⁽³⁵⁾.

Aún abandonados por los autores más recientes⁽³⁶⁾ esos

⁽³⁴⁾ *Cours de droit constitutionnel*, 3ª edic. París, 1887, pág. 158 y sigtes.

⁽³⁵⁾ *Conferencias de derecho constitucional*, 2ª edic. Montevideo, 1897, pág. 518.

⁽³⁶⁾ Una amplia exposición sobre este problema, de la doctrina constitucional francesa, a través de sus autores más representativos (DUGUIT, HAURIOU, JÈZE, etc.), ha sido hecha por VIZIOZ, *Les notions fondamentales de la procédure civile et la doctrine française de droit public*, París, 1931, extracto de la *Revue Générale du droit*.

conceptos se repiten, de tanto en tanto, en algunos tratados⁽³⁷⁾ estudios monográficos⁽³⁸⁾ y hasta en sentencias judiciales⁽³⁹⁾.

Sin embargo, parece conveniente, a los fines de fijar con mayor precisión el carácter del presente estudio, destacar algunas diferencias fundamentales.

La tesis de los autores que venimos analizando consiste en que la *ley procesal* constituye la norma reglamentaria del derecho de petición. Lo que nosotros creemos del caso afirmar, además de eso, que nos parece obvio, es que la *acción* constituye una forma típica del derecho constitucional de petición. Éste es el género; la acción es la especie.

Esta idea, que ya habíamos anticipado anteriormente, sin haber hallado aún elementos de juicio suficientes como para fundarla en la forma en que ahora lo hacemos⁽⁴⁰⁾, enlaza naturalmente con nuestro concepto de que la acción es un poder jurídico procesal al que se le llama habitualmente, con notoria infelicidad de expresión, abstracto⁽⁴¹⁾,

(37) Así claramente, BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino s/d., t. II, pág. 892.

(38) GALLINAL, en *Jurisprudencia. Colección Abadie Santos*, t. 61, pág. 963.

(39) Por ej.: fallo del Dr. JARDI ABELLA, en *Rev. D. J. A.*, t. 33, pág. 69.

(40) *Fundamentos*, p. 33. De cuanto allí dijimos, debemos rectificar que no son dos derechos diferentes, sino que el derecho de petición es el género y la acción es la especie. Otras especies de derechos de petición, se pueden hallar en cualquier texto constitucional. Así, en la Constitución uruguaya, una de las formas de este derecho puede dirigirse nada menos que a la reforma constitucional (art. 281, inc. A); otra es la apelación por 300 ciudadanos inscriptos de los decretos de los poderes municipales contrarios a la Constitución (art. 258); otro es el *habeas corpus* (art. 17).

(41) *Fundamentos*, pág. 30 y sigtes.

es decir, un derecho que lo es por sí mismo, sin ser manifestación dinámica o bética o bi-valente de otro derecho.

Es natural que quienes acepten la tesis del derecho concreto a la tutela jurídica como contenido de la acción ⁽⁴²⁾, tendrán que buscar otro punto de partida para su tesis. Pero desde nuestro punto de vista de que tienen acción (puro derecho de petición ante el tribunal), aún aquellos que no tienen un derecho subjetivo material que hacer valer, la tesis resulta absolutamente lógica.

Nuestra afirmación consiste, sustancialmente, en vincular la *acción civil* al género de los derechos de petición. Y esta vinculación no pudo lograrse sino después que la doctrina, tal como ha ocurrido en los últimos años, hubo avanzado tanto en el estudio de sus investigaciones acerca de la acción. La tesis, en su primer planteo general, pudo hacerse en el terreno del derecho constitucional ⁽⁴³⁾. En el terreno del proceso civil sólo podía desenvolverse a partir de las últimas adquisiciones en este orden de estudios.

Esta tesis constituye, a nuestro modo de ver, algo así como la conclusión de un recorrido. Llega luego de haber podido examinar, cosa imposible de haberse logrado antes, la inmensa fatiga que un siglo de dogmática sobre la acción ha venido a aportar a la cultura jurídica occidental. El hecho de que la conclusión coincida con análogas afirmaciones anteriores, no significa sino que los autores que tales proposiciones hacían antes de haberse realizado los estudios posteriores sobre el tema de la acción, supieron ver claro y más allá de la doctrina de su tiempo. Desde el punto de

⁽⁴²⁾ *Fundamentos*, pág. 23.

⁽⁴³⁾ Sobre este tipo de derecho en general puede consultarse ERSKINE MAY, *Constitutional law of England*, t. II, cap. VII; DE FRANQUEVILLE, *Le gouvernement britannique*, tomo IV, p. 161; BRUNIALTI, *Diritto costituzionale*, t. 2, pág. 892 y sigtes.

vista científico, aceptar una doctrina empírica luego de confrontarla con todas las adquisiciones posteriores, significa, cuando menos, que el escrúpulo de la verdad es más fuerte que el escrúpulo de la novedad.

8. *Trascendencia constitucional de esta tesis.*

Una consecuencia de todo cuanto queda expuesto, es que la ley procesal que, por razones de hecho o de derecho, prohibiera el acceso al tribunal, sería una ley inconstitucional.

Es evidente que una conclusión de esta índole, como todas las otras que en materia de inconstitucionalidad de leyes procesales se insinuarán más adelante, debe tomarse a simple título de demostración. Pero algunas confrontaciones prácticas son siempre indispensables para establecer el alcance de la tesis aquí expuesta.

Así, por ejemplo, una ley que prohibiera a los hombres de determinada raza o determinado color, tal como lo han hecho algunos decretos del gobierno nacionalsocialista alemán para otras actividades ⁽⁴⁴⁾ el comparecer en justicia, sería una ley flagrantemente inconstitucional.

En general, toda vez que la restricción de los procedimientos administrativos priven al particular de hacer valer eficazmente sus derechos ⁽⁴⁵⁾ y mucho más cuando luego de la vía administrativa se cierra la judicial ⁽⁴⁶⁾, puede

⁽⁴⁴⁾ Así BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, trad. esp. pág. 62.

⁽⁴⁵⁾ El tema de la libertad de demandar en el orden contencioso-administrativo, no es objeto de este estudio. No sólo su amplitud, sino también las características particulares del proceso contencioso-administrativo, hacen que no le sean aplicables muchos de los principios aquí consignados. Una amplia exposición de conjunto, en WILLOUGHBY, *On the Constitution of the United States*, t. 3, especialmente cap. 93 (*Due process of law and administrative proceedings*), pág. 1732 y sigs.

⁽⁴⁶⁾ Así en la ley de indeseables; *Rev. D. J. A.*, t. 35, pág. 55, y la

admitirse que han sido vulneradas las garantías constitucionales de poder reclamar ante juez competente.

Pero la conclusión más significativa en este orden de consecuencias de nuestra tesis, la constituye el tema relativo a la responsabilidad procesal.

Este tema se plantea así: el derecho de petición (acción) no pregunta por anticipado al actor si tiene razón o no para poner en movimiento la jurisdicción; el actor tiene un derecho que nadie puede discutirle, a dirigirse a la autoridad; ésta, que no puede, por virtud del ordenamiento vigente, rechazar la demanda aparentemente infundada "in limine litis", no tiene más remedio que prolongar el estado de incertidumbre connatural al litigio durante el tiempo necesario para llegar hasta la cosa juzgada. Pero ¿y quién soporta las consecuencias de ese estado de incertidumbre?; ¿quién hace frente a los gastos que el litigio depara y a los daños y perjuicios que son su consecuencia?

Para que la acción pueda funcionar en la amplia medida de libertad que le asigna la Constitución, es menester que la ley ponga con cierta severidad a cargo del actor carente de razón, las consecuencias patrimoniales de su libertad. Es cuestión de repetir, una vez más, que libertad sin responsabilidad es anarquía y responsabilidad sin libertad es opresión.

También en el proceso es necesaria la libertad. Si el derecho hubiera encontrado una forma que permitiera rechazar la demanda infundada desde el día de su promoción, la responsabilidad de accionar sería mínima. Pero esa fórmula,

nota de ARCOS FERRAND, *Constitucionalidad de las facultades del Consejo de Ministros en materia de deportación de indeseables*. El caso fué encarado como restricción injustificada de la defensa; pero de admitirse que la resolución del Consejo de Ministros hace cosa juzgada, impidiendo toda revisión ulterior, aún la judicial, la libertad de actuar en juicio habría sido vulnerada.

decíamos, no ha sido hallada. Es menester, en consecuencia, que la responsabilidad sea tan efectiva, que nadie tenga la tentación de poner en juego maliciosamente este precioso instrumento de libertad civil. La Constitución lo da en salvaguarda del propio derecho y no en perjuicio del derecho del prójimo. Todo cuanto se haga para usarlo en defensa de un derecho efectivo, será moverse dentro de las suposiciones naturales del orden constitucional; todo cuanto se haga para ejercerlo en perjuicio ajeno, será usarlo en contra de las suposiciones naturales del orden constitucional.

Visto desde este punto, todo el tema de la responsabilidad procesal adquiere un nuevo sentido. No sólo el tema de la condena en costas se presenta como un fenómeno de responsabilidad de derecho político, sino que las teorías de la responsabilidad objetiva y de la responsabilidad por culpa (47) asumen una especial coloración institucional. La fórmula de que "el que pierde paga" no sería sino la paráfrasis de sentido político-procesal del principio general de la responsabilidad que pone a cargo de cada uno las consecuencias de su propia conducta. El que tiene asegurada su libertad de requerir la protección de la autoridad, asume naturalmente los riesgos que ese hecho comporta. La libertad que supone poder conducir la demanda infundada hasta el fin del debate, la paga el que goza de esa libertad. Cuando se pone en juego esa máquina tan delicada que es la justicia civil, se hace frente al riesgo de que los resultados sean contrarios al interés del que la mueve.

Esta responsabilidad procesal abarca diversos órdenes, los cuales deben ser naturalmente ajustados al sentido general de la construcción.

(47) Sobre el alcance procesal de ambas teorías. CARNELUTTI, *Sulla responsabilità per esecuzione del sequestro*, en *Studi di diritto processuale*, t. 2, pág. 319.

En primer término, se halla la responsabilidad *procesal* propiamente dicha, que es la condena al pago de los gastos del juicio. Esta responsabilidad es específicamente procesal, porque constituye una consecuencia natural del litigio; reposa sobre la suposición de que quien pierde el litigio es porque no tiene razón y, en consecuencia, el costo del mismo no puede gravitar sobre el que la tiene ⁽⁴⁸⁾. En segundo término, se halla la responsabilidad *civil* del litigante malicioso cuyo acto ilícito se proyecta más allá del proceso mismo; tal, la situación de la responsabilidad por medidas de garantía indebidamente obtenidas, y el necesario resarcimiento del mal que ellas causen ⁽⁴⁹⁾. En tercer término, la responsabilidad por el litigio fraudulento tal como el proceso difamatorio o lesivo de la dignidad o del crédito del demandado. Esta responsabilidad alcanza al orden *penal*. Y en último término, la responsabilidad *administrativa* de los profesionales que actúan en el litigio. No es la menos significativa de estas soluciones, la contenida en el Proyecto Carnelutti, que permite que el juez ponga a cargo del representante o asistente (y no de la parte misma) las costas del juicio ⁽⁵⁰⁾.

(48) CHIOVENDA, *La condena en costas*, trad. esp. Madrid, 1928; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *La condena en costas*, Madrid, 1930; REIMUNDIN, *La condena en costas en la legislación argentina*, Buenos Aires, 1942; PODETTI, *Legislación en materia de costas*, San Juan, Mendoza, 1944.

(49) VIZIOZ, *De la sanction des abus et fautes commis dans les voies de droit civiles*. El Cairo, 1943. Asimismo las notas de SPOTA en *J. A. t.* 49, pág. 496; de ACUÑA ANZORENA, *Responsabilidad del embargante de bienes de tercero*, en *La Ley*, t. 21, pág. 329; y últimamente, en amplio desarrollo, COLOMBO, L., *Culpa aquiliana*, Buenos Aires, 1944, página 264.

(50) La responsabilidad civil por el litigio injusto no ha tenido aún una consagración específica en nuestra legislación. La jurisprudencia ha sido abiertamente hostil a esta solución temiendo, naturalmente, que todo

Estos grados de la responsabilidad, que comienzan con la simple condena al pago de los gastos del juicio y culminan con el delito de "fraude procesal", reclaman el ajuste de nuestros Códigos a las orientaciones más recientes relativas a la vigencia de la regla moral en el proceso civil. Una reforma de esta índole no significará, en el fondo, otra cosa que ajustar el sistema legal a las exigencias de la libertad consignadas en la Constitución (⁵¹).

CAPÍTULO II

EXCEPCIÓN Y DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

9. *Acción y excepción.*

Un delicado paralelismo se advierte conforme se pasa del estudio del tema de la acción al tema de la excepción. No siempre tan sutil correspondencia es advertida. Pero basta acentuar sus líneas para comprender su significado.

El punto de partida en el estudio de la excepción, se

proceso de absolución traiga como consecuencia otro de daños y perjuicios de parte del absuelto. La doctrina, frente a los textos legales, acompaña este criterio. Así GALLINAL, *De la responsabilidad por el pleito injusto*, en *Jurisprudencia. Colección Abadie Santos*, t. 61, página 962.

(⁵¹) La responsabilidad penal tampoco ha tenido una consagración general en nuestros Códigos, tal como ha ocurrido en el Código Penal italiano. Existen sanciones penales para determinados procesos, o determinados actos procesales dolosos; así por ej., el embargo a sabiendas de cosa que no pertenece al deudor, la solicitud dolosa de quiebra, el proceso doloso de investigación de la paternidad, etc. Pero una figura genérica de fraude procesal aún espera su consagración. Sin embargo, en el Proyecto uruguayo de 1945, hemos creído del caso "penalizar" ciertas formas dolosas de resistencia en los procesos de ejecución. Cfr. *Exposición de Motivos*, núm. 63 y sigts.

sitúa en aquel instante en el cual, formulado el reclamo a la autoridad, el Poder Público advierte que es esgrimido no sólo ante él, sino que, en caso de ser admitido, ha de penetrar en la esfera jurídica de un tercer sujeto de derecho ⁽⁵²⁾.

El problema de la justicia se desplaza, entonces, del reclamante al reclamado. Ya no se trata de determinar en qué medida corresponde al actor la libertad de comparecer ante la autoridad, sino de saber cuál debe ser el comportamiento de la autoridad frente al demandado.

El precepto "audiatur altera pars" ⁽⁵³⁾ aparece impuesto por un principio inherente a la justicia misma, o sea su nota típica de alteralidad ("alteritas") o bilateralidad ⁽⁵⁴⁾. El principio de que "nadie puede ser condenado sin ser oído" no es sólo una expresión de la sabiduría común. Es una regla necesaria del derecho procesal civil ⁽⁵⁵⁾.

Pero conviene reparar, desde ya, en que lo que se da al demandado es *la eventualidad* de la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido, podrá ser fundada o infundada; podrá ejercerse o no ejercerse; podrá ser acogida o ser rechazada en la sentencia. El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Sólo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere.

El derecho de defensa en juicio no es el derecho *sustancial* de las defensas; sino el puro derecho *procesal* de defenderse ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ *Fundamentos*, pág. 37 y sigts.

⁽⁵³⁾ SÉNECA, *Medea*, V. 199: "Qui statuit aliquid parte inaudita altera" — "aequum licet statuerit, haud aequus fait".

⁽⁵⁴⁾ DEL VECCHIO, *La justicia*, trad. esp., Madrid, 1925, pág. 72. El mismo: *Dos ensayos*, trad. esp., México, 1943, pág. 29.

⁽⁵⁵⁾ MILLAR, *The formative principles of civil procedure*, § 2.

⁽⁵⁶⁾ Confróntese, *Fundamentos*, pág. 47.

Así vistas las cosas, entre la libertad de acudir a la autoridad de parte del actor y la libertad de defenderse del demandado, existe un paralelo tan íntimo que constituye la estructura misma del proceso. El actor acciona; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que recién en la sentencia se sabrá si su reclamación es fundada. El demandado se defiende; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que recién en la sentencia se sabrá si su defensa es fundada. Por la misma razón por la cual no se puede repeler de plano la demanda, no se puede repeler de plano la defensa. Por la misma razón por la cual es menester asegurar al actor los medios de reclamo ante la autoridad es menester asegurar al demandado los medios de desembarazarse de él.

Esta nota peculiar del derecho procesal debe ser examinada, por esta vez, con alguna ayuda del método histórico, en su significado político.

10. *Carácter cívico de la excepción.*

Esta estructura necesaria del proceso civil es un instrumento de la libertad civil.

El precepto "audiatur altera pars", existió siempre en el derecho clásico. Pero es en la Carta Magna que adquiere su verdadera significación de orden político.

Su formulación es, entonces, la siguiente: "Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur aut disseisiat, aut utlagetur, aut exuleter, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi *per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*".

Este texto constituyó, en su momento, el apotegma de la libertad civil (⁶⁷). Pero juzgado con el espíritu de nues-

(⁶⁷) Véase el estudio de C. H. Mc ILWAIN, *Due process o law in*

tro tiempo y tratando de medir su justo significado técnico, se advierte el carácter *procesal* de sus dos garantías principales.

El “*legale iudicium suorum*” configura la garantía procesal del juez competente. Nuestros textos actuales que obligan al actor a acudir, en las acciones personales, al juez del fuero del demandado, tienen que inclinarse, como ante un remoto predecesor histórico, ante este derecho configurado políticamente, de ser juzgado solamente por el juez natural, el de la misma condición.

El “*iudicium per legem terre*” constituye, en el derecho moderno, la garantía de la ley preexistente. La ley de la tierra es la ley preestablecida, aquella a la cual el individuo ajusta su conducta en la vida. Sólo por infringir esa ley es que se puede sufrir castigo. Cuando nuestros textos procesales dicen hoy que el juez en su sentencia aplicará las disposiciones legales vigentes, lo único que hacen es reglamentar la garantía política de ser juzgado tan sólo a la luz de ese derecho.

La excepción de incompetencia y la excepción de falta de fundamento de la demanda (“*exceptio sine actione agit*”, en términos generales), no son sino las defensas procesales que la sublevación baronal reclamó a Juan Sin Tierra.

Durante los siglos posteriores a la Carta Magna, se entendió que ese documento era para los ingleses el paladio de las libertades. Pero no ha faltado en los últimos tiempos una interpretación que vió en el movimiento de los barones sólo una revolución de la nobleza contra la reyecía, sin contenido político popular. En cuanto a las dos disposiciones pro-

Magna Carta, reproducido en *Select Essays on Constitutional Law, compiled and edited by Committee of the Association of American Law Schools*. Chicago, 1938, t. I, pág. 174.

cesales elevadas a la jerarquía de garantías políticas, sólo se ha visto en ellas una reacción en favor del derecho local contra las reglas de la prueba características del derecho germánico: duelo, ordalías, pruebas místicas del hierro, del agua y del fuego (⁵⁸).

Esa interpretación ha sido refutada brillantemente, recordando que la insurrección baronal desbordó el espíritu de su tiempo, para transformarse en la conquista de las libertades políticas para todo tiempo futuro. Las defensas contra la arbitrariedad en los juicios del rey, no fueron tanto el ideal de lucha contra el estado de cosas de la Edad Media inglesa, sino el ideal de defensa de todo tiempo posterior, contra toda arbitrariedad. "Si nuestro análisis es correcto, dice la réplica del profesor Mc. Ilwain, debemos dejar sentado el criterio de que el intento primitivo de la Carta Magna, fué asegurar un juicio por jurados para cualquiera, como una garantía para todos los ingleses. Debemos aceptar la interpretación feudal del documento, como la única posible en 1215; pero debemos también admitir como cosa de nuestros padres, que la ley de la tierra es, como el viejo Roger Twisden pensaba, aquel conjunto de inmunidades que el individuo ha conquistado como derecho propio, perteneciente a su persona y a sus bienes; y su trascendencia consiste en que ellas sean establecidas por el derecho de la tierra y que el rey no sólo no puede alterar, sino que tampoco puede tomar para sí, y a los cuales debe protección" (⁵⁹).

El derecho a defender lo que la ley de la tierra asegura, ante el juez competente, constituye un juego de garantías procesales de carácter fundamental o cívico, porque ellas

(⁵⁸) MC KECHNIE, *Magna Carta*, 499; YENKS, *The myth of Magna Carta*, en *Independent Review*, 4, 260; POLLOCK & MAITLAND, *History of English Law*, I, 173, referidos por MC. ILWAIN, cit., pág. 175.

(⁵⁹) MC. ILWAIN, cit., pág. 196

incumben a cualquier sujeto de derecho en razón de su calidad de tal.

11. "Law of the land" y "due process of law".

La garantía procesal constituída por la necesidad de aplicar la ley de la tierra, fué recogida en las primeras Constituciones, anteriores a la Constitución federal de los Estados Unidos. Las constituciones de Maryland, de Pennsylvania y Massachusetts ⁽⁶⁰⁾ recogieron en una disposición expresa, el concepto de que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal ("due process of law").

Más tarde, las Enmiendas V y XIV, a la Constitución de Filadelfia ⁽⁶¹⁾, habrían de recoger ese texto expreso.

Entre "law of the land" y "due process of law" no media sino una instancia de desenvolvimiento. El concepto específicamente procesal de la Carta Magna, se hace genérico en la Constitución.

Ya no se habla del juicio de los pares y de la ley de la tierra: se habla de un "debido proceso legal" como de una garantía que involucra el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente.

Cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos tuvo que establecer en qué consistían estas garantías del proceso

⁽⁶⁰⁾ El estudio de los antecedentes americanos del debido proceso ha sido minuciosamente realizado por CORWIN, *The doctrine of due process of law before the civil war*, en *Select Essays*, cit., t. I, pág. 203.

⁽⁶¹⁾ Enmienda V: "...nadie será privado de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal". Enmienda XIV: "Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal, ni denegará dentro de su jurisdicción, a persona alguna, la igual protección de las leyes".

debido y de la ley de la tierra, dijo: "Determinando lo que es el "due process of law" en las Enmiendas V y XIV, la Corte debe referirse a los usos establecidos, a los modos de procedimiento consagrados antes de la emigración de nuestros antepasados que, no siendo inadaptables a su condición civil y política, han continuado aplicándose por ellos después de su establecimiento en este País" (62).

Y en otro caso: "el lenguaje de la Constitución no puede ser interpretado sanamente sino por referencia al "common law" y a las instituciones británicas, tal como existían en el momento en que la Constitución fué redactada y adoptada" (63).

A partir de la Enmienda V la fórmula "law of the land", transformada ya en "due process of law", comenzó su recorrido triunfal por casi todas las constituciones del mundo y en especial las americanas. El concepto "procedimiento legal" fué considerado desde entonces como la garantía esencial del demandado, de la cual ninguna ley podrá privarle.

La garantía de orden estrictamente procesal, ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario.

(62) *Tumey v. State of Ohio* (47 U. S., 437). Para su explicación, LAMBERT (E), *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des Etats-Unis*, public. en *Mélanges Maurice Hauviou*, pág. 15 de la separata.

(63) *Ex parte Grossman* (45 U. S., 332); LAMBERT, *op. cit.*, página 15.

12. *El problema de la excepción en nuestro tiempo.*

A esta altura es menester detenerse para analizar el significado del proceso histórico que ha sido tan rápidamente anotado.

El texto de la Carta Magna instituye la garantía genérica del "legale iudicium". Debe considerarse tal aquel que obsta a que la persona y los bienes sean objeto de medidas de parte de la autoridad que no respondan a un razonable examen de los fundamentos con que se disponen. Pero ese razonable examen se descompone en un cúmulo de elementos que requieren análisis separado.

En primer término, la "excepción" en el sentido bien específico que tenía en el derecho romano, constituye el lado *sustancial* del instituto en estudio. Como es notorio, el derecho romano de las "legis acciones" no conoció la excepción en sentido formal (Gaius, IV, § 108). Pero la fórmula llevaba ínsita una cláusula negativa según la cual correspondía la condena del demandado si no mediaba circunstancia que lo impidiera. Puede hablarse aquí, pues, de un primer significado que se refiere al derecho mismo y según el cual toda *acción* debe prosperar y resolverse en una sentencia de condena salvo que exista un impedimento (*excepción*) para que sea admitida.

En este primer sentido, la excepción es más bien un presupuesto negativo de la sentencia de condena: sólo procede la condena si no existe una circunstancia de hecho o de derecho que obste a su pronunciamiento. Si existe tal circunstancia, la condena es improcedente.

En segundo lugar, debe considerarse la excepción como la posibilidad del demandado de ejercitar en el proceso las alegaciones emanadas de esas circunstancias impeditivas. Las primitivas defensas del derecho romano, "exceptio doli ma-

li", la "exceptio pacti conventi", la "exceptio quod metus causa" se han prolongado hasta nuestros días con su originario significado. Las circunstancias impeditivas de una condena del demandado se aducen, aún hoy, en su sentido sustancial, como excepciones de dolo, de pago, de compensación, de remisión, de nulidad, etc. Esta simple mención pone de relieve la circunstancia ya anotada de que, como en materia de acción, la terminología de nuestro tiempo se halla aún inseparablemente ligada a la terminología romana. Este significado de la excepción en su sentido sustancial corresponde al de la acción en su sentido sustancial. El que aduce una excepción en este segundo sentido, sólo aduce la existencia de una circunstancia de hecho o de derecho que obsta a la condena. La diferencia con la acepción anterior reside en que, en tanto en su primer significado, la excepción es una norma que rige la conducta del juez y que se halla implícita en la fórmula, en este segundo la excepción es un argumento de defensa puesto en manos del demandado para oponerse a una sentencia de condena. En el supuesto anterior, si el juez ignora la circunstancia impeditiva puede condenar injustamente. En éste no puede ignorar la circunstancia impeditiva porque el demandado se la denuncia.

Un tercer significado de la excepción se refiere, genéricamente, a la garantía de la defensa en sí misma. Las circunstancias impeditivas de una condena se aducen en el proceso mediante *excepciones*, las que tradicionalmente se clasifican en dilatorias, perentorias y mixtas. Estas circunstancias impeditivas pueden versar no sólo sobre el derecho, sino también sobre el proceso (litispendencia), sobre sus actos (defecto legal en el modo de preparar la demanda), sobre la elección del tribunal (incompetencia), sobre la condición personal del magistrado (recusación), sobre la inadmisibilidad de la demanda (excepción de inadmisibilidad,

“fin de non recevoir”, “demurrer”), etc. Aquí predomina, a diferencia de las dos acepciones anteriores, el sentido *formal* de la excepción, y no su sentido *sustancial*. Se trata del modo de defenderse, del medio técnico procesal de esgrimir la defensa, y no del fundamento, contenido o razón de la defensa misma.

Un último significado, es de carácter institucional. La posibilidad de aducir excepciones, cualesquiera sean ellas, fundadas o infundadas, oportunas o inoportunas, es, en sí misma, la garantía de la defensa en juicio. La parte privada del derecho de oponer excepciones ha sido, virtualmente, privada del derecho de defenderse. De aquí que en el lenguaje forense, la convocatoria a defenderse, p. ej., del juicio ejecutivo, se llame en español, citación de excepciones. La palabra excepción adquiere entonces significado lato, exquisitamente procesal, equivalente a *defensa*. El excepcionante es el que se defiende, con o sin razón, atacando el derecho, el proceso o algún acto concreto de éste. Excepción y defensa en juicio, en nuestro idioma, y sin perjuicio de algunas distinciones históricas que se anotarán de inmediato, son sinónimos.

Desde el punto de vista constitucional que aquí se viene desarrollando, la excepción tiene este último sentido. La Constitución no utiliza esta palabra, pero un cúmulo de disposiciones la presuponen. La fórmula del artículo 12, que prohíbe la condena “sin forma de proceso y sentencia legal” y la del art. 18 que establece que la formalidad y orden de los juicios se fijarán por la ley, suponen la existencia de un régimen procesal de defensa.

Es ese régimen, y sin perjuicio de los desenvolvimientos ulteriores, el que debe aquí examinarse.

13. *La excepción como instrumento técnico de la garantía del "debido proceso".*

La excepción en sí misma, de acuerdo con lo que acaba de exponerse, no es sino uno de los instrumentos técnicos de realización de la garantía del proceso debido.

Durante mucho tiempo, la terminología del Código Napoleón confundió el léxico de la doctrina en cuanto al concepto de *defensas*.

Hoy existe acuerdo en que es *excepción*, genéricamente, todo medio aducido por el demandado para obtener su liberación jurídica ⁽⁶⁴⁾.

La excepción no es un contra-derecho ⁽⁶⁵⁾. El excepcionante no aduce ningún derecho subjetivo contrario al del actor. Aduce, apenas, que el derecho aducido por el actor no le crea ningún ligamen jurídico. Él no pide nada contra el actor; pide solamente su libertad ⁽⁶⁶⁾.

Así entendida, la excepción es, como la acción, un poder jurídico procesal ⁽⁶⁷⁾. De la misma manera que la acción es el poder jurídico procesal de acudir ante la jurisdicción, la

⁽⁶⁴⁾ "Se usa este nombre ("excepción") para indicar cualquiera actividad de defensa del demandado, esto es, cualquiera instancia con la que el demandado pida que se deseche la demanda del actor": COSTA, *Eccezione*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 5, pág. 259, traducido al español en *La Justicia*, México, octubre 1943, pág. 6425.

⁽⁶⁵⁾ La teoría de la excepción como contra-derecho, aparece desenvuelta por CHIOVENDA en el prólogo al libro de ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milán 1927 y reproducido en *Saggi*, t. I, pág. 148. Una exposición amplia de la tesis contraria, en el libro de BOLAFFI: *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milán 1936. Un resumen de la discusión en torno a este tema, en *Fundamentos*, pág. 41.

⁽⁶⁶⁾ CARNELUTTI, *Sistema*, t. I, pág. 352.

⁽⁶⁷⁾ Le llamamos poder jurídico en el sentido de *abstracto* que le dimos en *Fundamentos*, pág. 45.

excepción es el poder jurídico de pedir la libertad amenazada por la acción.

Es natural que este poder jurídico admite, técnicamente, como se ha visto, diversas clasificaciones.

Pero el contenido no altera la naturaleza de la excepción entendida como sinónimo de defensa. El mismo texto de la Carta Magna, tal como lo hemos examinado, contenía una excepción específicamente procesal y otra excepción prevalentemente sustancial. Excepción procesal era la derivada de la exigencia del juez competente, ya que la elección del juez era considerada como una garantía en sí misma, prescindiendo del derecho que el juez aplicara. Excepción sustancial era la garantía del derecho establecido, ya que ninguna obligación, carga, confiscación, prisión, destierro, podían ser impuestos si el derecho anteriormente consagrado no lo autorizaba.

El contenido de la excepción no interesa tanto como la eventualidad, en sí misma, de poderla oponer en un proceso adecuado para la defensa. Como veremos más adelante, la interpretación que se da al concepto de libertad de defensa es elástico y no rígido. Diremos, anticipando el resultado del desarrollo posterior, que lo que constituye una garantía política no es la mayor o menor extensión de la defensa. Dada una "chance" razonable para poder hacer valer la defensa, el principio se halla defendido.

El carácter procesal o sustancial de la defensa tampoco importa al caso. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha cumplido la más inverosímil, y la más fecunda de todas sus construcciones, en torno al sentido sustancial del "due process of law". Como es sabido, es en torno de estas cuatro palabras que ha constituido la famosa teoría de la inconstitucionalidad de las leyes y del contralor sobre su razonabilidad. Cuando se compara en sus repertorios o en el desarrollo

de los intérpretes de la Constitución americana, el alcance que se ha dado al sentido procesal del texto, éste resulta ínfimo. En cambio, la garantía de defenderse contra una ley "irrazonable" ha sido convertida, casi increíblemente para una mentalidad de formación latina, en la institución política más encumbrada de los tiempos modernos (68).

El "debido proceso legal" resulta ser, en esta construc-

(68) La literatura norteamericana sobre este tema es virtualmente inagotable. La más completa exposición de conjunto que conocemos es la de WILLOUGHBY, *The constitutional law of the United States*, especialmente, con relación a este tema, cap. XCII, *Due process of law and judicial procedure*, a. III de la 2ª edic. N. York, 1922. Numerosos estudios analíticos más detallados han sido recogidos en los dos volúmenes de *Select Essays on Constitutional Law*, cit. t. I, donde, además de los estudios ya referidos de MC ILWAIN y de CORWIN, pueden consultarse los de GRAHAM, *The "conspiracy theory" of the fourteenth amendment*, pág. 236; de HAYNES, *The history of due process of law after the civil war*, pág. 268 y de HOUGH, *Due process of law to-day*, p. 302. Un pequeño volumen altamente ilustrativo de CORWIN, *The Constitution and what it means to-day*, acaba de ser traducido al castellano por el Dr. DEMARÍA, con prólogo del Dr. MOYANO, Buenos Aires, 1942.

En la literatura francesa, GALLAND, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois dans les Etats Unis*, París, 1932; LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale dans les Etats Unis*, París, 1921; LAMBERT, J., *Histoire constitutionnelle de L'Union Americaine*, París, 1931 y 1934.

Entre nosotros debe referirse una contribución, reahnente notable por todo concepto, de JUAN FRANCISCO LINARES, *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1944. Este libro trata tan sólo el "debido proceso sustantivo" y no el llamado "debido proceso adjetivo"; pero la contribución al estudio de la cuestión es de valor excepcional. También en la literatura en español, CÁRDENAS, *La inconstitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos*, La Habana, 1943.

El tema abarca incluso los problemas del derecho internacional privado, según se puede advertir en el reciente estudio de OVERTON, *State decisions in conflict of law and review, by the United States Supreme Court under due process of law clause* publicado en *Oregon Law Review*, t. 22 (febrero 1943), pág. 109.

ción, algo más que la simple garantía de un proceso. Es la garantía misma del derecho. Del derecho que, con la paráfrasis stammleriana, llamaríamos justo.

Pero en su dimensión procesal, "debido proceso legal" equivale a debida defensa en juicio. Y como esa defensa se cumple, específicamente, mediante actos procesales, es menester examinar en forma analítica, cuáles de estos actos procesales afectan a la defensa en juicio y cuáles son indiferentes para la misma.

Es éste el contenido del capítulo siguiente.

CAPÍTULO III

ACTOS PROCESALES Y "DEBIDO PROCESO"

14. *Alcance procesal del "due proces"*.

El origen inglés del art. 12 de la Constitución obliga a entrar en este tema planteando una cuestión de léxico.

Frecuentemente se ha traducido "due process of law" como "procedimiento debido" (⁶⁹). Es cierto que los vocablos se prestan, por su remoto sentido, variable a lo largo del tiempo, a diversas traducciones. Pero la verdad es que "procedimiento debido" sería "due procedure" y no "due process". Desde 1830, nuestro constituyente prefirió la expresión "forma de proceso", exacta a nuestro modo de ver, pues lo que constituye una garantía constitucional no es, propiamente, *un procedimiento*. La garantía la constituye

(⁶⁹) PECACH, *El debido procedimiento en la Constitución norteamericana*, en *Jurídicas y Sociales*, 1936, p. 207 y sigs. LENA-PAZ, *La protección de los derechos individuales en la Constitución estadounidense*, en *J. A.* 1945-I, sec. doct., págs. 90 y sigs.

un proceso. Un procedimiento, en el estilo que se da a esta palabra en el derecho policial, en ciertas ramas del derecho administrativo, o, aún, en el derecho judicial propiamente dicho al referirse a la jurisdicción voluntaria, no constituye una garantía para nadie. Nuestro texto constitucional utilizó, pues, acertadamente la palabra *proceso* en el sentido que históricamente tiene esta palabra ⁽⁷⁰⁾. La garantía de defensa se desenvuelve sólo en el proceso y no fuera de él.

Pero no todos los actos del proceso son indispensables para la defensa. Algunos de ellos pueden suprimirse sin desmedro de la garantía constitucional.

15. *La garantía de "su día ante el Tribunal"*.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido sistemáticamente, que la garantía del proceso debido, en cuanto se refiere a las actuaciones judiciales, consiste en una razonable posibilidad de hacerse escuchar, constituida por una "notice" y una "hearing" ⁽⁷¹⁾. En un caso se dijo que esa razonable oportunidad de hacerse escuchar significaba asegurar al demandado "su día ante el tribunal".

Interpretando el sentido de esta garantía, la Suprema Corte ha dicho que "his day in Court" equivale a las siguientes cosas: 1) que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos con los cuales el derecho puede ser afectado; 2) que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el de-

⁽⁷⁰⁾ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, procedimiento, enjuiciamiento*, en *Estudios de derecho procesal*, pág. 461. Asimismo, *Fundamentos*, pág. 60.

⁽⁷¹⁾ BURDICK, *The law of the American Constitution*, cit.

recho de declarar por sí mismo, de suministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas; 3) que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; 4) que sea un tribunal de la jurisdicción adecuada (“a court of the competent jurisdiction”) (72).

Como se comprende, en este lenguaje van involucradas muchas cosas de diferente índole y actos procesales sin coherencia entre sí. La enumeración abarca mucho más que la garantía de un día ante el tribunal y, en cierto sentido técnico, algo menos.

Es necesario, pues, reconstruir con el lenguaje científico del proceso moderno lo que significa esta garantía de defensa en juicio. Para tal fin es indispensable tomar punto de referencia en una clasificación de los actos procesales.

16. *Los actos procesales y la garantía de defensa en juicio.*

Los actos procesales pueden clasificarse en la siguiente forma:

A) *Actos de obtención:*

- a) peticiones, o sea requerimientos dirigidos al juez para que dicte una resolución de contenido determinado;
- b) afirmaciones, o sea participaciones de conocimiento de hechos o de derechos, que se hacen al juez por una de las partes y que son adecuadas para que sea acogida la petición;
- c) pruebas, o sea actos de las partes tendientes a con-

(72) WILLOUGHBY, *The constitutional law of the United States*, t. 3, pág. 1709.

vencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho;

B) Actos constitutivos:

- a) convenios procesales, o sea acuerdos para solucionar una situación procesal (conciliación, transacción, prórroga de competencia, nombramiento de peritos);
- b) declaraciones unilaterales de voluntad (otorgamiento y revocación del mandato, desistimiento);
- c) participaciones de voluntad, que difieren de las anteriores en que la voluntad manifestada no tiene por qué coincidir con el efecto producido (allanamiento a la demanda, confesión, juramento) ⁽⁷³⁾.

Conforme se examina esta clasificación, se advierte que los actos que configuran una efectiva posibilidad de defensa son los actos de obtención. Los actos dispositivos, que se hallan normalmente en la periferia del proceso ⁽⁷⁴⁾ contribuyen a determinar situaciones procesales; pero el proceso, para su desenvolvimiento, puede prescindir de ellos. Nada sucede si alguno de los ejemplos de actos dispositivos que acababan de proponerse, se halla ausente del proceso. Algunos de ellos, como la conciliación y la transacción, son verdaderos sustitutivos del proceso mismo.

En cambio, los actos *de obtención* son por su propia esencia, los indispensables al ejercicio del derecho.

Basta pensar qué es lo que acontecería si en un tipo de

⁽⁷³⁾ Esta clasificación corresponde, en términos generales, a la de GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, pág. 101, con algunas diferencias de léxico y de construcción.

⁽⁷⁴⁾ GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pág. 148.

terminado de proceso no fuera posible formular peticiones, esto es, requerimientos concretos que determinan lo que la parte ansía como justificación de su estado ante el tribunal. Otro tanto cabe pensar de lo que sucedería en caso de que la defensa se limitara a la simple petición, sin poder dar su fundamento. O reducir la petición y la defensa a la simple lucha dialéctica, sin dar al juez la posibilidad de convenirse mediante pruebas de la verdad de las participaciones de conocimientos y de la justicia de las peticiones.

“Su día ante el tribunal” quiere decir, pues, dentro de la técnica de los actos procesales, poder hacer estas tres cosas requeridas por la necesidad de la defensa: pedir; dar el motivo del pedido; convencer de la verdad del motivo.

Es natural que para que tales cosas puedan lograrse es menester, como elemento previo, la debida comunicación de la demanda al demandado. Este elemento (equivalente a la “notice”), está constituido en el régimen procesal hispanoamericano, por los actos de citación y emplazamiento. La comunicación de la demanda en forma que constituye una efectiva garantía, es la piedra angular del proceso. Sin ella nada puede cumplirse, salvo que el demandado subsane los errores o vicios de esa comunicación con su propia presencia; pero si tal cosa no acontece y no se han cumplido con estrictez y hasta con solemnidad, las formas establecidas en la ley, todo lo actuado adolece de nulidad ⁽⁷⁵⁾. La rebeldía del demandado sólo puede funcionar mediante un emplazamiento pleno de garantías.

⁽⁷⁵⁾ C. P. C., urug., 311; Cap. Fed., 82; Ley española enjuic., 279; francés, 70.

17. *La garantía de petición.*

La petición tiene, necesariamente, como presupuesto, la garantía de una eficaz comunicación. Y esa garantía se quebranta, al privar de formular al demandado su petición de rechazo de la demanda. En el proceso de ciertos Estados, en la legislación de divorcio, se establecen formas de emplazamiento tan sumaria, para aquellos que se hallan radicados fuera del país que, virtualmente, significan asegurar la ignorancia del demandado del proceso que se sigue a sus espaldas.

Una ley que fijara un plazo tan breve de emplazamiento que hiciera imposible la asistencia al tribunal a formular la petición, sería una ley inconstitucional. Tal sería el caso, por ejemplo, de una ley que diera al demandado radicado en el extranjero, un plazo de comparecencia más breve que lo que los medios de comunicación normales dan para llegar hasta el tribunal.

Otro tanto puede decirse de los textos que fijan al declarado rebelde un plazo determinado para la impugnación (por ejemplo, seis meses para la llamada "pretensión de audiencia")⁽⁷⁶⁾, sin contar con que pudo el rebelde haber tenido conocimiento real del juicio después de esos seis meses. Una ley que, en esas condiciones, no diera ninguna otra posibilidad de la impugnación, sería una ley inconstitucional porque habría quebrantado el precepto elemental de que nadie está obligado a lo imposible⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ C. P. C.: 858. Nos permitimos insistir en que estos ejemplos pertenecen, en todo caso, al derecho positivo uruguayo, del cual están tomados. Para saber si un texto es o no inconstitucional, es menester analizarlo en la totalidad del sistema legal al que corresponde y ante las disposiciones de la Constitución en la cual se halla implantado.

⁽⁷⁷⁾ *Digesto*, 50, 17, 175.

18. *La garantía de afirmación.*

La defensa es, en sí misma, un acto de persuasión dialéctica. En la época prehistórica no predomina la persuasión intelectual porque la fuerza la suple. En los primeros momentos de la época histórica la persuasión se produce por proclamaciones místicas: el vuelo de las aves, el duelo, las pruebas del hierro ardiente y del agua hirviente, son manifestaciones de la divinidad que dispensa la justicia ⁽⁷⁸⁾. En la época moderna, la persuasión va dirigida hacia el razonamiento del que debe decidir.

Si al demandado se le privara, prácticamente, de crear el convencimiento del magistrado para conducirlo por la vía del razonamiento hacia su absolución, se le habría quitado el natural modo de expresión de la defensa.

Es claro que también es éste un problema de grados: cierta medida de libertad de expresión resulta razonable; cierta medida resulta no razonable. Es éste un problema de estimativa jurídica que habrá de dirimirse frente a cada caso particular ⁽⁷⁹⁾. Las mismas características del procedimiento escrito hispano-americano, el espíritu liberal que lo do-

⁽⁷⁸⁾ THOT, *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal*. La Plata, 1940, espec. cap. V. *Los juicios de Dios*. Aunque en grado mucho menor que en el derecho bárbaro, existían pruebas místicas en el derecho azteca, según surge de la exposición de ESQUIVEL OBREGON: *Apuntes para la historia del derecho en México*, México 1937, t. I, pág. 389.

⁽⁷⁹⁾ Siendo imposible, por las razones ya apuntadas, hacer aquí casuística de la inconstitucionalidad, nos remitimos al minucioso resumen de la Suprema Corte argentina, el más aplicable al procedimiento escrito de nuestros países y que en esta materia ha hecho una amplia docencia, consignado en el libro de IMAZ Y REY: *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1943. Con posterioridad a ese libro, véase el caso publicado en *La Ley*, t. 32, p. 74 y en especial el elocuente voto en disidencia del Dr. SAGARNA y la reseña de MARTÍNEZ RUIZ: *Jurisprudencia constitucional en 1944*, en *J. A.*, 1945-III, sec. doctr., págs. 17 y siguientes.

mina, en razón de sus raíces históricas ⁽⁸⁰⁾ y su abundante arsenal de recursos de apelación, de queja, de innovación, etc., hacen que este aspecto, el más peligroso de todos en los procesos extranjeros y en los nuestros del contencioso-administrativo, carezca de gravedad práctica en el orden civil.

19. *La garantía de prueba.*

Otro tanto puede afirmarse de la ley que, aún permitiendo formular la petición y sostenerla con razones, privara, expresa o implícitamente, de suministrar la prueba.

Esta situación es bastante más frecuente de lo que parece. Ciertos recursos del contencioso-administrativo se otorgan ante el Poder Judicial mediante apelaciones en relación. Estas apelaciones tienen como característica, justamente, la de decidirse sin más material de conocimiento que el acumulado en la instancia anterior. Y si en esa instancia no se ha acumulado más prueba que la obtenida por la Administración (*). La ley que conceda el recurso en tal forma, vale tanto como si no lo concediera frente a las situaciones de hecho controvertidas.

La prueba civil, a pesar de lo que dicen ciertas definiciones legales, no es un medio de averiguación, sino un medio de contralor de las proposiciones de hecho formuladas por las partes. Según el viejo aforismo "probar es vencer", porque probar es persuadir de la verdad de los hechos, de la misma manera que alegar es persuadir de la verdad de la tesis de derecho.

(80) *Trayectoria y destino del derecho procesal hispano-americano*, en este mismo volumen, pág. 304.

(*) Cfr. los estudios *Inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso y Actos administrativos sin contralor jurisdiccional* que se publican en las páginas 193 y 203 de este mismo volumen.

La ley que haga imposible la prueba, es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa.

20. *El principio de igualdad ante los actos procesales.*

Además de las peticiones, alegaciones y pruebas, otras garantías para los actos procesales, complementarias del debido proceso, surgen del texto de la Constitución.

La más significativa de todas ellas, por su importancia social, es la relativa a la igualdad de las partes.

El art. 8 de la Constitución establece que "todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes". El desenvolvimiento procesal de este principio es el de igualdad de las partes en el proceso ⁽⁸¹⁾. En tanto sea posible dentro de las necesidades técnicas del debate, la ley procesal primero y el juez luego, deben propender a que actor y demandado actúen en el proceso en un plano de igualdad. En la etapa de conocimiento, esa igualdad debe consistir en dar a ambos contendientes análogas posibilidades de expresión y de prueba. En la etapa de ejecución, en admitir, dentro de términos más reducidos, los medios de defensa necesarios para evitar la ruinosa realización de los bienes del deudor ⁽⁸²⁾.

Pero el principio de igualdad en el debate, tiene un aspecto que, dentro del sistema constitucional, ha adquirido extraordinario significado: el problema de la igualdad eco-

⁽⁸¹⁾ En el art. 5 del Proyecto uruguayo de 1945, este principio ha sido desenvuelto en el capítulo de principios generales en la siguiente forma: "El juez deberá mantener en lo posible la igualdad de las partes en el proceso".

⁽⁸²⁾ ROCCO: *L'interpretazione delle leggi processuali*, Roma, 1906, pág. 47.

nómica ante el litigio. ¿De qué vale una declaración afirmando la igualdad ante el derecho, si la tal igualdad no existe ante los hechos? ¿Qué mayor ironía que la de proclamar a todos iguales, si el costo de la justicia es, por sí mismo, un instrumento de desigualdad?

Este problema ha sido afrontado en algunos casos, como en las Constituciones cubanas, mediante el principio de gratuidad absoluta de la justicia ⁽⁸³⁾; en otros, como en el de nuestra Constitución, mediante un sistema cuya originalidad y eficacia son notorias ⁽⁸⁴⁾.

De acuerdo con este sistema, la solución es la siguiente: si el actor es pobre, el demandado actúa sin pagar gastos de justicia hasta que la sentencia definitiva diga cómo han de satisfacerse; si el demandado es pobre y el actor no lo es, éste litiga gratuitamente y aquél no, porque lo que constituye normalmente un peligro es la auxilioria de pobreza en manos de un actor que la esgrime con fines vejatorios y no en manos de un demandado que lo más que podrá hacer es prolongar maliciosamente el litigio, pero nada más; si la sentencia pone a cargo del actor pobre los gastos de justicia, el Estado releva al demandado de satisfacer las costas de actuación; si la sentencia pone a cargo del demandado rico el pago de los gastos de justicia, éste debe abonar to-

⁽⁸³⁾ Art. 170: "La justicia se administra en nombre del pueblo y su dispensación será gratuita en todo el territorio nacional". Véase, asimismo, DESLINIÈRES, *Projet d'un Code socialiste*, t. 2, pág. 134 y 135. Ésta era, por lo demás, la solución del art. 2, tít. III, cap. V, de la Constitución francesa de 1791.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. sobre este tema, el estudio *protección constitucional de la justicia gratuita en caso de pobreza*, que se publica en la pág. 111, de este mismo volumen. Asimismo, la nota: *La teoría del "fumus bonis iuris" en la auxilioria de pobreza*, publ. en *Rev. D. J. A.*, t. 43, pág. 240.

dos los causados: los que él, rico, hubo de pagar y no pagó y los que su adversario, pobre, hubo de pagar y no pagó ⁽⁸⁵⁾.

Una solución de esta especie, forma parte de las soluciones que Vaz Ferreira llama soluciones de igualdad por compensación. La originaria desigualdad del sistema económico vigente, se equilibró en nuestros Códigos mediante el instituto de la auxilioria de pobreza. Pero como la experiencia demostró que ésta, en determinadas condiciones, era, a su vez, un privilegio excesivo en favor del pobre, una nueva compensación se estableció en el texto aludido en favor de aquellos que sin ser pobres, no eran tan ricos como para poder arruinarse en un litigio que se les promoviera injustamente.

Este mismo propósito de mantener a las partes en un pie de igualdad deriva en muchos otros temas técnicos del proceso: el problema de oralidad y escritura es, en amplia medida, el tema de los que pueden esperar la justicia porque su situación económica se lo permite y de los que no pueden esperarla demasiado tiempo porque su situación económica se lo prohíbe ⁽⁸⁶⁾; el problema de la asistencia letrada obligatoria que impone a todos, pobres y ricos, un mismo tipo de actuación judicial, poniendo en manos de los indigentes, cuando éstos no se los pueden procurar, los abogados de oficio a quienes tan alta misión les es confiada.

De este modo, la idea central de este desarrollo de que la teoría de los actos procesales emana directamente del sistema de la Constitución, va hallando al paso de los institutos particulares, aún aquellos aparentemente más alejados del nervio central de este sistema, una forma particular y específica de explicación.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *Protección constitucional de la justicia gratuita*, cit., p. 115.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *Exposición de Motivos del Proyecto de Código*, cit., p. 52 y 105.

CAPÍTULO IV

SENTENCIA Y JURISDICCIÓN

21. *Forma y contenido de la sentencia.*

Las ideas que se vienen desarrollando, imponen examinar la sentencia como la parte más importante de todo el sistema constitucional de la justicia.

La doctrina acostumbra a considerar la sentencia en sus elementos formales y examinarla ya sea como un hecho, como un acto o como un documento ⁽⁸⁷⁾. Se estudia, asimismo, en sus relaciones con el proceso en que se dicta, ya sea considerándola como un acto jurisdiccional de impulso, ya sea como una resolución de las cuestiones accesorias que surgen en él, ya sea como la decisión principal sobre el fondo del conflicto ⁽⁸⁸⁾.

Pero lo cierto es que la sentencia, además de los problemas que puedan surgir de su estructura formal, crea al pensamiento jurídico una de sus más grandes inquietudes.

La concepción formal de la sentencia debe ser superada por una consideración sustancial de la misma, en relación al sistema general de las normas jurídicas, del cual, por todo cuanto ya se ha visto, forma parte.

22. *Evolución del pensamiento jurídico.*

La forma como ha venido evolucionando el pensamiento jurídico en torno a este problema, trasluce ya con gran naturalidad la importancia del asunto.

⁽⁸⁷⁾ *Fundamentos*, p. 149.

⁽⁸⁸⁾ *Fundamentos*, p. 162.

Es imposible, en este estudio, hacer una exposición completa de esa evolución. Pero basta para los fines que nos proponemos exponer, tomar ese pensamiento en algunos de sus puntos más significativos.

En el pensamiento de Aristóteles la sentencia, el juez y la justicia se hallan consustanciados. "Ir al juez, dice, es ir a la justicia; porque él nos representa la justicia viva y personificada" (89).

Esta idea no es un puro pensamiento de filosofía jurídica, sino una interpretación de lo que era la justicia en el sistema del derecho positivo griego. La ley, en el derecho griego, se hallaba dirigida hacia los jueces y no hacia los ciudadanos. La sentencia era un veredicto. Las leyes eran objeto de prueba, como cualquier otro hecho jurídico, e inclinaban la balanza de la justicia a favor de quien podía probar su existencia. El juez de Aristóteles es, pues, un árbitro que de acuerdo con las leyes, dirime el conflicto con espíritu social de pacificación (90). El relato que de los procesos atenienses, se hace en *Las avispas*, de Aristófanes, constituye un documento precioso en este sentido.

El derecho germánico primitivo tenía del proceso un sentido análogo de pacificación social y el juez era, ante todo, el árbitro de esa pacificación. Su decisión no aplicaba el derecho anterior, sino que, ante todo, dirimiría el conflicto buscando al mismo una solución de equidad más que de derecho estricto. Durante muchos siglos, tanto en la Edad Media española, como en algunas instituciones modernas, por ejemplo, en la conciliación, esta concepción del derecho va a dar testimonio de ciertas sobrevivencias de la

(89) *Moral, a Nicómaco*, libro V, cap. IV.

(90) PAOLI, *Studi sul processo attico*. Padova, 1933, p. 57 y sgts.

particular concepción de la sentencia en el derecho germánico ⁽⁹¹⁾.

Pero el derecho romano tuvo una concepción enteramente diferente. La fórmula del pretor es, en sí misma, una norma. El magistrado no tiene sino que elegir entre una u otra de las dos soluciones de la fórmula: la de absolción o la de condena. En todo caso, esa norma subordina la decisión al resultado de la prueba. La disputa simbólica de Numerio Negidio y Aulo Agerio se ha de resolver, según se pruebe o no la deuda, en una condena o en una declaración de que tal suma no se debe. La sentencia es, así, un pronunciamiento sobre la concordancia o no concordancia de los hechos con la fórmula ⁽⁹²⁾.

Como es notorio, esta solución fué, y continúa siendo en larga medida, las de los "writs" del derecho inglés ⁽⁹³⁾.

Cuando la concepción romana del fallo llega al siglo XVIII, este carácter meramente declarativo del mismo ha adquirido ya su máxima importancia. Esa idea habría de adquirir su significación sistemática en la tantas veces evocada idea de Montesquieu que caracteriza al juez como "la boca que pronuncia las palabras de la ley". Esta noción del magistrado, sin otra voz que aquella de la ley, forma parte de toda una concepción política del derecho que, por diversos conductos, se ha proyectado hasta nuestros días ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ *Trajectory y destino del derecho procesal hispano-americano*, en este mismo volumen, pág. 293.

⁽⁹²⁾ GAIUS nos da un texto de las dos fórmulas, la relativa a las cuestiones de hecho y la relativa a las cuestiones de derecho. La primera, y más importante, era: "Iudex esto. Si Paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam desposuisset, erantque dolo malo Numerii Negrii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato: si non paret, absolvito".

⁽⁹³⁾ DE PAGE: *A propos du gouvernement des juges*, cit. p. 57.

⁽⁹⁴⁾ Una documentada exposición de esta teoría en las Consti-

Pero en los últimos tiempos, esta concepción meramente declarativa del fallo ha recibido un fuerte ataque. La idea kelseniana que mira a la sentencia como una norma dentro del sistema, creativa de un derecho nuevo por obra del magistrado, se vuelve contra toda la tradición romana. "La función de la llamada jurisdicción, dice Kelsen, es absolutamente constitutiva, es producción jurídica en el sentido propio de la expresión. La sentencia judicial es una norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual" (95).

Estos dos conceptos, el de que la sentencia sea intrínsecamente "constitutiva" y el que sea "norma", se oponen a una visión del derecho sostenida a lo largo de muchísimos siglos.

Pero quedaba, aún, a la doctrina, un vacío por llenar. Los reproches dirigidos a esta concepción han conducido a sus adeptos, a llevar más adelante aún el pensamiento de su maestro, estableciendo un ligamen entre las normas y la vida humana, entre las valoraciones del constituyente, del legislador, del juez y del individuo, que procura responder, al mismo tiempo, a las exigencias de la pureza metódica, y a las necesidades de un derecho más contagiado de vida y de valoración humana. Esta etapa acaba de cumplirse en un libro reciente, que tiene para este tema de la sentencia una muy particular significación (96).

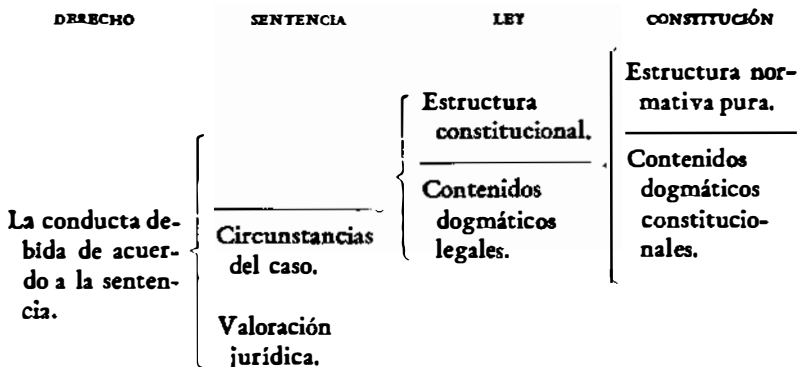
Según la concepción particular de Cossio, el nexo entre

tuciones americanas y francesa, ha sido recogida en el libro de BOSCH, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944. Sobre el juez, cfr. esp., p. 64.

(95) *La teoría pura del derecho*, págs. 114 y 115.

(96) COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1944.

las diferentes normas de la pirámide jurídica kelseniana y los contenidos dogmáticos de las mismas, estaría representado por el siguiente esquema:



No deja de ser muy significativo que esta construcción, de uno de los más brillantes discípulos de Kelsen, que ansía reunir en una misma visión norma y valor, estructura y contenido del derecho, aparezca en momentos en que se proclama la necesidad de una conciliación de ambos extremos ⁽⁹⁷⁾ y en que se reprocha a la teoría pura ser un continente sin contenido y al idealismo un contenido sin continente ⁽⁹⁸⁾.

Con relación al tema que en este estudio se viene desarrollando, el significado de esa visión de la sentencia es muy considerable y viene a establecer, en términos concluyentes, la relación entre el fallo y la Constitución que aquí venimos procurando.

⁽⁹⁷⁾ REALE, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, 1940, p. 320.

⁽⁹⁸⁾ TREVES, *Neo-hegelismo italiano y neo-kantismo alemán en el pensamiento jurídico contemporáneo*, publ. en *Rev. D. J. A.*, t. 37 p. 97 y sigts.

23. *Constitución, ley y sentencia.*

La relación entre la Constitución, la ley y la sentencia, luego de las ideas expuestas, puede expresarse en los términos que a continuación se consignan.

La Constitución, es, formalmente, una estructura, un cúmulo de normas habitualmente escritas, que determinan de manera más o menos precisa cómo están organizados los poderes del Estado, cómo actúan éstos en el ejercicio de sus funciones, cuáles son los derechos que quedan específicamente garantizados, cómo se ejercen los derechos políticos, etc. Pero esa estructura normativa, ese cúmulo de disposiciones que constituyen previsiones particulares para la vida de la comunidad, no son, en sí mismas, sino el desarrollo o la expresión normativa de una serie de ideas que los autores de ese texto escrito consignan habitualmente en el "Preámbulo" del mismo ⁽⁹⁹⁾.

La ley se desenvuelve formalmente dentro de la estructura de la Constitución. No es necesario repetir aquí por virtud de qué razones la ley no se desenvuelve dentro del ámbito de la Constitución, excede de su contenido normativo y, por inconstitucional, resulta radiada del orden jurídico efectivo. Las palabras de Hamilton para fundar esta tesis ⁽¹⁰⁰⁾ han sido superadas en el orden técnico, pero no

⁽⁹⁹⁾ La tradicional belleza literaria de estos "Preámbulos" de todas las Constituciones, escritos normalmente en instantes de exaltación patriótica y esperanza del futuro, refleja con exactitud los propósitos del constituyente. El respectivo texto de Filadelfia: "We the People of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice. . . , etc", ha sido considerado recientemente como una profecía para la república del futuro (BERARD, *We the people* . . . , en *Life*, 1944, p. 47). Sólo sucede que esas profecías del Preámbulo no dependen de la belleza literaria, sino de la eficacia política de las soluciones contenidas en el texto dispositivo.

⁽¹⁰⁰⁾ *El federalista*, trad. esp. México, 1943, p. 339.

han sido superadas, todavía, en el orden político. Esa eliminación de la ley desbordada de los contenidos dogmáticos de la Constitución (aunque muchas veces no lo sea respecto de su texto expreso) ha resultado ser, a lo largo de la experiencia judicial, una de las instituciones más expresivas del derecho de nuestro tiempo.

La sentencia corresponde, formalmente, a una estructura legal. La determinación de esa estructura legal constituye un acto de valoración jurídica. El juez al analizar las circunstancias del caso, llega a configurarlas de tal manera que reducidas a un "tipo" ⁽¹⁰¹⁾ habrán de permitirle, en un acto de valoración jurídica, escoger entre la ley A y la ley B, como aplicables a ese "tipo". Es natural que esa elección se halla siempre iluminada por un propósito de justicia, es decir, constituye un acto de valoración. El juez, aplica la ley aplicable; pero el saber cuál es la ley aplicable configura un acto de selección entre las diversas normas eventualmente aplicables. Además, la apreciación de la prueba es una operación de orden crítico que supone una actitud de valoración jurídica, que también queda librada al magistrado.

De este desarrollo resulta que la sentencia, en último término, por virtud de una forma de articulación que es específica del derecho, resulta ser el acto de valoración jurídica de los contenidos dogmáticos constitucionales. El texto dispositivo de la sentencia debe ser fiel al texto dispositivo de la ley y el texto dispositivo de la ley debe ser fiel al texto dispositivo de la Constitución. Pero por dentro de la fide-

⁽¹⁰¹⁾ La construcción dogmática del derecho penal acerca del "Tatbestand" es en buena parte aplicable al proceso civil, según hemos tratado de exponerlo en *Fundamentos*, p. 158. Acaba de publicarse una versión española del estudio clásico de BELING, *Die Lehre von Tatbestand*, hecha por SOLER, como apéndice al *Esquema del derecho penal*, Buenos Aires, 1945.

lidad de los textos debe circular una fidelidad a los supuestos dogmáticos de los mismos. La justicia (en sentido valorativo) del juez debe coincidir con la justicia del legislador y la de éste con la del Constituyente.

De aquí resulta que el fallo viene a ser, en el sistema del orden jurídico, la última y final interpretación de las esperanzas contenidas en el Preámbulo de la Constitución: asegurar la justicia, promover el bienestar general, consolidar la seguridad interior. . . etc.

24. *Declaración y creación en la sentencia.*

De cuanto ha sido expuesto surge cómo la doctrina ha visto de dos maneras diferentes la misión del fallo: una, limitándose a consignar un derecho ya existente; otra, creando un derecho nuevo no establecido en forma específica con anterioridad.

Nuestra adhesión a este último orden de ideas ⁽¹⁰²⁾ nos impone analizar, con la precisión que nos sea posible, en qué medida, dentro de la tesis de este ensayo, la sentencia es declarativa y en qué medida es constitutiva de derecho.

Este es el problema de la sentencia. En honor a la verdad, debemos decir que la teoría del proceso se lo viene planteando desde mediados del siglo XIX ⁽¹⁰³⁾. La teoría general lo ha enriquecido en los últimos tiempos, cuando los progresos de la lógica jurídica permitieron concebir el sistema de las normas en toda su unidad ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ Dicha adhesión había sido ya consignada en *Fundamentos*, págs. 168 y 245.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. BÜLOW, *Gesetz und Richteramts*, págs. 45 y 58. Cfr. *Fundamentos*, p. 169.

⁽¹⁰⁴⁾ Los embates que ha recibido la doctrina de Kelsen no han llegado, sin embargo, a poder negarle este mérito singular de haber

Tratemos, pues, de referirlo con conceptos tomados de la experiencia jurídica.

Existe un primer punto que no puede ser objeto de discusión. La sentencia, cuando pasa en cosa juzgada, tiene un *plus* con respecto a la ley: su carácter coactivo y su carácter inmutable, o como le ha llamado la doctrina, su eficacia y autoridad particulares ⁽¹⁰⁵⁾. Se da en este caso la condición extraordinaria del orden jurídico de que, en tanto una Constitución, una ley, un contrato, pueden ser derogados y sustituidos por otra Constitución, otra ley u otro contrato, una sentencia pasada en cosa juzgada, en el orden civil (a diferencia del orden penal) nunca, jamás, podrá ser sustituida válidamente por otra sentencia.

Ya ese solo hecho, aunque no hubiera ningún otro de carácter diferencial, presupondría una singular particularidad de la sentencia. Pero es que el vínculo de la sentencia con la ley es, aún, mucho más complejo.

Para comprender el alcance de esa relación es menester, todavía con carácter previo, recordar a qué exageraciones llegaba, en su formulación originaria, la tesis de la sentencia como simple expresión de la ley. La palabra de Montesquieu era, en este punto, la de que el juez, en su misión de hablar en nombre de la ley, era "un ser inanimado" ⁽¹⁰⁶⁾.

concebido en su notoria estructura, esta idea unitaria del derecho que es, como acaba de proclamarse, "el sentido auténtico e intransferible del derecho, a la que se une la posibilidad de elaborar una ciencia jurídica sobre fundamentos más firmes" (CARRILLO, *Ambiente axiológico de la teoría pura del derecho*, en *Universidad Nacional de Colombia*, 2, p. 45). Los antecedentes de esta concepción han sido referidos por GARCÍA MAYNEZ, *El objetivismo jurídico de Leibnitz*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, 1943, p. 505.

⁽¹⁰⁵⁾ Esta terminología pertenece a LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milán, 1935.

⁽¹⁰⁶⁾ *De l'esprit des lois*, lib. XI, cap. VI.

El juez, dentro de esta concepción, es “un signo matemático” ⁽¹⁰⁷⁾.

La doctrina kelseniana, en cambio, es consecuente consigo misma cuando considera que la sentencia es una nueva norma dentro del sistema, ya que da al concepto de *norma* un significado especial, diferente del que ha recibido tradicionalmente. Pero aun quien no quiera admitir la validez del concepto “norma individualizada”, con referencia a la sentencia, debe cuando menos admitir que la extensión, los efectos, la autoridad y la eficacia del fallo son muy diferentes de la extensión, los efectos, la autoridad y la eficacia de la ley.

Cuando se pide al juez que mande derribar el árbol corpulento que amenaza caerse (CC, 620), el magistrado debe hacer una doble valoración de hecho: la corpulencia y la amenaza. Ya no podrá decirse, aquí, que el abatimiento de *este* árbol ha sido dispuesto por el legislador. La diversidad de opiniones posible en cuanto al concepto de corpulencia y la amenaza, insta a pensar que sólo con la ayuda de una verdadera ficción puede decirse que el legislador (*rectius*: la mayoría parlamentaria que aprobó el Código Civil), frente a este caso concreto hubiera mandado abatir el árbol.

La disposición del art. 230, COT que dejaba librada al juez la fijación del monto de los honorarios profesionales, teniendo en cuenta la importancia del asunto, la laboriosidad del encargo y la eficacia de los servicios, constituye, apenas, un programa para la determinación de los honorarios por acto de valoración del magistrado. La del art. 114, CN que entrega al Juez de Menores plenos poderes, o poco menos, para gobernar la educación del niño, significa otro tanto con

⁽¹⁰⁷⁾ FUZIER HERMAN, *La separation des pouvoirs...*, etc., cit., p. 296.

relación a la sentencia que establezca el modo de educación. La disposición del art. 5 de la ley 10.449, que confiere al Consejo de Salarios la determinación del salario vital, en proporción a las exigencias del costo de la vida, las posibilidades de la industria y la aptitud del obrero, participa de la misma índole de los ejemplos anteriores, con la característica tan excepcional de que esa decisión obliga, incluso, a los obreros que entren en servicio en el futuro, aunque no hayan tomado parte en la elección de sus jueces (¹⁰⁸).

La concepción puramente declarativa de la sentencia es, pues, un exceso de lógica, por cuanto los términos del silogismo jurídico, tantas y tantas veces evocado al estudiar este tema, pocas veces se dan en la realidad. Cuando la doctrina propone sustituir la concepción del juez-lógico, por la del juez-historiador (¹⁰⁹), toma por el verdadero camino que le corresponde.

La sentencia es, sin duda, una emanación directa de la ley y del sistema general de las normas que imponen fallar según el derecho preestablecido. El juez de poderes discretionales y el del derecho libre no sólo representan una "contradictio in adiecto" con la esencia misma del derecho, sino que son la amarga negación de un proceso histórico por el cual se han hecho tantas revoluciones. Pero el juez, simple instrumento de expresión de la ley, el juez que habla en nombre del Parlamento, el signo matemático, no existen en la realidad de la vida. Todo fallo, salvo excepciones contadísi-

(¹⁰⁸) Una corriente de doctrina muy autorizada ha atribuido carácter legislativo a este tipo de sentencias. En contra, *Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo*, en este mismo volumen, pág. 286.

(¹⁰⁹) Este tema ha sido desenvuelto, en forma exhaustiva por CALOGERO, *La lógica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova 1937. Posteriormente, CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, en *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milán, 1939.

mas, lleva implícita la apreciación de una prueba. Y ya en la apreciación de esta prueba existe un proceso de sana crítica, que no es, según hemos tratado de demostrarlo en otra oportunidad ⁽¹¹⁰⁾, un simple proceso de lógica.

La sentencia no es, pues, la ley del caso concreto, sino la justicia del caso concreto, dictada de acuerdo con las previsiones de la ley. El juez tiene el deber de ser fiel al programa legislativo y el orden jurídico presente no tolera, por razones de política muy claras, que el juez se emancipe de las soluciones de la ley y se lance con su programa legislativo propio. El juez de la Constitución no es sino un juez que hace efectiva la ley en la justa medida en que al sistema de la Constitución corresponde. Pero ese proceso no es la aplicación matemática de un precepto, sino el desenvolvimiento de un pensamiento normativo del legislador, aplicable al caso concreto, mediante la valoración específica de sus circunstancias.

25. *Confrontación.*

Si la voz de la sentencia fuera la misma voz de la ley, muchos fenómenos comunes del derecho carecerían de explicación.

No tendría, por ejemplo, justificación alguna que la jurisprudencia cambie en cuanto a una solución, en tanto la ley no cambia.

Lo menos que puede preguntarse, frente a un cambio de la jurisprudencia o a sus tan frecuentes contradicciones, es cómo resulta posible que ahora se declare blanco lo que hasta ayer se declaró negro, y que este tribunal conceda lo que

⁽¹¹⁰⁾ *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, en *J. A.*, t. 71, p. 80 y en *Rev. D. J. A.*, t. 38 (1940), p. 296.

aquél niega, sin cambio alguno de la norma legislativa. ¿En nombre de qué principio de lógica jurídica, el ser inanimado, el signo matemático, para utilizar la terminología de la doctrina, puede declarar hoy, en contra de lo que declaró ayer, que las deudas ilíquidas devengan intereses, y en esta Sala declara que el impuesto municipal de sucesiones está vigente, en tanto que en aquélla declara que está derogado?

No tendría tampoco explicación la sentencia equivocada, ya sea por impropia valoración de los hechos, ya sea por incorrecta elección de la norma legal aplicada. La tesis de que la sentencia es la ley del caso, proclama algo más que la ejecutoriedad de los fallos: proclama la infalibilidad de los jueces. Y esto se encuentra mucho más allá de lo que consiente la teoría general del derecho. Los jueces ven un día culminar sus decisiones en una solución coercible e inmutable. Pero ningún principio les da la condición de infalibles ni ha sido jamás consagrada la suposición de que no pueden equivocarse nunca. Y una sentencia equivocada, una sola, basta para poner en cuestión la validez de toda la interpretación meramente declarativa de la sentencia.

En resumen, la sentencia no se limita a declarar el derecho. No lo inventa ni lo extrae de otras fuentes que no sean la Constitución, la ley y, en general, el sistema de normas preestablecidas. Pero el derecho que de ella emana es, cuando menos, diferente del derecho de la ley y del reglamento. Diferente en cuanto a su extensión, por cuanto obliga a un número mucho menor de sujetos de aquellos a quienes obliga la ley. Diferente en cuanto a su eficacia, porque tiene una condición de inmutabilidad que la ley no tiene. Y diferente en cuanto a su contenido porque, en la sentencia, a las valoraciones del constituyente y del legislador se añaden las valoraciones del juez, distintas de aquéllas, por ser espe-

cíficas, concretas y limitadas a las consideraciones de hecho del caso que tiene que decidir.

Quien admita que el reglamento es un derecho diferente de la ley, no puede menos que admitir que la sentencia es un derecho diferente de la ley. Y con ello no admitirá que la jurisprudencia sea fuente de derecho, tesis ésta que hemos resistido sistemáticamente ⁽¹¹¹⁾. Admitirá, tan sólo, que la sentencia, que es cosa distinta de la jurisprudencia, tiene con relación a la ley, un cúmulo tal de caracteres diferenciales que la convierten en un "ius novum" con respecto al derecho anterior ⁽¹¹²⁾. Y como esto ha sido siempre así, tanto en el derecho griego como en el germánico, en el romano como en el intermedio, en el "common law" como en el derecho civil, debemos concluir que la sentencia integra el sistema del derecho con el mismo significado que la ley. Ésta es el derecho que el legislador determina *dentro* de la Constitución; aquélla es el derecho que el juez determina *dentro* de la ley.

Nada impide, pues, que luego de un larguísimo recorrido histórico, las palabras de Aristóteles de que ir al juez es ir a la justicia, vuelvan a ser verdad aún con relación a una concepción sistemática del derecho muy distinta de la que en su lugar y en su tiempo él pudo percibir.

⁽¹¹¹⁾ *La teoría de la obligatoriedad de los fallos plenarios*, en este mismo volumen, pág. 97.

⁽¹¹²⁾ Dice RECASÉNS SICHES, *Destino y misión del jurista*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. 5, p. 7 y sigs.: "La vida individual propia y exclusiva no está reflejada en el derecho; se halla o más acá o más allá de éste. Y por muy casuístico y maleable que sea el derecho, siempre conservará una dimensión de esquematismo y generalidad". "Todo ordenamiento jurídico contiene un principio, aunque tácito, de que el derecho efectivo es la interpretación que de sus normas dé el Supremo Tribunal".

La teoría de Montesquieu, parece más bien una reacción contra la arbitrariedad *judicial* de su tiempo, que ya preparaba el estallido de la Revolución. Él más que nadie, que formó parte de un Parlamento, o Tribunal Real, pudo percibir, con su admirable agudeza de espíritu y su sutil ironía, que aquel régimen que venía desde la Edad Media, poco tenía que ver con la justicia ⁽¹¹³⁾. Su teoría de la absoluta fidelidad a la ley, de la simple relación matemática, fué la teoría del siglo XVIII para la justicia del siglo XVIII. Esa teoría ha cumplido admirablemente sus fines políticos. No sería difícil que en Alemania, luego de la experiencia nacionalsocialista, surgieran nuevos teorizadores que volvieran a Montesquieu. Pero con relación al sistema institucional en que este estudio se apoya, dicha teoría puede, por ahora, dar por cumplida su misión.

CAPÍTULO V

CONSTITUCIÓN Y LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

26. *La sentencia como expresión jurisdiccional.*

De cuanto ha sido expuesto en el capítulo precedente surge que la sentencia es la manifestación específica de la jurisdicción. En ella este poder del Estado se revela y hace efectivo.

De ese mismo desarrollo emana el concepto de que la sentencia no es un puro mecanismo de lógica jurídica, sino una valoración de los presupuestos constitucionales y legales con relación a la especie decidida. Es la apreciación de las caracte-

⁽¹¹³⁾ Cfr. DUCOUDRAY, *Les origines du Parlement de Paris et la justice aux XIII^e siècles*, Paris 1902.

rísticas del caso concreto, a la luz de los contenidos dogmáticos de la ley y de la Constitución.

Ahora bien: es evidente que, en último término, en su desenvolvimiento final dentro del sistema normativo, la sentencia es una operación *humana* de la inteligencia y de la voluntad.

Su valor será, pues, el valor que puedan atribuirle esa inteligencia y esa voluntad. Valdrá lo que el juez que la dicte valga *como hombre*, en su más profundo significado intelectual y moral.

Quiere decir que al final de toda esta reflexión, venimos a desembocar en una conclusión del más excepcional significado político: que de la elección de esos hombres depende la suerte de la justicia. Será buena si la ley permite elegir hombres buenos; será mala, si la ley autoriza a elegir hombres malos.

El problema de la elección del juez resulta ser, en definitiva, el problema de la justicia.

Los métodos de selección de los jueces, el régimen de su permanencia en el cargo, de su retiro, de sus responsabilidades, de sus impedimentos, son temas de derecho político. No sólo la jurisdicción constituye un presupuesto del derecho procesal civil, sino que también la estructura de sus órganos queda enteramente bajo el régimen de garantías emanado en forma directa del texto constitucional ⁽¹¹⁴⁾.

27. *Garantías constitucionales de la jurisdicción.*

Los textos constitucionales contienen abundantes previsiones para asegurar, en la medida en que la Constitución

⁽¹¹⁴⁾ Sobre todo este tema, últimamente y en forma exhaustiva, CASTRO FUNES, *Teoría e practica do Poder Judiciario*, Río de Janeiro, 1943, espec. tit. VIII, *Do judiciario em função*, p. 567 y sigts.

puede asegurar, el mejor desempeño de los órganos de la jurisdicción.

Un repaso, aún rápido, de esos textos, nos permite advertirlas a primera vista.

La prohibición de los juicios por comisión ⁽¹¹⁶⁾ constituye la seguridad de que el juez no será designado "ex post facto", lo que en términos comunes representa la seguridad de que el hombre que ha de decidir no ha de ser elegido en razón de sus opiniones frente al conflicto que le compete.

La determinación de órganos electores de máxima responsabilidad política ⁽¹¹⁶⁾, depara la esperanza de que sólo serán designados jueces aquellos individuos que se hallen a la altura de la misión que se les ha confiado.

La organización colegiada de los grados superiores ⁽¹¹⁷⁾ reduce los riesgos inherentes a la apreciación de un solo individuo en la instancia definitiva.

Las condiciones de edad, ciudadanía, títulos universitarios, etc., requeridos a los diversos candidatos ⁽¹¹⁸⁾ suponen ya un criterio selectivo frente a la importancia de cada magistratura.

El régimen de inamovilidad ⁽¹¹⁹⁾ significa dar al magistrado la seguridad de que no sufrirá asedios de orden material o moral en tanto dure su buena comportación.

El régimen de incompatibilidad ⁽¹²⁰⁾ representa eliminar la interferencia de intereses ajenos al ejercicio de la función.

⁽¹¹⁶⁾ Constitución uruguaya, art. 19.

⁽¹¹⁶⁾ Art. 209 y 212: la Asamblea General para los miembros de la Suprema Corte y la Suprema Corte para todos los otros cargos del Poder Judicial.

⁽¹¹⁷⁾ Arts. 207 y 214.

⁽¹¹⁸⁾ Arts. 208, 215, 218, 220.

⁽¹¹⁹⁾ Arts. 216, 219.

⁽¹²⁰⁾ Art. 225.

La prohibición de ser juez en causa propia ⁽¹²¹⁾ procura asegurar, también, que en ningún caso el interés individual entrará en colisión con el interés de la investidura.

La responsabilidad personal del magistrado, penal, administrativo y civil ⁽¹²²⁾ constituye el mayor freno para la extralimitación.

Y, por último, la responsabilidad subsidiaria del Estado para el caso de insolvencia del juez que debe reparar el daño ⁽¹²³⁾, significa poner a cargo de la comunidad la enmienda de un mal que ella no debe justificar ni expresa ni tácitamente. Un régimen de alta responsabilidad patrimonial, tal como es la que surge de la solvencia del propio Erario significa ofrecer la última de todas las seguridades que el orden constitucional puede prometer: la de que si a pesar de tantas y tantas previsiones, el hombre que ha de interpretar la Constitución y la ley falla en su comportamiento, la comunidad toma a su cargo, como un deber inherente a la convivencia misma, las consecuencias patrimoniales de esa responsabilidad.

Ese cúmulo de garantías puede, esquemáticamente, reducirse a las tres siguientes:

- a) garantía de independencia;
- b) garantía de autoridad;
- c) garantía de responsabilidad.

A continuación trataremos de desenvolver el alcance de cada una de ellas.

⁽¹²¹⁾ Principio implícito en el art. 225.

⁽¹²²⁾ Art. 23: "Los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra el derecho de las personas...".

⁽¹²³⁾ Art. 24.

28. *Garantía de independencia.*

La garantía de independencia del juez tiene su apoyo en el principio de la división de poderes.

Si el juez es dependiente en el orden material, en el orden moral o en el orden funcional, del Poder Ejecutivo, los poderes del Estado no son tres sino dos. El Judicial deja de contar como poder.

Las Constituciones que no han dado al Judicial la estructura de un Poder del Estado, podrán decir que la justicia es una misión política que se ejerce en nombre del Rey, representante legítimo de la soberanía. No es así, sin embargo, en el gobierno democrático en el que la justicia se ejerce en nombre de la Nación.

No está en juego, naturalmente, el caso en que, como el nuestro, es la propia Constitución la que establece el régimen detallado de la elección de los jueces. Pero es evidente que en un régimen de nombramiento de los jueces por el Poder Ejecutivo, la ley reglamentaria, si quiere ser fiel a la Constitución, debe crear tal cúmulo de seguridades, de inmunidades, de amparo al magistrado, que vengan, en la máxima medida posible, a poner al juez fuera de la órbita de influencia del Poder Ejecutivo. Es notorio que de la configuración tripartita de los poderes del Estado, surge la máxima eficiencia en el contralor. La reducción virtual, por virtud de leyes débiles y complacientes que pongan a los jueces a merced del Poder Ejecutivo, de la independencia del magistrado, va contra el contenido dogmático de la Constitución aunque no vaya contra su texto expreso.

El régimen de nombramiento de los jueces a cargo de la Suprema Corte de Justicia es más conforme a la estructura tripartita de los poderes del Estado, que el régimen de nombramiento a cargo del Poder Ejecutivo. Los defectos que se

han apuntado contra este régimen, no se han dado en nuestro país luego de un largo siglo de elección de magistrados por la Corte (124). La proclamación reciente hecha en nuestro país de que éste se siente satisfecho de ese régimen de elección y de que, en su largo siglo de vida independiente, no se ha levantado una sola voz autorizada que proclame el nombramiento de jueces y su promoción por el Poder Ejecutivo (125), refrenda la confianza que un sistema de esa índole ha deparado.

Sobre este punto es menester, todavía, localizar el problema en su preciso aspecto técnico. Lo que es necesario asegurar en materia de designación de jueces, no es tanto un régimen de independencia en cuanto al *nombramiento inicial* sino en cuanto a los *nombramientos sucesivos*. No es tanto un problema de ingreso al servicio, como de continuidad, ascenso y progreso en el servicio. El problema político de los jueces no es tanto el problema de su nombramiento, como el problema de su promoción. Y esto por una razón muy sencilla. Un juez puede, por ser fiel a sus deberes, decidir un asunto en contra de los intereses del Presidente o del Ministro que lo nombró; pero ese mismo juez ¿tendrá siempre fuerzas suficientes para decidir un asunto en contra del Presidente o del Ministro que lo debe ascender?

El problema de la independencia es un problema político, porque sólo cuando el juez es independiente sirve a la justicia por sí misma. Cuando no es independiente podrá, eventualmente, servir a la justicia; pero entonces la sirve por algo que no pertenece a la justicia misma (temor, interés, amor propio, gratitud, honores, publicidad, etc.).

(124) Véase, sobre este particular, *Nombramiento y promoción de magistrados*, en este mismo volumen, pág. 125.

(125) Primera Convención Nacional de Abogados del Uruguay, conclusión Tema I, punto A. *Actas*, Montevideo, 1945.

29. *Garantía de autoridad.*

El contenido de la jurisdicción no se reduce a la actividad cognoscitiva de la misma sino también a su actividad ejecutiva. Conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia. Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia.

Esta necesidad de asegurar tanto el conocimiento como la ejecución plantea el alcance constitucional de las medidas coercitivas de la jurisdicción.

No existe en nuestro país una policía judicial que dé cumplimiento a las órdenes de los jueces. Éstos tienen a su disposición simples auxiliares que, cuando necesitan la fuerza pública, deben acudir a la que tiene el Poder Ejecutivo.

La ley de organización judicial contiene un texto que dice que la autoridad requerida en forma para el cumplimiento de una orden judicial, debe prestar su apoyo sin que le corresponda calificar la justicia o injusticia, legalidad o ilegalidad de la orden que se trata de ejecutar ⁽¹²⁶⁾. Pero no cabe duda de que un texto de esta índole, que consagra el principio de autoridad del magistrado, no corresponde al ámbito de la ley, sino al ámbito de la Constitución.

En épocas de relajamiento institucional, cuando los instrumentos de contralor entre los diversos poderes del Estado se debilitan o desaparecen, es frecuente contemplar el espectáculo angustioso de que el Poder Ejecutivo se reserva, expresamente o implícitamente ⁽¹²⁷⁾, ciertos poderes de super-

⁽¹²⁶⁾ Uruguay, Cód. Org. Trib., art. 5.

⁽¹²⁷⁾ Así, en forma expresa en el derecho nacional-socialista, *Trayectoria y destino...*, en este volumen, pág. 335. En forma tácita,

visión sobre las sentencias judiciales. Huelga decir que ese estado de cosas configura el supremo desmoronamiento de las garantías constitucionales ⁽¹²⁸⁾. Si el Poder Judicial es la última barrera contra la arbitrariedad y ésta cae justamente en el punto en que ella se hace eficaz, es porque todo se ha perdido en el orden de las seguridades individuales deparadas por el orden jurídico. Este problema adquiere, naturalmente, su máxima dramaticidad en el orden penal, frente a las libertades humanas decretadas por los jueces, que se difieren u omiten por el Poder Ejecutivo. Pero ello no puede hacer olvidar su significado en el orden civil.

30. *Garantía de responsabilidad.*

El freno de la libertad es la responsabilidad. Nada hay que temer en un régimen de libertad, si él se halla celosamente contrabalanceado por un severo sistema de responsabilidad. Y mucho menos, todavía, como decía Hamilton del Judicial, que es el más débil de los poderes del Estado ⁽¹²⁹⁾. Nada hay que temer de la autoridad que se le confiere, en tanto sea efectiva su responsabilidad.

Esta fórmula, que ya hemos utilizado frente a la libertad de estar en juicio, se desplaza ahora hacia el campo de la actividad judicial.

El juez, asegurada su independencia para actuar sin más restricciones que las específicas de su propio deber funcional; asegurada además su autoridad para que sus fallos sean efectivamente cumplidos, tiene en sus manos tal cúmulo de poder que supera al que cualquier otro hombre tiene dentro

los impresionantes ejemplos de RÉBORA, *El estado de sitio y la ley histórica del desborde institucional*, La Plata, 1935, p. 380 y sigs.

⁽¹²⁸⁾ RÉBORA, *El estado de sitio* . . . , cit. p. 302.

⁽¹²⁹⁾ *El federalista*, cit., p. 339.

del sistema del derecho. En esa situación, sólo la responsabilidad plena por el uso de la autoridad puede constituir un eficaz medio de contención.

En nuestro texto constitucional, el principio de responsabilidad queda consignado en el precepto que establece que "todos los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del modo de proceder que en ellas se establezca" (130). La ley orgánica, reglamentaria de este texto añade: "Las decisiones o decretos que los tribunales expidieron en los asuntos de que conocen, no les imponen responsabilidad sino en los casos expresamente determinados por la ley" (131).

El tema de la responsabilidad resulta precisamente determinado dentro de esas dos normas: todo acto de exceso o desviación de poder del juez le depara responsabilidad; pero la calificación del exceso o desviación de poder no queda librada a la apreciación de la parte interesada (naturalmente propensa a ver desviación o exceso en todo asunto en que su interés no ha sido satisfecho) sino a la ley y a los órganos competentes para el enjuiciamiento de los magistrados.

El tema de la reparación de los daños causados por errores judiciales no ha salido, entre nosotros, todavía, del campo doctrinario (132). Es menester darle efectividad mediante

(130) Constitución, art. 23.

(131) Cód. Org. Trib., art. 8.

(132) La reparación de los errores judiciales tiene, en la jurisprudencia de los Estados Unidos, importantes precedentes, según surge de la exposición de WILLOUGHBY, *The constitutional law...*, cit. t. 3 p. 1433. Entre nosotros han sostenido esa responsabilidad y señalado las formas prácticas de hacerla efectiva, BIELSA, *Las víctimas de los errores judiciales en las causas penales*, en *Anuario del Instituto de Derecho Público*, t. 2, p. 422 y sigts; SEMON, *La reparación a las víctimas de*

sistemas que traten de abarcar técnicamente los dos extremos del mismo, ya anticipados.

Sin un efectivo régimen de responsabilidad judicial, todo el sistema del derecho corre riesgo. El poder decidir sobre el honor, la fortuna y la libertad de un semejante, constituye la suprema potestad en el orden humano. Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno.

Cuando se afirma que el Poder Judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituye la independencia, la autoridad y, sobre todo, la responsabilidad de los jueces.

errores judiciales, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 19, p. 67, con abundante información.

En el terreno legislativo, los Estados Unidos han sancionado una ley federal de 24 de mayo de 1938, concediendo, en determinadas circunstancias, una reparación a las víctimas de errores judiciales manifiestos. En la Argentina se ha consignado una solución de esta índole, en el proyecto del DR. GARCÍA (arts 685 y 694). Existe también un Proyecto que siguiendo las inspiraciones de JOFRÉ, presentó al Congreso el diputado DAMONTE TABORDA. En nuestro país, puede consultarse el debate parlamentario de la reparación debida al Mayor Almeida, por el error judicial de que fué víctima. En el debate parlamentario suscitado con ese motivo, se presentó por parte del DR. JIMÉNEZ DE ARECHAGA un proyecto general de ley de reparaciones que no fué tratado. Puede leerse en JIMÉNEZ DE ARECHAGA: *Discursos parlamentarios*, Montevideo, 1937, pág. 161.

En doctrina general, la tesis de la reparación es aceptada unánimemente: BERLET, *De la réparation des erreurs judiciaires*; ROCCO (A.), *La riparazione alle vittime degli errori giudiziarii*, Nápoles, 1906; GIURIATI: *Gli errori giudiziarii*, Milán, 1893. Últimamente, el excelente capítulo de COLOMBO, L., *Culpa aquiliana*, p. 440 y sigts. *La responsabilidad del Estado por errores judiciales*.

CAPÍTULO VI PROCESO Y POLÍTICA

31. *Recapitulación.*

¿Responden los Códigos de Procedimiento Civil americanos al pensamiento democrático republicano de nuestras constituciones?

Contestemos por partes, recapitulando cuanto en estas páginas se ha desenvuelto.

Nuestros Códigos fueron sancionados pocas décadas después que nuestras Constituciones. Su texto corresponde, en términos generales, al espíritu de su tiempo en cuanto al conjunto de soluciones dirigidas a realizar la justicia civil. Pero el espíritu de su tiempo, en España y en los países de formación española, se hallaba con retraso respecto del pensamiento europeo de aquel entonces. Francia y España, ordenaron sus constituciones mirando hacia el futuro y su procedimiento mirando hacia el pasado ⁽¹⁸³⁾.

Fué así que sus Códigos y los que de ellos han derivado, sufrieron un rápido envejecimiento. En pocos años, conforme la inquietud de la vida irrumpió en la casa de la justicia, se notó que la maquinaria procesal, lenta y rudimentaria, no soportaba el peso de la mole de asuntos que afluían hacia los estrados judiciales.

Un cúmulo de reformas parciales y empíricas fué remendando, más bien que componiendo, aquellos rodajes de

⁽¹⁸³⁾ Con relación a España, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Algunas observaciones acerca de la reforma procesal*, en *Estudios de derecho procesal*, p. 135 y sigts. y *Orientaciones para una reforma del Enjuiciamiento Civil cubano*, en *Ensayos de derecho procesal, penal, civil y constitucional*, p. 95 y sigts. Con relación a Francia, TISSIER, *Le centenaire du Code de Procédure Civile*, París, 1906; GLASSON, *Sources de la procédure civile française*, p. 43, sigts.

esa máquina que en forma más violenta denunciaban su inadaptación a las exigencias del medio ambiente. El más empírico de los métodos fué, simplemente, el de aumentar el número de tribunales y juzgados. Reforma empírica, decimos, porque lo que el problema judicial pone en juego no es un problema de masa, ni siquiera un problema de hombres: es, simplemente, un problema de métodos. Lo que no anda bien en la justicia civil de estos países es, ante todo, la manera de hacerla. Y esto, como se comprende, no es cuestión atingente ni a los hombres ni al montaje administrativo.

El problema del derecho procesal es, pues, el problema de sus leyes. Cuanto tienda a hacer que ellas sean fidelísimas normas reglamentarias de la Constitución significa acercar el problema de la justicia hacia su solución. Esto comprende no sólo las leyes procesales, sino también y de manera muy preponderante, la ley orgánica del poder judicial, que determina la condición política, moral, social y económica de los hombres que tienen en sus manos esa cosa casi sagrada que es la justicia.

La tesis de que cada uno de los institutos del proceso civil, aún aquellos aparentemente más pequeños, significa el desenvolvimiento de un precepto constitucional, expuesta ampliamente a lo largo de este trabajo, no significa una idea totalmente nueva ni un plan político a desenvolver en el futuro. Significa una elemental apreciación dogmática del derecho vigente y una observación directa de la realidad actual.

Esta doctrina contribuye, naturalmente, a dar a todo el derecho procesal civil una coloración política, institucional, que no es frecuente en los libros que nos son familiares. Esta rama, que por tanto tiempo fué considerada el simple menester de la rutina forense es, en sí misma, el instrumento más directo de realización de la justicia.

Todos los derechos desfallecen, aun aquellos estampados en las leyes más sabias, si el día en que el juez ha de apreciar la prueba o realizar el acto de valoración jurídica que significa escoger la norma aplicable, no se halla a la altura de su misión. Otro tanto ocurre si el procedimiento civil, por su lentitud angustia y desmoraliza al actor; y mucho más, todavía, si por su violencia y falta de garantías asfixia y oprime al demandado. La justicia sin publicidad, hecha a espaldas del pueblo, no es tampoco la justicia de la Constitución.

El instante supremo del derecho no es el del día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante, realmente dramático, es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: "ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución".

No puede concebirse un juez que diga sin temblor esas palabras. Detrás de ellas están no sólo la ley y la Constitución, sino la historia misma con el penoso proceso formativo de la libertad. Detrás de ella hay guerras y luchas internas, crisis colectivas y grandes exaltaciones de pueblos. Como consecuencia de esas crisis y de esas luchas, es que se redactó la Constitución y se juró solemnemente. Y esa Constitución sigue siendo tal, en tanto asegure su vigencia en el fallo de jueces libres, austeros y responsables, sin distinción de causas grandes o pequeñas, oscuras o brillantes. Si la sentencia no ha sido empañada por el miedo, por el interés o por el odio, ella constituye la proclamación de la vigencia de la Constitución a lo largo del tiempo, en su prueba de cada día.

Porque la Constitución vive en tanto se aplica por los jueces; cuando ellos desfallecen, ya no existe más.

2. LA TEORÍA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS PLENARIOS

SUMARIO: 1. Cosa juzgada latina y anglo-sajona. — 2. Alcance de este estudio. — 3. Garantías constitucionales de la legislación. — 4. Garantías constitucionales de la jurisdicción. — 5. Experiencia de la casación y de los fallos plenarios. — 6. Consecuencia de la tesis de la obligatoriedad de los fallos plenarios.

LA TEORÍA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS PLENARIOS

1. *Cosa juzgada latina y anglo-sajona.*

Como es notorio, el sistema judicial de los países de origen latino, a diferencia de los anglosajones, es el de que la sentencia que pone fin al juicio, sólo tiene efecto obligatorio frente al caso decidido. La cosa juzgada no va, normalmente, más allá de los límites objetivos y subjetivos del caso litigioso.

Este principio es el de la tradición romana ⁽¹⁾, el de la doctrina ⁽²⁾ y el del derecho positivo de todos nuestros países ⁽³⁾.

Este criterio general se complementa con el principio

⁽¹⁾ WENGER, *Istituzioni di Procedura Civile romana*, trad. it. Milán, 1938, § 19. Asimismo, COSTA: *Profilo storico del processo civile romano*, pág. 79.

⁽²⁾ Especialmente sobre el tema HEINZ, *Limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937; ROCCO, U., *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917.

⁽³⁾ Copiosas concordancias en ESPINOSA, *Concordancias y fuentes bibliográficas del Código de Procedimientos en lo Civil y Mercantil de Córdoba*, Buenos Aires 1939, t. 1, p. ps. 411 y sigts.

de que la interpretación general obligatoria sólo incumbe al Poder Legislativo (4).

Frente a un sistema de esta índole, el problema decidido por la Cámara de paz letrada en pleno, de la Capital Federal en su fallo de 11 de agosto de 1941 y por las Cámaras Civiles en pleno, con fecha 3 de noviembre de 1943 (5), no consiste solamente en interpretar en uno u otro sentido la ley 11.924. La cuestión radica también en saber si pudo el legislador consagrar un sistema semejante dentro de los principios de de la Constitución.

2. *Alcance de este estudio.*

Nada más lejos del espíritu de estas líneas, que no son sino una serie de simples sugerencias, que entrar en la polémica interpretativa de una ley extranjera y que ha tenido tan autorizados comentadores. Los votos emitidos —y en especial el notable desarrollo que ha destinado al tema el Dr. Barraquero— aconsejan una actitud de respetuosa prescindencia a este respecto.

Pero es conveniente consignar algunas directivas fundamentales del derecho constitucional y del derecho comparado, para señalar el alcance de lo resuelto por las distintas cámaras.

3. *Garantías constitucionales de la legislación.*

En el "Proyecto de ley de casación civil" que hemos redactado con el Ministro de la Suprema Corte de justicia Dr. Enrique Armand Ugon, y en el Proyecto de Código de

(4) Cód. Civil uruguayo, art. 12; francés, art. 3; chileno, art. 3; GARCÍA GOYENA, art. 13.

(5) Para el primero, *Derecho del Trabajo*, 1941, p. 225; el segundo en *J. A.*, 1943, IV, p. 501, con excelente nota de RAYCES.

Procedimiento Civil se aborda una solución tendiente también a obtener la unificación de la jurisprudencia.

“Es principio de derecho en los regímenes democráticos, se dice en la Exposición de motivos del primero de esos textos, que todas las personas son iguales ante la ley. Nuestras Constituciones articularon expresamente esa preciosa garantía de los derechos individuales. Si la ley merece distintas interpretaciones por los órganos jurisdiccionales, se rompe la unidad perseguida por el legislador al dictarla” (6).

Es evidente, pues, que no se está frente a un problema de conveniencia, sino de posibilidad jurídica: si lo deseable es posible de obtener, sin las garantías formales y sustanciales del proceso legislativo reclamado para cada ley.

Frente a nuestro texto constitucional, nosotros nos hemos detenido y hemos creído que escapaba a las posibilidades del legislador instituir un modo de interpretación de la ley generalmente obligatorio. Hemos pensado que las formas de la ley son un elemento *necesario* de la misma y que no es posible que el legislador dé un permiso en blanco a un organismo cualquiera, aunque sea el judicial, con su tan alta autoridad intelectual y moral, para que expida verdaderas leyes, sin las garantías que fluyen del procedimiento parlamentario instituido en el cuerpo de la propia Constitución.

Hemos pensado que dentro de nuestro país no se trata sólo de un problema de división de poderes, problema que ha venido a hacerse equívoco en los últimos tiempos. Es la forma misma de la ley, la que está en juego. Es el conjunto de garantías que emergen de todo el proceso parlamentario, de la discusión pública de las normas, de la doble instancia

(6) *L. J. U.*, t. 2, p. 2, sec. doct. La misma orientación aparece en nuestro *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, 1945, art. 513 y sigts.

que significa la revisión del texto por una Cámara de Representantes y otra de Senadores, de la responsabilidad de los legisladores, de la publicidad periodística, de los asesoramiento técnicos y consultas que preceden a la sanción de la ley.

Es claro que a todo esto puede contestarse diciendo que no siempre los Parlamentos son modelos de tecnicismo y de responsabilidad y que, acaso, el Poder Judicial, con su independencia y su experiencia, pueda hacer mejores leyes que el legislador. Pero ante tal consideración hemos pensado que desde que la Constitución existe, es para que sea respetada. En línea de principio, una mala ley, con contralor parlamentario y popular, siempre es peligro menor que una ley introducida a espaldas de la soberanía.

Tales fueron, entonces, nuestros pensamientos fundamentales.

Esas ideas, en el caso de que sean compartidas, brindan una conclusión que podría decirse negativa: el régimen de la Constitución no autoriza un sistema de fallos con carácter generalmente obligatorio y con eficacia fuera del caso decidido (⁷). Pero como la necesidad de unificar la jurisprudencia es muy grande, falta fijar el lado positivo del problema, o sea el elegir entre los diversos sistemas el que mejor acomode a las exigencias de la justicia.

(⁷) Cfr., en análogo sentido, últimamente, SOLER: *Derecho Penal argentino*, 2ª edición, t. 1, p. 136 y DASSEN, *Alcance de los fallos plenarios*, en *D. J. A.*, 2892. DEVEALI, en *Derecho del Trabajo*, 1941, p. 111 y 225 y 1946, p. 252. Cfr., asimismo la ya citada nota de RAYCES, *La jurisprudencia plenaria. Esfera de su obligatoriedad*, en *J. A.*, t. 1943, IV, p. 501.

4. *Garantías constitucionales de la jurisdicción.*

El recurso de casación y el sistema de fallos plenarios tratan de conciliar las necesidades de unificar la jurisprudencia con la no siempre diligente participación del legislador para enmendar los errores o incongruencias de sus leyes.

Pero el juego de resortes técnicos de esta índole ha dividido a las legislaciones en tres grupos principales ⁽⁸⁾.

Por un lado, el de los países que nada legislan. En estos casos, la jurisprudencia anda a la deriva, porque la multiplicidad de tribunales hace materialmente imposible obtener unidad de criterio.

Por otro, los que tienen organizada la casación al estilo francés, de acuerdo con el modelo que apareció en este país como una consecuencia de las ideas de la Revolución. Es el caso de Italia, Bélgica, Holanda, etc. En este sistema la jurisprudencia no es obligatoria para los jueces inferiores, aun cuando emane de la Corte de Casación integrada por sus diversas secciones reunidas. Su obra es de "adoctrinamiento científico". Los jueces y tribunales inferiores acatan la doctrina de la Corte por virtud de su alta autoridad moral e intelectual. Su valor, se dice, es "persuasivo y ejemplar". Sus tesis se llaman "enseñanzas" y sus rechazos "censuras" ⁽⁹⁾. Pero nada hace obligatoria la conclusión de la Corte fuera del caso litigioso. Y aun dentro de éste, ni si-

⁽⁸⁾ Un amplio panorama de legislación comparada sobre toda esta materia puede hallarse en el libro de COLOMBO, C. J., *La Corte Nacional de Casación*, Buenos Aires, 1943.

⁽⁹⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Turín, 1920, verdaderamente notable por todo concepto. Existe una reciente traducción española de SENTÍS MELENDO, B. Aires, 1945. Del mismo, *Cassazione civile*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 2, p. 981.

quiera es obligatoria la decisión cuando se opera el *renvoi* al juez inferior, en cuanto al derecho sustancial ⁽¹⁰⁾.

Por último, un tercer sistema, es el consagrado en el derecho alemán, con carácter obligatorio para los tribunales superiores. La *revisión* alemana, que han seguido Austria, Hungría, Suiza, etc., funciona, como la casación, en forma de recurso, pero su alcance es diferente. Un paralelo hecho en un libro reciente ⁽¹¹⁾ pone bien en evidencia las diferencias entre una y otra.

El sistema nacionalsocialista del Tercer Reich ha acentuado los poderes del tribunal de revisión. Una nueva organización ha tratado de suplir algunas deficiencias del sistema anterior. En este sentido ha llegado a afirmarse que "los Grandes Senados (*Grossen Senats*, o sean los tribunales reunidos bajo la presidencia del Presidente del Reichsgericht) constituyen, en cierto modo, una especie de brazo prolongado del legislador" ⁽¹²⁾.

Sin embargo, conviene no perder de vista que en ninguno de esos sistemas, ni aun bajo el régimen nacionalsocialista, las decisiones del tribunal tienen un valor absoluto general y obligatorio para los jueces inferiores.

5. *Experiencia de la casación y de los fallos plenarios.*

Así planteado el problema, cabe proponerse la cuestión de saber si existe ventaja en hacer obligatorio para los jueces inferiores, el criterio sentado en los fallos plenarios.

⁽¹⁰⁾ CALAMANDREI, *op. cit.* t. 1, vol. II, p. 65 y sigts. de la edic. española; asimismo, CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo incassazione*, Padova, 1937, p. 275, y sigts.

⁽¹¹⁾ SCHÖNKE, *Die Einlegung der Revision* ..., § 87, en su libro: *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1938, pág. 311.

⁽¹²⁾ SACHÄEER, en *Deutsche Justiz*, 1935, *apud* SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 57.

Ya el punto no es jurídico, sino político. ¿Conviene más un sistema de jurisprudencia generalmente obligatoria o un sistema de persuasión emanada de la autoridad de los tribunales superiores?

Nos permitimos dejar aquí anotada nuestra firme adhesión al sistema de la casación francesa, con algunas reservas técnicas que aparecen consignadas en nuestro ya citado Proyecto. Enumeraremos someramente los motivos.

a) La experiencia de la *Cour de Cassation* francesa, de la *Corte di Cassazione* italiana, o del *Tribunal Supremo* español, enseña que el sistema logra los frutos esperados, dentro de los límites que permite la organización judicial de cada país. Cuando se leen los autores que trabajan sobre esos regímenes, se observa la enorme autoridad que emana de los fallos de las Cortes supremas y su inequívoco carácter de “*ius receptum*” (13).

b) Aunque la doctrina de la Corte o de los tribunales superiores no tuviera una alta autoridad moral e intelectual, siempre ocurriría que tendría su autoridad jerárquica. La experiencia enseña que los jueces de primera instancia no desafían voluntariamente a los tribunales o cámaras y que, regularmente, acomodan sus decisiones a la doctrina de los mismos.

c) La solución propuesta por la minoría, en el fallo de la Cámara de Paz, aludido en un comienzo, es muy razonable. No es posible que un juez de paz decida una cosa, siguiendo la doctrina de la Cámara, cuando su fallo es apelable; y cuando no lo es, sobre el mismo punto, sostenga lo contrario. Sucede habitualmente que, cuando un alto tribunal

(13) En general, CALAMANDREI, *Cassazione civile*, cit. Para el derecho español, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Jueces, jurisdicción, jurisprudencia*, en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1934, p. 303.

fija la doctrina de un punto, ésta es normalmente seguida, salvo casos graves que siempre se justifican.

d) Queda, por último, el argumento de la "cristalización" de la jurisprudencia. Sobre este punto parece aventurada toda predicción. Evidentemente, el sistema se presta para que la jurisprudencia se detenga, perdiendo la elasticidad y vivacidad que deben ser su natural característica. Pero esto es sólo una profecía que no tendrá valor científico hasta que la experiencia llegue a confirmarla. El mismo sistema anglosajón del "leading case" ha logrado mantener su fecundidad creadora mediante las diferencias o distinciones entre un caso y otro, verdadera válvula reguladora del régimen. No obstante, como se sabe, se va abriendo camino en los Estados Unidos, una corriente de opinión en contra del sistema.

En este punto, del simple riesgo y no del peligro cierto, se detiene este razonamiento. La vida dirá lo restante.

e) Sin embargo, parece oportuno traer a colación la experiencia alemana. Allí existió el llamado *horror pleni*, o sea la sistemática resistencia a convocar a tribunal plenario. Los más inocentes subterfugios se hicieron valer para evitar la convocatoria. Ha bastado para tal fin invocar, por ejemplo, que el primitivo tribunal ya no existe por haber desaparecido sus miembros, o que la decisión anterior emanaba de un tribunal de feria, o aun que "consultado oficialmente" (pero fuera de la convocatoria plenaria) el tribunal anterior ha declarado no insistir en su doctrina ⁽¹⁴⁾.

(14) GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1932, pág. 100.

6. *Consecuencias de la tesis de la obligatoriedad de los fallos plenarios.*

Señalada en los términos que quedan expuestos la alternativa entre uno y otro régimen, surge una última sugestión.

El problema es éste. Declarado ya que la doctrina de las Cámaras es obligatoria para los jueces inferiores ¿qué ocurrirá el día en que un juez de primera instancia discrepe con la doctrina de la Cámara? ¿Qué ocurrirá, asimismo, el día en que ese u otro juez de primera instancia discrepe con la doctrina de que la jurisprudencia es obligatoria y piense que no lo es?

Ocurrirá tan sólo, que no se considerará obligado por ambas doctrinas y fallará aplicando la ley, tal como su ciencia y su conciencia se lo dictan.

¿Y cuáles serán las consecuencias de esa actitud? Simplemente, que al apelarse su sentencia será revocada. Pero nada más. No parece que la Cámara llegue a imponer su autoridad en el sentido de amonestar o ejercer sus funciones disciplinarias sobre el juez. La Cámara debe tener el sentido de su autoridad, pero no el sentido de su infalibilidad. Y menos, si esa infalibilidad la ha decretado ella misma, por simple mayoría de votos.

3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA GRATUITA EN CASO DE POBREZA

SUMARIO: 1. El texto constitucional. — 2. El ejercicio abusivo de la auxilioria de pobreza. — 3. La justicia gratuita en la Constitución. — 4. Principios económicos del proceso civil. — 5. La solución constitucional. — 6. Resumen de la solución. — 7. Apreciación crítica.

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA GRATUITA EN CASO DE POBREZA

1. *El texto constitucional.*

El art. 227 de la Constitución uruguaya dice así: “La justicia será gratuita para los declarados pobres con arreglo a la Ley. En los pleitos en que tal declaración se hubiera hecho a favor del demandante, el demandado gozará del mismo beneficio hasta la sentencia definitiva, la cual lo consolidará si declara la ligereza culpable del demandante en el ejercicio de su acción”.

Este texto debe ser aclarado tratando de determinar, en primer término, su razón de ser desde el punto de vista político; en segundo, su alcance dentro de nuestro régimen jurídico; en tercer término, su técnica, esto es, el conjunto de sus aplicaciones prácticas.

Es lo que trataremos de hacer en las páginas siguientes.

2. *El ejercicio abusivo de la auxilioria de pobreza.*

Debe destacarse ante todo, la circunstancia de que un principio que hasta la fecha pertenecía al orden legislativo, penetre ahora en el orden constitucional.

El régimen de la gratuidad de la justicia, se hallaba legislado hasta ahora, en el Código de Procedimiento Civil (arts. 1283 y sigts.).

Apareció siempre allí consignado como un instituto atinente a la defensa del derecho, destinado a obtener que los pobres no vean cerradas por falta de recursos, las puertas de la casa de la justicia, el día que deban acudir a ella.

Una abundante literatura y jurisprudencia habían señalado el alcance de esas disposiciones legales y los problemas inherentes a ellas habían entrado en las últimas etapas en un terreno normal y pacífico ⁽¹⁾.

Algunas directivas de doctrina y jurisprudencia habían intentado conjurar el único problema existente en aquel entonces, que era el de evitar que la gratuidad de la justicia otorgada en beneficio del pobre, se transformara en una amenaza para los ricos.

El día en que el auxiliado de pobreza hiciera un ejercicio abusivo de su derecho, demandando injustamente y llevando a su víctima ante el Tribunal por pleitos descabellados, urdidos con la sola intención de obtener un beneficio ilícito, la balanza de la justicia habría abandonado su fiel y se habría inclinado en favor de una de las partes. Para evitarlo, fué planeada la teoría llamada de "fumus bonis iuris" ⁽²⁾.

(1) Puede consultarse: LAGARMILLA: *De la declaratoria de pobreza*, en cuyo libro se recogen las soluciones normalmente admitidas hasta la sanción del texto constitucional de 1934.

(2) La teoría del *fumus bonis iuris* en la auxiliaria de pobreza, reducida a sus términos más simples, consiste en lo siguiente. En numerosos países europeos, la auxiliaria de pobreza no la acuerda el tribunal que entiende en la causa, sino un órgano administrativo especial. Ese órgano considera no sólo las condiciones de pobreza del reclamante, sino también la índole de la reclamación que ha de hacer valer. Requiere, normalmente, que la acción a interponerse no sea vejatoria y que la

Fuera de este intento, nada hacía pensar que los principios de la justicia gratuita para los pobres hubieran de salir de la esfera legal en que se hallaban.

3. *La justicia gratuita en la Constitución.*

Operado en 1934 el replanteo del asunto y trasladado éste a la zona de las garantías individuales de la Constitución, debe analizarse si, efectivamente, la gratuidad de la justicia tiene una significación tan acentuada, para justificar la presencia del principio en el texto constitucional.

No parece dudosa la tesis afirmativa.

El principio de la gratuidad de la justicia es principio constitucional porque tiende a asegurar el acceso de todos los ciudadanos a los estrados de los Tribunales y, en conse-

licencia de pobre no sea un instrumento para fines extorsivos. Esta apreciación "prima facie" del derecho por parte del órgano administrativo, fué calificada tradicionalmente como exigencia del "fumus bonis iuris" para litigar. El órgano administrativo no exige un derecho inequívoco: se conforma con una apariencia, un simple humo de buen derecho que descarte los fines ilícitos de la auxilioria.

Nuestro Código de Procedimientos se apartó de este sistema en un punto fundamental. En lugar de otorgar a un órgano administrativo la potestad de conceder o negar la carta de pobre, cometió al juez de la causa esa misión. Del buen derecho no dijo una palabra.

De esta solución resultaban algunas consecuencias inesperadas. La primera de ellas era que el juez de la causa, si quería mantener su absoluta ecuanimidad en el otorgamiento de la auxilioria, no podía entrar a calificar en modo alguno el fundamento de la acción que se había de promover. Bastaría una apreciación cualquiera a este respecto, para que el magistrado incurriera en prejuizgamiento y se hiciera recusable por el litigante perjudicado. Resultaba, además, que la ausencia de toda calificación sobre el mérito de la futura demanda, hacía de la auxilioria de pobreza un arma excesiva. Ese privilegio, que tendía a poner en el mismo plano a los pobres con los ricos, compensando la originaria desigualdad económica, inclinaba la balanza en el sentido de

cuencia, a un amparo igual para todos en el ejercicio del derecho (8).

Si en un proceso actúan frente a frente el pobre y el rico, debiendo pagar ambos los gastos de la justicia, no existe igualdad posible, porque mientras el pobre consume sus reservas más esenciales para la vida, el rico litiga sin sacrificio y hasta con desprecio del costo de la justicia.

No existen, pues, dos partes iguales, sino una dominante por su independencia económica y otra dominada por su sujeción económica.

Tal cosa supone el quebrantamiento del principio doctrinario de la igualdad de los individuos en el juicio que, como se dice habitualmente, no es otra cosa que la aplicación del principio constitucional de la igualdad de los individuos ante la ley.

Nada cabe, pues objetar, desde un punto de vista estrictamente técnico, a la conclusión del constituyente de 1934, dirigida a incluir en la Carta Fundamental del país un principio que, en definitiva, supone afirmar concretamente que pobres y ricos son iguales ante la ley. Sigue en esto la tra-

los pobres cuando los ricos no eran tan ricos como para seguir un costoso litigio injusto y vejatorio. Se dijo, entonces, y el concepto adquirió carta de ciudadanía entre nosotros, que la auxilioria de pobreza era una "patente de corso" para cometer toda clase de tropelías y obligar al demandado indefenso a una injusta transacción. El concepto estaba viciado de cierta exageración; pero no estaba despojado de verdad.

No faltó, entonces, la corriente de opinión, bastante consistente y autorizada, que echara mano a la teoría del buen derecho. Autores y magistrados representativos de esta tendencia fueron los DRES. DANIEL GARCÍA ACEVEDO, en su estudio *Acción ilícita e imposibilidad de costear los gastos para ejercerla*, publicado en *Rev. D. J. A.*, t. 11, pág. 321 y VÉSCOVI, DEL CASTILLO y ALADIO en el caso publicado en el t. 32, pág. 503 de la misma.

(8) ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, Roma, 1906, pág. 46.

dición de la Constitución francesa de 1791, y de la mexicana de 1917 que proclamaron la gratuidad absoluta de la justicia y precede, con su variante propia, a la cubana de 1940 (4).

4. *Principios económicos del proceso civil.*

El proceso, en especial el proceso civil, ha sido tomado a lo largo de nuestra historia, como una fuente de rentas fiscales. Pero tiene como característica la de que lo que el Estado cobra en ocasión del juicio, se aplica regularmente al funcionamiento mismo del Poder Judicial.

Esa circunstancia de que el Estado invierta en el funcionamiento de la propia justicia lo que cobre a los litigantes, tiene en nuestro país, además, un carácter que le es propio, en el sentido de que lo que el Estado percibe en los procesos civiles sirve para costear, no sólo el funcionamiento del juicio civil, sino el funcionamiento del juicio penal, que es prácticamente gratuito. Desde un punto de vista estrictamente lógico, se ha dicho, tal cosa no se concibe (5). La natural tendencia a abaratar el juicio civil debe completarse con el propósito de no hacer gravitar sobre él, el costo del juicio penal. Mal de la sociedad, debiera ser costeadado por ella en general, y no por determinados particulares.

Un segundo principio en esta materia es el de que el costo del proceso funciona, en nuestro país, en forma de tasa.

Como es notorio, en Derecho Financiero se distinguen tres clases de contribuciones en la relación patrimonial de

(5) JARDI ARELJA, *Reformas de emergencia al Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1932, p. 5.

(4) Acerca de esta última, recientemente, CASASUS, *La Constitución a la luz de la doctrina magistral y de la jurisprudencia*, La Habana, 1946, p. 520.

los particulares con el Estado: el impuesto, la tasa y el "special assesment" o contribución especial. El impuesto tiene como características la obligatoriedad y la generalidad. La tasa tiene como característica la de que es regularmente la retribución de un servicio prestado por el Poder Público. Por su parte la contribución especial, tributo requerido para costear las obras públicas, tiene carácter normalmente obligatorio porque no se puede discutir la tarifa que impone el Estado o la Municipalidad, ni oponerse a la realización de las obras que la autoridad determina; pero tiene, en cambio, carácter particular en el sentido de que además de ser una contribución por un servicio que beneficia a la propiedad, tiene la característica de que sólo afecta a determinadas personas. El "special assesment", está en el punto intermedio entre el impuesto y la tasa (6).

Cuando consideramos qué es lo que se paga al Estado en ocasión del juicio civil, advertimos que es, netamente, una tasa. No tiene carácter de impuesto porque carece de generalidad; tiene, en cambio, carácter obligatorio por ser la remuneración necesaria de un servicio. Sólo lo paga el que lo usa, pero los litigantes no están facultados para discutir ni para evadir el pago de las tarifas que el Estado fija como costo del proceso.

Un tercer principio en esta materia es el de que además de transformar esta actividad del Estado en una fuente de rentas, el costo del proceso es, en cierto modo, un remedio contra un grave mal: el de la enfermiza litigiosidad.

(6) SELIGMAN, *Essais sur l'impôt*, t. II, p. 159; JÈZE, *Cours de finances publiques*, 1936, p. 11; VAN DER BORGHT, *Hacienda pública*, trad. esp., t. I, p. 146.

(7) CALAMANDREI, *Il processo sotto l'incubo fiscale*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, p. 50 y sigts. y en *Studi sul processo civile*, t. 3, p. 75 y sigts.

5. *La solución constitucional.*

Admitidos los principios que acaban de expresarse, es menester analizar ahora la segunda parte del texto constitucional, en cuanto establece que cuando al demandante le fuere otorgada auxiliatoria de pobreza, el demandado disfrutará del mismo privilegio.

Se trata de una curiosa solución cuyo propósito no parece difícil percibir, pero cuya explicación puede dar lugar a algunas incertidumbres interpretativas que es preciso dilucidar.

En primer término debe aclararse que se trata de una fórmula que por primera vez aparece no sólo en nuestro derecho, sino en el derecho procesal. El constituyente no se ha apoyado en ningún antecedente conocido de derecho extranjero. El antecedente inmediato de esta disposición es un pasaje de uno de los proyectos del Dr. Ros de Oger de reforma del C. P. C. ⁽⁸⁾. La disposición apareció inesperadamente consignada en el texto constitucional.

Conviene destacar, además, que esta disposición establece solamente un régimen para la justicia gratuita solicitada por el actor.

La disposición toma el problema en su verdadero punto, porque nunca fué conflicto grave en nuestro derecho la situación del demandado auxiliado de pobre, porque éste se limita a defenderse. El problema lo constituyó siempre el actor auxiliado de pobre, que iniciaba acciones injustas y perjudiciales. El texto constitucional, bien leído, rige solamente una parte del problema: la justicia gratuita promo-

(8) El Dr. ROS DE OGER publicó en el año 1931 un volumen conteniendo un *Proyecto de Ley de Reformas al Código de Procedimiento Civil*, en el que no aparece la mencionada solución; ella se consignó en una análoga iniciativa posterior del mismo autor.

vida por el actor. El art. 227 es inaplicable cuando el demandado es pobre (⁹).

Conviene puntualizar asimismo, que el sentido de esta disposición instituída en beneficio del demandado, no es otro que el de establecer un régimen de provisoriedad con relación al costo del proceso. El demandado de quien litiga con auxilioria de pobreza no paga gastos de actuación hasta la sentencia; y la sentencia es la que va a determinar si en definitiva habrá de pagarlos.

6. *Resumen de la solución.*

Reducida a un esquema, la solución de este texto es la siguiente:

a) La sentencia dice: "Fallo, rechazando la demanda, con costas" (¹⁰); quiere decir que el demandado no tendrá que pagar ni un centésimo: nada ha pagado durante el proceso ni nada tendrá que pagar después de la sentencia; esta solución supone, en último término, que el Estado asume los riesgos del litigio malicioso y toma a su cargo el pago de las costas de actuación cuando el actor es insolvente y ha sido declarado culpable en el rechazo de la demanda.

b) La sentencia dice: "Fallo rechazando la demanda, sin especial condenación"; entonces el demandado tendrá que pagar sus costas particulares y la mitad de las costas comunes.

c) La sentencia dice: "Fallo haciendo lugar a la deman-

(⁹) Conf. ABDALA, *Condición del actor ante la auxilioria de pobreza del demandado*, en *Rev. D. J. A.*, t. 44, p. 153.

(¹⁰) Debe aclararse que en el derecho uruguayo, fiel todavía al léxico del derecho colonial, sólo son costas los gastos de actuación. Los honorarios profesionales no son costas, sino costos. Una excelente exposición de toda esta materia es la recentísima de REDMUNDÍN, *Las costas en el Proyecto Couture*, en *Revista de derecho procesal*, t. 4, I, p. 206.

da, con costas"; entonces el demandado tendrá que pagar todas las costas del juicio, las que no pagó él y las que no pagó su adversario.

Tal es, en sus términos más simples, el alcance de la disposición cuando dice "la cual lo consolidará si declara la ligereza culpable del demandante en el ejercicio de su acción". Así surge, naturalmente, cuando se relaciona este artículo de la Constitución con el art. 466 del C. P. C. y el 688 del C. C., que son los que establecen el régimen de la condena en costas o en costas y costos dentro de nuestro derecho ⁽¹¹⁾.

7. *Apreciación crítica.*

Algunos años de experiencia no parecen desautorizar esta inesperada improvisación constitucional. Los peligros que podían preverse, no han evidenciado gravedad; los problemas de interpretación han sido solucionados sin dificultades ⁽¹²⁾.

Luego de esta experiencia, podría decirse que nada hay que objetar al pasaje inicial del art. 227 en cuanto establece como principio constitucional la gratuidad de la justicia para los pobres. Al fin y al cabo esa ha sido la solución histórica. Lo único anómalo de nuestro texto ha sido hacerla *provisoriamente gratuita* para los ricos. Estos, cuando son demandados, litigan a lo largo de todo el proceso como si fueran pobres. La sentencia decide si en la liquidación definitiva de los gastos se mantiene tal privilegio.

⁽¹¹⁾ Los sumarios antecedentes de la disposición constitucional, pueden consultarse en el *Diario de Sesiones de la III Convención Constituyente*, t. II, p. 212. Más ampliamente, *Actas de la Comisión de Constitución de la III Convención Nacional Constituyente*, p. 222.

⁽¹²⁾ Cfr. *Repertorio General de La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1944, pág. 53.

Tal solución es, virtualmente, un "tertium genus" dentro del planteo clásico entre justicia pagada y justicia gratuita. Debe reconocerse que, en punto a ingenio práctico, ha superado a las dos posiciones tradicionales. Cuando en las Cortes Constituyentes de la República Española se debatió este tema, los sectores obreros propugnaron por la gratuidad absoluta de la justicia ensalzando, como es lógico, su significación igualitaria. Jiménez de Asúa les advirtió que repararan en el significado de su proposición: ellos, como pobres, ya tenían asegurada la gratuidad de la justicia; lo que estaban reclamando era la gratuidad para los ricos. Ante tal argumento, como es de suponer, la tesis quedó abandonada.

En nuestro texto constitucional, los ricos han obtenido el privilegio, como se decía de antiguo en esta materia, "con calidad de por ahora".

Pero la justicia, a nuestro modo de ver, debe ser gratuita, no ya por razones prácticas, sino por razones de principio. Dispensar la justicia no es un bien para el triunfador en el litigio: es un bien para el orden jurídico que la dispensa. "Los imperios sin la justicia, decía el dístico agustiniano, no son más que grandes sociedades de bandidos". Dispensarla no es tanto un servicio público, como una justificación del propio estado de derecho. El Uruguay, que desde hace más de un cuarto de siglo ha logrado la gratuidad absoluta de todos sus servicios de enseñanza, debe pugnar por la gratuidad absoluta de sus servicios de justicia. Las razones que militan para una y otra solución son idénticas.

El punto sutil y delicado de este problema es el de que en un país como el nuestro, constituido principalmente por una muy extendida clase media, que vive en esa curiosa zona limítrofe en la que no se disfrutan de los privilegios de la

riqueza ni de las habituales dispensas de la pobreza, la onerosidad de la justicia es, cuando menos, una limitación. Cuando a ese amplio sector social se le impone tener que comportarse como indigente, se le crea un penoso sacrificio; y cuando se le obliga a pagar la justicia, considerándolo como favorecido por la fortuna, se le exige algo que no siempre puede dar.

4. NOMBRAMIENTO Y PROMOCIÓN DE MAGISTRADOS

SUMARIO: 1. Tesis de este estudio. — 2. La experiencia histórica. — 3. Elección de los miembros de la Suprema Corte. — 4. Selección de los jueces. — 5. Críticas al sistema del concurso. — 6. Promoción y traslado de jueces. — 7. La carrera judicial. — 8. Perfeccionamiento del sistema. — 9. El concurso de méritos para la promoción.

NOMBRAMIENTO Y PROMOCIÓN DE MAGISTRADOS

1. *Tesis de este estudio.*

El régimen de designación de magistrados por la Suprema Corte ha dado excelentes resultados a lo largo de toda la historia de nuestro país. Debe mantenerse ese régimen; pero ha llegado ya el momento, por la abundancia de candidatos para llegar a los cargos de la judicatura y del Ministerio Público; así como a los demás destinos de la administración de justicia, de ir al procedimiento de selección.

Dichos cargos deben proveerse, a los efectos del ingreso en el servicio, mediante el concurso de oposición. Debe dejarse, asimismo, a la Corte, un margen de razonable discrecionalidad a los efectos de la calificación moral de los candidatos. En cuanto a la promoción, por el concurso de méritos.

2. *La experiencia histórica.*

Cuando la Constitución de 1830 instituyó como órgano elector de los Tribunales a la Alta Corte de Justicia (art. 100), aseguró la independencia de este poder para toda

la vida institucional del país. La experiencia de un siglo le es ampliamente favorable (1).

Cuando los autores que analizan el problema del nombramiento del juez examinan este sistema, llamado de cop-tación, y por virtud del cual un órgano determinado elige sus propios miembros, consignan el reproche de que este régimen contribuye a crear castas y a entronizar a determinadas familias en la Administración de justicia, excluyendo a todos los que no pertenezcan a ellas. Un sistema de tal índole, se dice, representa poner la administración de la justicia en manos de una aristocracia que sólo se preocupa de sí misma y resulta impermeable a los requerimientos del espíritu popular o de las verdaderas necesidades de la justicia (2).

Pero la verdad es que estas culpas del sistema no se han dado en la historia de nuestro país.

(1) En las *Actas* de la Convención Constituyente de 1829 se leen estas palabras: "El Poder Judicial, cuya completa organización se deberá a las auspiciosas leyes secundarias, se ve en el Proyecto constituido en tal independencia, que ella sola basta para asegurarnos que no serán en lo sucesivo los hombres quienes nos juzguen, sino las leyes. Si en este ramo, el más difícil y complicado sin duda, podemos algún día conseguir la perfección, no quedará nada que desear para ver afianzada la libertad" (Palabras de ELLAURI, p. 11). Casi un siglo después, las repetiría CHIOVENDA, *Principios*, t. I, p. 582.

(2) LALLEMAND, *Le recrutement des juges*, París, 1936, p. 49 y sig. Según este autor, dentro de la antigua monarquía francesa, los excesos de este sistema fueron escandalosos: "los hijos y los sobrinos de los jueces tienen derecho a los primeros puestos; y bien pronto a todos los puestos". Y refiere estas advertencias de PICOT, *La réforme judiciaire*: "Se desenvuelven sin medida tanto el nepotismo como el espíritu de casta; en pocos años la judicatura se transforma en un cuerpo cerrado, absolutamente extraño al espíritu de la sociedad". En el mismo sentido, últimamente, ZALDIVAR, *El nombramiento de los empleados públicos por medio de concurso*, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 21, p. 629.

La Corte podrá haber procedido con mayor o menor acierto en la elección de sus candidatos; podrá haber sido más o menos justa en el sistema de las promociones; podrá haber sido más o menos feliz en el criterio de selección de las virtudes que deben reunir los magistrados. Pero lo cierto es que mediante este procedimiento se ha asegurado la independencia del poder judicial, sin incurrir en favoritismos o egoísmos que pudieran permitir tachar su comportamiento como inclinado a tales o cuales familias o grupos sociales aislados del interés común.

El problema de la independencia del poder judicial frente al Poder Ejecutivo, que es uno de los más graves de cualquier sistema constitucional, en nuestro país ha sido resuelto con toda eficacia. Numerosos fenómenos, cuya significación no siempre se percibe porque nos son excesivamente familiares, corroboran este aserto. Las mismas teorías de la responsabilidad del poder público y de la inconstitucionalidad de la ley han podido desenvolverse entre nosotros en la forma que ha acontecido, por virtud del sistema de designación y promoción de nuestros magistrados. Y esto se ha logrado sin "gobierno de los jueces", sin invasión en los fueros propios del Parlamento, sin avasallar las prerrogativas propias del Poder Ejecutivo.

Es que, como lo anticiparon con visión profética los autores de la Constitución de Filadelfia, la libertad nada tiene que temer del Poder Judicial; y mucho menos si, como ellos mismos lo dijeron evocando la enseñanza de Montesquieu, esa misma libertad se asegura separando al Poder Judicial del Legislativo y Ejecutivo ⁽³⁾.

A este respecto se puede advertir un fenómeno singular.

(3) HAMILTON, *El federalista*, trad. esp. G. R. VELASCO, México, 1943, p. 339.

La gran mayoría de las legislaciones confieren al Poder Ejecutivo la potestad de designar los jueces; pero en todos esos países se observa una reacción contra la influencia de lo político en lo judicial, orientándose hacia fórmulas que procuran asegurar la independencia de éste.

En algunos casos la legislación ha sido suficiente (⁴). En otros no se ha hecho por impedimento constitucional, pero se ha pugnado enérgicamente por métodos más severos de selección, o por sistemas que refuercen la garantía de independencia, o por medios de carácter representativo que limiten la prerrogativa del Poder Ejecutivo, etc. (⁵).

El panorama de esta materia, cuando se siguen atenta-

(⁴) Decretos-leyes franceses de 24 de febrero de 1934, de 28 de febrero de 1934 y de 10 de julio de 1935, los que han instituido un retorno al sistema de co-optación mitigado (LALLEMAND, *op. cit.*, p. 51).

(⁵) En Bélgica, el *Centre d'Etudes pour la Réforme de l'Etat*, en su publicación *Réforme de la procédure*, 3 tomos, París, 1937, efectúa un balance de los diversos sistemas aceptables que limiten los naturales excesos del nombramiento por el Poder Ejecutivo, deteniéndose ante el cambio de órgano electo por razones de orden constitucional, ya que la obra planeada por el Centro no llega a tocar los términos de la Constitución. En la Argentina los términos del problema han llegado a adquirir considerable desarrollo. La designación pura y simple a cargo del Poder Ejecutivo ha sido unánimemente descartada. Algunos autores proponen estudios especiales para la designación (DANA MONTAÑO, *El sistema de designación de magistrados judiciales*, Rosario, 1942, separata de la *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, N° 1-2 de 1942); otros proponen limitar los poderes del Ejecutivo mediante el sistema del concurso y la adscripción provisoria a la magistratura (CARLOS, *Para la designación de magistrados judiciales es necesario instituir medios de selección tan indispensables como la adscripción a la magistratura y el concurso*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, 1939, N° 28, p. 73); otros proponen, lisa y llanamente, la reforma constitucional, cometiendo la designación al Supremo Tribunal de la Nación o de las Provincias (VEÑAS BALUGUERA, *Quinta Conferencia Nacional de Abogados*, Antecedentes, programa, reglamento, versión taquigráfica y anexos, Buenos Aires, 1941, p. 221).

mente los debates que periódicamente se renuevan en todas partes del mundo en este orden de cosas ⁽⁶⁾, es el de que si bien está en crisis la forma de elección pura y simple por el Poder Ejecutivo, no hay acuerdo en cuanto al modo de reemplazarlo.

3. *Elección de los miembros de la Suprema Corte.*

Pero dentro del problema del órgano elector, subsiste en nuestro País un aspecto muy importante, que no ha resultado satisfactorio a la opinión común. Se trata de los métodos establecidos en la Constitución para el nombramiento de los miembros de la Suprema Corte de Justicia.

La fórmula constitucional de cometer ese nombramiento a la Asamblea General es un tema que requiere ciertas rectificaciones.

Ese sistema, teóricamente perfecto, ha dejado de serlo en la realidad.

⁽⁶⁾ Una elocuente exposición de todas las inquietudes, se refleja en las deliberaciones del Congreso de Ciencias Procesales, realizado en Córdoba en 1939, que llegó a la siguiente conclusión: "El Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales reunido en Córdoba declara que es de imprescindible necesidad que los gobiernos de la Nación y de las provincias instituyan un régimen permanente de selección para la designación de magistrados judiciales" (*Actas del Primer Congreso de Ciencias Procesales*, Córdoba, 1942, p. 310). Al año siguiente, la Quinta Conferencia Nacional de Abogados reunida en Santa Fe, consideró el mismo tema, habiéndose dividido la Comisión informante de tal manera, que fueron presentados a la Conferencia nada menos que 7 dictámenes diferentes sobre el particular, pero todos ellos de acuerdo en la necesidad de limitar los poderes de libre elección por el Poder Ejecutivo. Luego de una discusión por momentos ardorosa, la Conferencia aprobó la siguiente declaración: "Que una vez que se organicen los cursos teórico-prácticos de formación o especialización de magistrados, aconsejados por los congresos científicos internacionales, se requiera el título respectivo, como una de las cualidades necesarias para ser juez" (*Actas*, p. 220 y sigts. y 439).

La elección de los miembros de la Corte por la Asamblea General, responde fielmente a un concepto democrático de la justicia. En este sentido, siempre en línea teórica democrática, sólo podría ser superada por la elección popular.

Sin embargo, es notorio que ni un sistema ni otro satisfacen los ideales mínimos de independencia del magistrado, que constituye la base misma de toda su gestión. Donde el juez se encuentre embarcado en la lucha por su candidatura, deja de ser juez para transformarse en defensor de sus propias virtudes.

No es necesario hacer referencia, en las actuales circunstancias, a los procesos parlamentarios previos a la elección de un Ministro de la Suprema Corte de Justicia en nuestro país. En todas las épocas han surgido esos problemas y la elección ha sido siempre precedida de un estado de cosas del cual no puede afirmarse que haya sido en bien de la justicia. No se trata, es evidente, de que el Parlamento pueda elegir buenos o malos candidatos. En términos generales, puede afirmarse que los ha elegido buenos. Pero lo cierto es que a la designación se ha llegado solamente después de un penoso debate de antecámara en el cual la virtud de los jueces, sus aptitudes personales, la atribución de tales o cuales ideas políticas, han sido objeto de toda suerte de apreciaciones.

Aunque el punto requeriría una reforma constitucional, parece que un régimen de nombramiento de los miembros de la Suprema Corte por parte de un Colegio Elector, representativo de todos los intereses morales inherentes a la justicia, del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, reúne virtudes superiores al actual régimen de designación por el Parlamento (¹). Y esto puede suceder, naturalmente,

(¹) La fórmula propuesta en el *Proyecto de Constitución* que el DR. ARÍSTIDES L. DELLEPIANE redactara en 1933 (arcs. 120 a 135) consistente en confiar la elección a un colegio compuesto por los mi-

sin desmedro alguno de la verdad democrática de la designación y sin establecer injustificadas u odiosas preferencias.

4. *Selección de los jueces.*

En lo que dice relación con el sistema de elección de los otros magistrados, es necesario hacerse cargo de un cúmulo de circunstancias de hecho que reclaman perfeccionamiento.

Hasta hace no muchos años, el problema de la administración de justicia consistía en la falta de candidatos para llenar los cargos, especialmente aquellos cuyo desempeño debía hacerse en el interior del país. Los jóvenes abogados obtenían su nombramiento al día siguiente de su graduación universitaria y en muchos casos eran esperados hasta la terminación de sus estudios. El país tuvo, durante todo ese tiempo, la justicia que pudo y no la justicia que quiso. Si los jueces salieron buenos es porque así tenía que suceder, pero no porque para ello se pusieran en juego métodos rigurosos de selección.

En la actualidad el panorama ha cambiado. Los candidatos son muy numerosos y la puja de los mismos es muy intensa. Luego de primeras, segundas, y hasta terceras votaciones, la Corte designa un candidato que no tiene tras sí más antecedentes que los elogios que puedan brindarle a algunas personas bien inspiradas o los que él mismo pueda hacer valer en la lucha de su propia candidatura. En todo caso, es evidente, que este ingreso a la Magistratura sólo

nistros de la Corte en ejercicio, tres delegados del Poder Legislativo, el Fiscal de Corte y los miembros de los Tribunales de Apelaciones, Constituiría una solución satisfactoria para este problema. [P. S. Véanse los debates acerca de este punto, en las *Actas de la Primera Convención Nacional de Abogados*, Montevideo, 1945, t. 2, p. 31 y sigts.]

tiene como garantía la corrección e independencia de criterio de que puedan hacer gala los miembros de la Suprema Corte de Justicia, pero en manera alguna corresponde a un sistema técnico de selección.

La legislación comparada suministra frente a este tema numerosas soluciones dignas de consideración. Prescindiendo del sistema inglés, cuyas características tan propias difícilmente podrán ser adoptadas por otros países, ⁽⁸⁾, pueden servir de modelo los regímenes inspirados en el sistema de provisión por concurso de méritos o de oposición.

El candidato debe hacer estudios especializados para la judicatura ya que, como es notorio, no todas las ciencias jurídicas y sociales aprendidas en la Facultad de Derecho han de serle eficaces en su futura carrera. Deberá, además, evidenciar facilidad para el estudio de expedientes, para el análisis de las pruebas, para la redacción de las sentencias, etc. Sus condiciones morales, deben también ser tenidas en cuenta. En una lucha leal de candidatos todas estas virtudes pueden ponerse en evidencia. La Corte tendrá, en el resultado de esas mismas pruebas, que pueden ser todo lo severas que se desee, ya que los cargos judiciales son hoy altamente apreciados por los abogados de reciente graduación, elementos más que suficientes como para discernir virtudes o inconvenientes. En todo caso, la designación del novel juez, no será, como hasta ahora, un cheque en blanco

⁽⁸⁾ Como es notorio, Inglaterra no tiene carrera judicial. Sus magistrados se reclutan entre los más grandes abogados, los que habiendo así culminado su carrera en el orden profesional, ingresan en los honores de la judicatura. Llegando el magistrado al cargo, nada tiene que esperar en cuanto a ascensos se refiere. Los altísimos sueldos, los títulos honoríficos y la dignidad del cargo, hacen todo lo demás. Sobre este particular, como resumen, *La Justicia inglesa*, en este mismo volumen, pág. 147.

que expida la Corte en favor de los candidatos más eficazmente recomendados.

5. *Críticas al sistema del concurso.*

En algunos países que tienen el sistema del concurso para el ingreso a la judicatura, se hacen objeciones a la forma cómo este es realizado. ⁽⁹⁾ Se destaca, por ejemplo, que pone de relieve virtudes teóricas, pero no virtudes prácticas. La observación parece ser exacta y para superarla se han propuesto, indistintamente, cursos especializados con acentuada orientación profesionalista ⁽¹⁰⁾, asimilación de la carrera de secretario con la de juez, para que pueda llegarse a ésta por ascenso de aquélla ⁽¹¹⁾, exámenes acentuadamente prácticos ⁽¹²⁾, permanencia provisoria en la magistratura

⁽⁹⁾ El sistema tiene, como es natural, adeptos y adversarios; pero las objeciones de los adversarios sólo prueban que sus males son menores que los de un régimen de elección sin calificación técnica, ni moral, ni universitaria, ni práctica previa. Para el sistema español, BECEÑA, *Magistratura y justicia*, Madrid, 1928; PRIETO CASTRO, *Notas preliminares para una reforma de la justicia*, Zaragoza, 1939; OSSORIO, *Bases para la reorganización de la justicia*, y más especialmente *La justicia poder*, Madrid, 1927. En lo que se refiere al régimen francés, el libro de LALLEMAND ya citado. Para el derecho alemán, GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, pág. 149. En el derecho italiano, JANNELLI, *Ordinamento giudiziario*, en *Nuovo Digesto italiano*, t. 9, pág. 229. Para el derecho argentino, además de los volúmenes de Actas de los Congresos ya aludidos, puede verse una ardorosa defensa del sistema de concurso en JOFRÉ, *Manual*, 2ª edic., t. I, pág. 174. Como información general, ENSOR, *Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania*, trad. esp., GÓMEZ ORBANEJA, Madrid, 1935.

⁽¹⁰⁾ DANA MONTAÑO, *El sistema ...*, cit. pág. 8.

⁽¹¹⁾ OSSORIO, *La justicia poder*, cit., pág. 136.

⁽¹²⁾ LALLEMAND, *Designación de magistrados ...*, cit. pág. 175.

luego de haber aprobado el examen ⁽¹³⁾, doble examen ⁽¹⁴⁾, etc. Pero se trata, en todo caso, de formas reglamentarias del procedimiento general.

Contra este sistema no se hacen reparos de fondo. Sólo los partidarios de la elección discrecional sostienen que aún en aquellos sistemas en los cuales no existe el concurso, se hacen buenos nombramientos. Pero nadie que sostenga esta tesis ha podido replicar hasta ahora la penetrante respuesta de Jofré: "No se nos diga que algunas veces el Poder Ejecutivo nacional o los de provincia, han hecho buenos nombramientos judiciales, porque esa no es la cuestión; de lo que se trata es de que no puedan hacerlos malos aún cuando lo quieran" ⁽¹⁵⁾.

6. *Promoción y traslado de jueces.*

Contestado afirmativamente el punto anterior y anticipado el criterio a los efectos de la entrada en el servicio, debe ampliarse éste en lo relativo a la promoción y traslado de los magistrados, en los diversos grados de la judicatura.

En tal sentido creemos que debe mantenerse el actual régimen, establecido consuetudinariamente, de carrera judicial comenzada en la judicatura de paz y continuada con el ejercicio de la judicatura letrada en los Departamentos del interior del país. El concurso de méritos para el ascenso y los traslados debe considerar, tanto como la antigüedad, la regularidad y asiduidad en el ejercicio de la función; el número de sentencias consentidas o confirmadas; el cumplimiento puntual de los plazos para dictar sentencia; etc.

⁽¹³⁾ CARLOS, *Designación de magistrados...*, cit. pág. 175.

⁽¹⁴⁾ Régimen alemán, llamado del "refrendare" e italiano, aunque diferentes, ambos, en cuanto a los detalles particulares.

⁽¹⁵⁾ JOFRÉ, *Manual*, cit., t. I, pág. 178.

7. *La carrera judicial.*

Cuanto se ha dicho al fundar la solución relativa la designación de jueces, resulta aplicable a los procedimientos de la promoción.

Acaso pueda decirse que es más grave el problema de la promoción que el del ingreso. Un juez, hemos creído ya del caso afirmar, puede, en nombre de sus deberes, fallar un asunto en contra de los deseos del Presidente o del Ministro que lo nombró. Pero ¿tendrá siempre fuerzas suficientes para fallar en contra del Presidente o del Ministro que lo debe ascender?

La tradición de nuestro país en esta materia, ha llamado reiteradamente la atención en el extranjero. Cuando se refiere, fuera de nuestro país, que entre nosotros un juez de paz llega a la Suprema Corte de Justicia luego de recorrer todo el escalafón judicial, se percibe la simpatía que semejante posibilidad depara. Cuando se menciona que los jueces letrados de lo civil en Montevideo o los miembros de los Tribunales de Apelaciones no llegan a sus cargos por un acto de favoritismo o de especial influencia personal, sino después de haber hecho un recorrido que comienza en el interior del país, normalmente desde los puntos más alejados de la Capital, acercándose paulatinamente a ésta, la misma sensación admirativa se subraya.

Al referir este estado de cosas no es posible ocultar, porque constituye una verdad indiscutible, que el joven magistrado, sin experiencia ni adaptación alguna a su cargo, va formando su experiencia profesional en lugares donde la judicatura se hace más ardua y difícil que en la capital y que cuando llega a los cargos de superior graduación, ya ha hecho su experiencia en una judicatura que bien puede clasificarse de militante. Se advierte, entonces, cómo todas las opiniones se aunan en el elogio de semejante sistema.

Podrán registrarse dentro de este régimen, algunas preferencias especiales, recordando que algunos jueces han hecho su carrera más rápidamente que otros. Pero ni ésta es la norma, ni ha dejado de tener, en algunos casos, su justificación. Lo corriente, lo que configura la normalidad en nuestro país, es que un magistrado, luego de diez o doce años de haber ejercido su cargo en las ciudades del interior, llegue a Montevideo, a Juzgados Letrados de Instancia y desde allí pase en un orden más o menos regular, a los Tribunales de Apelaciones y de allí a la Corte.

Esto, frente al espectáculo, frecuente en tantos países, de magistrados designados por favoritismo de un Ministro o del Presidente de la República, sin antecedente alguno en la judicatura, dejando tras de sí el tendal de magistrados intachables postergados en sus justas aspiraciones, creando un clima de desmoralización y de escepticismo por el sistemático desconocimiento de las mejores virtudes en el desempeño del cargo, constituye, sin duda, una verdadera conquista institucional.

8. *Perfeccionamiento del sistema.*

Sin embargo, el hecho de haber conquistado un sistema estimable, en líneas generales, constituye un compromiso moral para su perfeccionamiento. Si el sistema es bueno, pero ofrece lagunas, todo insta a que se mejore, corrigiendo sus defectos subsanables.

Desde este punto de vista, es evidente que la legislación debe acudir en auxilio de los jueces más idóneos para facilitarles la promoción a lo largo de su carrera. Sin perjuicio de reconocer, como se ha hecho, que la Corte hace un uso razonable de sus atribuciones, lo cierto es que también con motivo de cada promoción de jueces debe cumplirse una puja de candidatos.

Las mismas características del sistema, hacen que la vacancia de un cargo de la Suprema Corte llegue a provocar un desplazamiento de todo el escalafón judicial permitiendo en algunos casos hasta el ascenso de un juez de paz. En estas circunstancias, la elección de candidatos para los numerosos traslados, se hace ardua. Lo menos que debe reconocerse, como homenaje a la realidad, es que la Corte interpreta que aquellos jueces que no acuden ante ella a pedir traslado, es porque no tienen interés en el mismo. Y esto significa, inevitablemente, que el juez tenga que acudir a las antecámaras de los Ministros de la Suprema Corte a transformarse en agente de su propia candidatura.

Nadie puede dudar de que semejante sistema choca con nuestra actual sensibilidad. Si el juez tiene méritos, éstos deben ser reconocidos. Si tiene derecho al traslado, no debe ser él quien lo pida. Si en el ejercicio silencioso, y sacrificado de su magisterio ha acumulado virtudes suficientes como para obtener el ascenso, el reconocimiento de las mismas debe llegarle en forma espontánea, sin necesidad de una ardorosa propaganda en su favor (*).

9. *El concurso de méritos para la promoción.*

Consideramos, no obstante, que no se debe establecer el concurso de oposición para las promociones de la magistratura (¹⁶). También creemos que un margen de razo-

(*) "El magistrado que ejerce su cargo en el interior del país o en una modesta judicatura, no tiene que ir a la Suprema Corte a suplicar su ascenso. El día que haya una vacante es la Corte que tiene que acordarse de él y no él quien tenga necesidad de acordarse de la Corte" (Palabras durante el debate en la 1 Convención Nacional de Abogados del Uruguay. *Actas*, t. 2, pág. 43).

(¹⁶) No eran partidarios, sin embargo, de esta opinión JOFRÉ, *Manual*, pág. 178, quien consideraba necesario el concurso basta para el ascenso de los jueces, ni OSSORIO, *La justicia poder*, pág. 139, quien

nable discrecionalidad debe darse a la Suprema Corte en este orden de cosas. Pero existen en la actualidad numerosos posibilidades de seguir paso a paso la labor de un juez para hacerlo objeto de recompensa en los casos merecidos.

Así, por ejemplo, el plazo que se tome el juez para dictar sentencias, es un elemento que habla muy elocuentemente de su diligencia y actividad. El número de sentencias consentidas por las partes, reflejará muchas veces su ecuanimidad de criterio y su comprensión de los verdaderos problemas humanos del litigio. El número de sentencias confirmadas reflejará el acierto de su misión. La antigüedad, las licencias, las preocupaciones por la organización interna de su oficina, etc., serán otras tantas virtudes que deberán ser tenidas en cuenta en el momento de la promoción.

Un concurso de méritos de esta índole, no constituye una extravagancia en el país. El sistema de promociones en los Ministerios de Defensa Nacional y de Salud Pública señala ya un camino cubierto de experiencia y de favorables resultados en este orden de cosas. Muchos de sus preceptos serían aprovechables al referirlos al escalafón judicial.

Es natural que la ley no puede dar criterios rígidos en esta materia. Más bien debe dar líneas generales que puedan ser devueltas en forma de normas preestablecidas, dictadas en el ejercicio de la superintendencia directiva que asigna a la Suprema Corte el artículo 212 de la Constitución.

Lo que en sustancia se desea consagrar, es el principio de que el juez que cumpla su cargo diligentemente y con eficacia, no tiene que temer el silencio o la oscuridad de su labor, porque siempre existirá en su favor un registro en el que su actividad quede anotada y que será su principal

refutaba (acaso con menos poder persuasivo que elocuencia) los argumentos emanados de la pérdida de autoridad que significaría para un juez la reprobación en un examen de ascenso.

defensor el día en que él, que ha entregado heroicamente a la justicia, lo mejor de su vida, tenga necesidad de que se le haga justicia (¹⁷).

(¹⁷) En estas conclusiones, como en alguna de las precedentes, que constituyeron en su origen la Relación Oficial a la Primera Convención Nacional de Abogados del Uruguay, se ha planteado, el problema que emana de la eventual inconstitucionalidad de una ley que fije a la Corte normas muy rígidas para el nombramiento. Nuestro Supremo Tribunal, en su resolución reciente relativa a la inconstitucionalidad del Estatuto del Funcionario en lo que dice referente al Poder Judicial, parece indicar el camino. La doctrina le sería favorable, en cuanto que ella considera que la potestad de designación comprende la facultad de *elegir*, de *nombrar* y de *investir* (WATSON, *On the Constitution*, t. II, pág. 967 y 1006; WILLOUGHBY, *The Constitutional law of the United States*, t. III, pág. 1510; DANA MONTAÑO, *op. cit.*, pág. 7).

Este planteo del asunto merece algunas aclaraciones. La principal, inherente al destino de este trabajo, exige que quede desde ya puntualizado que no incumbe a una Convención de Abogados lanzarse a la disputa académica de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de algunas de sus conclusiones. Su labor es pre-legislativa y configura apenas un órgano de expresión de los anhelos de la abogacía del país. Si para satisfacer una de estas aspiraciones es menester reformar la Constitución, así debe quedar consignado como plan de futuro. Tal cosa ha ocurrido, por ejemplo, al considerar el punto anterior relativo al nombramiento de los miembros de la Suprema Corte. Por lo demás, la reforma de la Constitución ya no es un obstáculo prácticamente insalvable en este país, luego de su flexible sistema, consignado en el art. 281.

El otro aspecto, inherente al problema mismo de la inconstitucionalidad, es el de que una ley que fije procedimientos de selección para los candidatos, no es forzosamente inconstitucional. En el mismo libro clásico de WILLOUGHBY, se analiza agudamente el aspecto principal de este problema a la luz de la enseñanza de MARSHALL en su famoso voto del "leading case" constituido por el asunto "Marbury v. Madison" y en el que por primera vez se hace la distinción "nomination, appointment, commission" con relación a los poderes de elección del Presidente. La ley no quita a la Corte su potestad de nombrar, si le reclama procedimientos selectivos de los diversos candidatos que ella acepte para llegar eventualmente al cargo, habida consideración de sus condiciones morales. Tal sistema no priva a la Corte de su poder de nombrar, ya que ningún otro Poder del Estado queda investido de semejante atributo. (*The Constitutional law of the United States*, t. V, pág. 1506).

5. LA JUSTICIA INGLESA

SUMARIO: 1. Propósito. — 2. Finalidad de este estudio. — *Capítulo I. EL JUEZ INGLÉS.* — 3. La elección del juez. — 4. La solución inglesa. — 5. Magistratura y política. — 6. La independencia moral del juez. — 7. La independencia económica del juez. — 8. La autoridad del juez. — 9. Publicidad de la justicia. — 10. La dirección del proceso. — 11. La inapelabilidad de las interlocutorias. — 12. La justicia como realización humana. — *Capítulo II. EL "COMMON LAW"* — 13. El destino del "common law". — 14. "Common law" y derecho civil. — 15. Espíritu y técnica del "common law". — 16. Comparación con el derecho civil. — 17. Precedentes y principios. — 18. Justicia y autoridad. — 19. La organización de la justicia inglesa. — 20. El jurado y la equidad. — *Capítulo III. EL SENTIDO POLÍTICO DE LA JUSTICIA INGLESA.* — 21. Justicia y política. — 22. La justicia como política de la libertad. — 23. Política del proceso penal. — 24. Política del proceso civil. — 25. Las reformas inglesas. — 26. Conclusión.

LA JUSTICIA INGLESA (*)

1. *Propósito.*

Rara fortuna ésta de los ingleses de poseer la mejor justicia del mundo. Y mucho más rara todavía, la de constituir un pueblo que tiene conciencia de poseerla.

Porque es realmente extraño lo que sucede con ella. La doctrina moderna acepta sin mayores reservas esta premisa; los estudiosos acuden a examinar sus formas tan particulares; en las novelas, en el teatro y en el cine, la justicia inglesa tiene una atmósfera de dignidad y de austeridad soberanas; los visitantes de Londres concurren como a un espectáculo, a contemplar esta cosa superior y delicada que consiste en ver al pueblo efectivamente gobernado por sus jueces. Y, sin embargo, en un terreno estrictamente técnico, esta justicia ofrece modalidades poco menos que incomprensibles, cuando no imposibles de aceptar.

Anticipemos, por ejemplo, que es una justicia rudimentaria, que apenas conoce el principio de la división de poderes; ciertas formas se rigen aun por costumbres implantadas en tiempo de Ricardo II o de Eduardo I; es, acaso,

(*) El presente estudio está constituido por la versión taquigráfica de un cursillo colectivo dictado en la Universidad de Montevideo, de divulgación de las instituciones inglesas.

una de las justicias más caras del mundo; peca de un desesperante centralismo que hace converger hacia Londres la gran parte de los conflictos judiciales del Reino y que obliga, todavía, a mantener jueces peregrinos que, como en plena Edad Media, recorren las ciudades y villas en procura de justiciables; es la organización judicial más reducida del planeta, a tal punto, que el orden civil se halla servido, inverosímilmente, por sólo cien jueces, manteniéndose la proporción en el orden penal (siendo todavía de advertir, para comprender este inexplicable fenómeno, que Alemania tenía, antes de la guerra, seis mil jueces, y Francia casi cuatro mil); no es tampoco una justicia culta, ya que sus fallos no han señalado nunca caminos al derecho, fuera de Inglaterra o de los Estados Unidos; aun para las magistraturas más encumbradas, no es indispensable la condición de abogado. Y así podría continuarse largamente.

Es que en esta cosa ejemplar, maravillosa y extraña que es la gran comunidad británica, la justicia es también ejemplar, maravillosa y extraña.

2. *Finalidad de este estudio.*

La finalidad de este breve cursillo es de comparación y no de exposición. Se trata, simplemente, de señalar las diferentes directivas del derecho judicial inglés en sus contrastes con las directivas que han inspirado la justicia que proviene de la colonización española y que rige en nuestro país.

Se procura, asimismo, señalar de qué modo verdaderamente admirable la justicia inglesa es la ciudadela de las libertades de todo el pueblo y cómo sobre ella, puede constituirse un vasto sistema de respeto del hombre y de su individualidad.

Para tal fin veremos solamente tres temas principales. El primero, el juez inglés; el segundo, el "common law"; el tercero, el sentido político de la justicia inglesa.

CAPÍTULO I EL JUEZ INGLÉS

3. *La elección del juez.*

El problema del juez consiste en elegir un hombre a quien ha de asignarse la misión casi divina de juzgar a sus semejantes, sin poder abdicar de sus pasiones, de sus dolores y de sus impulsos de hombre. Ser al mismo tiempo juez y hombre constituye un dilema dramático; como decía finalmente el canciller D'Aguesseau, lo prodigioso del juez es que lo puede todo para la justicia y no puede nada para sí mismo.

La elección del juez constituye ya de por sí una cosa sutil y delicada. Pero además de la elección existe un problema de investidura, consistente en saber cuál es el cúmulo de poderes que la sociedad ha de depositar en ese hombre que, sin dejar de ser tal, ha de tener el privilegio de decidir la suerte de sus semejantes.

Contemplemos, pues, las dos caras de esta medalla. Lo que significa la elección del juez en sí misma y lo que significa investirlo de sus atributos.

4. *La solución inglesa.*

La elección del juez inglés no tiene parangón ni semejanza en el mundo.

¿En qué consiste la diferencia esencial? Simplemente en

esto: en todas partes del mundo la judicatura es una alternativa de la juventud; en Inglaterra es un privilegio que da la vida. Para nosotros, ser o no ser juez es cosa que se halla en la vocación de la juventud y en las posibilidades de hacer nuestro propio destino; en Inglaterra ser juez es solamente la conjunción de un cúmulo de circunstancias que están más allá de los propósitos y de las aspiraciones individuales.

Esta solución es una de esas cosas realmente prodigiosas que se explican solamente en Inglaterra y que no han podido jamás implantarse fuera de ella. Y siendo algo así como la llave de paso de todo el sistema, es menester examinarla con algún detenimiento.

La solución inglesa se resuelve en tres puntos esenciales: el primero, es el de que los jueces no se eligen entre los principiantes sino entre los abogados que han triunfado en el ejercicio de su profesión; el segundo, es que no existe en Inglaterra carrera administrativa; el tercero, es que disfrutaban de las remuneraciones más altas del mundo.

Como esta fórmula es poco menos que inverosímil, resulta indispensable detener la reflexión sobre ella antes de pasar adelante.

5. *Magistratura y política.*

Es menester anticipar que en la elección se encuentran excluidas las razones de carácter político que pudieran interferir. Donde en la elección del juez pueda tener un predominio directo algún poder del Estado de carácter esencial o primordialmente político, la justicia se encuentra gravemente comprometida. Acaso una de las más felices fórmulas que hayan contribuído a dar a la justicia de nuestro país su gran acento de dignidad y de independencia, sea,

precisamente, ésta de que los jueces son designados por la Suprema Corte de Justicia, con abstracción, poco menos que absoluta, de los poderes movidos por razones de orden electoral.

Pero además de esta especie de inmunidad política, el elegir juez entre los abogados de mayor experiencia y éxito profesional constituye todo un hallazgo. Sólo quien haya sido abogado puede comprender lo que significa esta profesión como conocimiento profundo de la vida, como constante penetración en los reductos más escondidos del alma humana, como manejo de los hombres mediante la influencia persuasiva de la razón y el convencimiento.

La elección del juez inglés constituye algo así como la coronación de una vida triunfal, ya que depara al hombre uno de los más altos honores que puede ofrecerle su país y, en muchos casos, un título nobiliario inherente a la propia función.

Los tres grados más altos de la justicia inglesa, el Lord Canciller, el Lord Justicia Jefe y el Master of the Rolls, se disciernen por el primer ministro el que, frecuentemente, los elige entre los abogados de más alta significación de su partido político. Pero la incorporación a la magistratura supone la más absoluta abstención posterior. Y esto, aun sin ley que lo establezca porque la "Judicature Act" de 1873, sobre este punto hizo apenas una vaga y respetuosa referencia a la tradición anterior, que era, sin duda, de la más absoluta prescindencia. Los restantes cargos son provistos por el Gobierno a propuesta del Lord Canciller, el que no tiene en consideración, para hacer esas proposiciones, otra cosa que no sea, como dice nuestro texto clásico, los talentos y las virtudes de cada hombre.

6. *La independencia moral del juez.*

Una vez elegido el juez, es necesario crearle el ámbito indispensable para el ejercicio de su función. Es menester asegurarle, en la más absoluta independencia moral, una atmósfera de dignidad, de sereno recogimiento, de pacífica visión de la vida circundante.

Para tal fin, el sistema inglés ha procurado la solución contraria a la de todos los sistemas continentales.

En lugar de establecer la carrera administrativa, que de una manera u otra constituye la satisfacción de las ansias naturales de progreso de todo individuo, en la justicia inglesa el magistrado nada tiene que aspirar. Su ministerio no es un punto de partida ni un instante de tránsito, sino un punto de llegada. Y al encontrarse en él, lo que corresponde no es esperar nuevas prebendas sino, simplemente, gozar de la dignidad que es atributo propio de su desempeño. Ni siquiera la jubilación es obligatoria en este régimen, aunque en algunos casos constituye una situación económicamente apetecible.

Es una cosa sutil y profunda lo que este estado de cosas puede significar, en su honda dimensión de serenidad de vida, de ecuanimidad, de independencia moral. El juez sin ansias personales sólo es servidor de la justicia. Para él no hay causas grandes ni pequeñas, trascendentes o intrascendentes, brillantes u oscuras, porque en todas ellas es la justicia misma la que se encuentra en juego. El juez que mira a sus asuntos como verdaderos casos de justicia, sabe bien, como se decía en la parábola de un libro reciente, que la injusticia es un veneno que mata aun cuando se suministre en dosis homeopáticas.

7. *La independencia económica del juez.*

Pero todo esto sería ilusorio si la vida privada excesivamente humilde colocara al juez por debajo de sus conciudadanos; si el bienestar moral y la placidez del espíritu no estuvieran equilibrados con un cierto bienestar de carácter material que permita que las dignidades corran parejas con la satisfacción de ese mínimo de aspiraciones de orden material, que todo hombre encuentra en la base misma de su vida privada y familiar.

Y es que acaso el milagro de la justicia inglesa no sería tan milagroso, valga el pleonismo, si antes de seguir adelante se hiciera una leve alusión a la forma cómo son remunerados los magistrados dentro de este sistema.

Tomaré de un tratadista inglés de antes de la guerra, las cifras de remuneración de los magistrados en los últimos años. El Lord Canciller tiene una remuneración de 10.000 libras anuales, que significa, al cambio dirigido del día en que son dichas estas palabras, una remuneración de \$ 6.300 mensuales en moneda uruguaya. El Master of the Rolls percibe 6.000 libras, lo que significa aproximadamente \$ 4.000 mensuales. Un juez de primera instancia percibe 5.000 libras, es decir, \$ 3.200 mensuales. El juez de un Country Court, que entiende en asuntos promediariamente menores de 300 libras y que es el equivalente de nuestros jueces de paz, gana aproximadamente \$ 1.200 de nuestra moneda. Este juez gana mucho más que el primer Presidente de la Corte de Casación de Francia; más que el Presidente del Reichsgericht alemán de Leipzig; \$ 200 más que el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país.

Pero estas cifras no bastan. Los salarios de los jueces se pagan con los fondos consolidados del Parlamento, sin intervención directa del Gobierno, a fin de asegurarles la más ab-

solita independencia. Y esto es así porque, como enseñaba Story, un poder sobre la fortuna significa algo así como un poder sobre la conciencia.

8. *La autoridad del juez.*

La independencia del juez es el secreto de su dignidad; pero la autoridad de que se le reviste es como la clave de su eficacia. Según un aforismo clásico, los jueces sin autoridad son fantoches en manos de las partes. Pero en un sentido opuesto, no es menos cierto que los jueces con excesiva autoridad son déspotas de la justicia.

A esta altura de las cosas, el problema agudísimo no consiste ya en encontrar los hombres. Éstos, al fin y al cabo, andan por la calle y una buena linterna de Diógenes permitirá encontrarlos, tal como Inglaterra los ha podido hallar. Pero después de hallado el juez, es indispensable darle el mando y la autoridad, es decir, los atributos mismos de su investidura y la medida exacta de sus posibilidades materiales de realización.

El problema consiste entonces en hallar el equilibrio entre dos cosas casi sagradas: la libertad y la autoridad; entre el individuo y el poder.

Sobre este problema, la solución perfecta no ha sido hallada todavía. Dos sistemas principales se disputan el campo. En uno, la libertad individual es soberana. Así, por ejemplo, en el sistema español que pasó primero a sus colonias y desde allí hasta nuestros días, los justiciables están amparados como por una ciudadela contra el error o el exceso del juez, Apoyado en un finísimo sentido liberal, este proceso es el proceso del recelo y de la desconfianza en el juez. El magistrado es recusable aun sin causa en muchos países; todas sus decisiones, aun de ínfima importancia, admiten apela-

ción; si la apelación se deniega, se puede acudir a la queja; si el juez no contiene su actividad cuando es indispensable, existen recursos de innovación o de atentado; y todavía si algún exceso hubiere, el juez es objeto de acusación o responsabilidad. En cambio en el otro sistema, la autoridad es suprema. Así en los procesos anglo-sajones y especialmente en el inglés, la fe en el juez es la base y el fundamento de la justicia. Ésta es soberana y los justiciables están sometidos a ella en la misma relación de dependencia y subordinación en que se encuentran los súbditos frente a un poder Público de acento totalitario. Como lo define precisamente Hauriou, no se trata de un relación horizontal de igualdad, sino una relación vertical de autoridad.

Los dos sistemas tienen sus riesgos evidentes; el primero desnaturaliza la justicia; el segundo aniquila la libertad.

9. *Publicidad de la justicia.*

También en este punto el sistema inglés es un modelo de prudencia, de equilibrio y de fino sentido de las cosas.

Sus bases podrían hallarse en estas tres soluciones particulares: justicia oral y pública, dirección del proceso a cargo del juez, inapelabilidad de las interlocutorias.

La justicia oral y pública consiste en poder realizar de viva voz este alto menester de decidir la suerte de los conciudadanos.

Las ventajas de la publicidad no pueden ser puestas en duda. Cada tanto tiempo, cuando se debaten estas cosas, se repite el famoso aforismo de Mirabeau: no le temo a los jueces, ni a los más abyectos, ni a los más depravados, ni a mis mismos enemigos, si es que su justicia deben hacerla en presencia del pueblo. Todos sabemos bien que el pueblo es el juez de los jueces.

El pueblo inglés no concibe la justicia si no es con publicidad. La prensa, en sus famosos relatos de procesos, contribuye a acentuar esta inmanente fiscalización de la obra de la justicia mediante la opinión pública. La Cámara Estrellada, famosa por su impopularidad, intentó en determinado momento hacer justicia secreta, lo que, a mayor abundamiento, acrecentó su desprestigio. Las leyes de 1908 y 1922 consagraron la publicidad aun ante casos de delitos de incesto y normalmente no existen para esta solución de justicia pública y hecha a la luz del día, más excepciones que las que consisten en recibir en audiencia privada el testimonio de los niños en casos que afectan su decoro, el secreto industrial en materia de patentes y los asuntos en que están comprometidas reservas de Estado.

10. *La dirección del proceso.*

En cuanto a la dirección del proceso por obra del juez, habría necesidad de hacer frecuentes referencias a lo que será tema de la próxima conversación, y en especial a las vigorosas directivas que en este aspecto han señalado las "New Procedure Rules" de 1937 y la "Evidence Act" de 1938.

El derecho inglés opera en este punto sobre la base de un extraño desdoblamiento que es desconocido en nuestro proceso civil. Ante la Alta Corte, que constituye, diríamos, la base misma de la justicia, actúan, por un lado el *Master*, que es el director práctico de la justicia, y el *Judge*, que es el verdadero magistrado con poder de decisión. Uno es la enciclopedia viviente del derecho, que deja dirimida, rápida y sumariamente, todas las cuestiones preliminares y accesorias. El otro es el gran rector del proceso, el que dice la última palabra y decide definitivamente la suerte del caso. Además, *Master* y *Judge* están subordinados, en última ins-

tancia, para los puntos de hecho, a la decisión del jurado que sigue siendo en Inglaterra la representación del pueblo.

Dentro de esta estructura, la dirección general del proceso la tiene el magistrado. Las partes tienen sólo la iniciativa. El juez normalmente respeta la actividad de las partes y permite llevar adelante lo que ellas crean conveniente para la defensa de su derecho, con tal que no perturben la marcha regular del asunto o no deriven en lo que se llama ya tradicionalmente "Contempt of Court", el menosprecio del tribunal y de la justicia misma, verdaderas figuras típicas del desacato civil.

Para quien contemple estas cosas en su hondo sentido político, no deja de ser muy significativo que esta fórmula tan particular de la justicia inglesa, haya pasado en las reformas más recientes, a los procesos continentales, tal como ha sucedido con el decreto-ley francés de 1935 y el Código de Procedimiento italiano de 1940.

II. *La inapelabilidad de las interlocutorias.*

Por lo que se refiere a la inapelabilidad de las interlocutorias, cabe advertir que aun siendo un pequeño recurso de carácter técnico, va comprendido en la esencia misma de la autoridad del juez. Si el magistrado tiene que contemplar a cada momento que sus decisiones puedan ser apeladas y revisadas por un superior, es natural que actúe con excesiva cautela y en ciertos casos con verdadera pusilanimidad. Desde hace más de medio siglo, la doctrina de los países latinos viene pugnando por la inapelabilidad de las interlocutorias. Es la famosa doctrina del Código austríaco que preconizó Chiovenda para los países de formación romana y que todavía no ha podido lograr una completa consagración.

En el proceso inglés se da la curiosa antinomia de que las sentencias definitivas, hasta 1934, llegaron a admitir hasta cuatro instancias, y esto aun en casos en que la sentencia de primera, de segunda y aun de tercera, fueran confirmatorias unas de otras. Hoy esta multiplicación de instancias se halla algo disminuída. Pero tradicionalmente, antes y hoy, las interlocutorias, las pequeñas decisiones inherentes al trámite, son irrecurribles. "De minimis non curat pretor". La admisión de un documento, la declaración de un testigo, un problema sobre competencia del magistrado, no constituyen jamás un drama para el juez inglés. En el proceso inglés una cuestión de esa naturaleza dura apenas escasos minutos. El juez la decide con carácter irrevocable en el convencimiento absoluto de que en sus decisiones, concediendo o negando tal medida, va comprometido el prestigio mismo de la justicia que inviste.

12. *La justicia como realización humana.*

Si hubiera necesidad de extraer conclusiones de todo cuanto va dicho, podría recordarse que las formas de la justicia son tan sólo la corteza o la envoltura del derecho. Rota esa corteza, hallamos solamente hombres, cosas y profundos anhelos de vida. La justicia no es sólo un continente; por su interior corre la vida humana, entrañable y dramática, como que en ella se va decidiendo a cada instante el destino mismo del hombre.

Para saber lo que vale la justicia es necesario entonces saber lo que vale el juez, en su íntima dimensión humana, en el sistema en que vive; si el hombre es libre en el mundo que lo rodea, la justicia está salvada; si no lo es, la justicia está irreparablemente perdida.

El día que los jueces tienen miedo, ni un solo ciudadano

puede reposar tranquilo. El juez, en su patética condición de hombre que todo lo puede para la justicia y nada puede para sí mismo, es el secreto de nuestra paz interior. Lo decía con palabras de metal el texto del rey visigodo: "la salud
 ' ' ' '
 ier derecho, y mantenerlo".

CAPÍTULO II

EL "COMMON LAW"

13. *El destino del "common law".*

No mucho antes de los penosos días de 1939, el profesor John Wigmore, de la Northwestern University, señalaba en un lúcido documento, la guerra silenciosa e invisible que, por aquel entonces, se advertía en el reino del derecho.

"Si a alguien le fuera permitido —decía— subir a la estratósfera y desde allí dirigir sus miradas hasta nuestro globo en movimiento, vería numerosos sistemas jurídicos repartidos sobre la superficie de la tierra, como las unidades de diversos ejércitos en presencia. Los podría distinguir con el color de sus uniformes: verde para el sistema jurídico mahometano; azul para el inglés; rojo para el sistema legal de origen romano; amarillo para el chino; blanco para el budista, y sin contar algunos más. Algunas de estas unidades están en reposo, otras en evolución, otras en pleno combate. Hay, evidentemente, una batalla que se desenvuelve en muchas partes del globo. ¿Y cuál es el porvenir de las fuerzas del "common law" en esta empresa?"

Si recogemos la pregunta y tenemos la precaución de advertir que esos ejércitos en lucha eran apenas una metáfora en comparación con los angustiosos sucesos que ha-

brian de ocurrir poco tiempo después, en idéntico sentido de lucha por el derecho, sentimos necesidad de pedir cierta pausa antes de contestar. Porque el "common law" no es un sistema jurídico más o menos feliz que los restantes. Él es la historia viva del derecho en los pueblos de cultura anglo-sajona. Aparece en ellos como una floración de carácter social y político surgida de la tierra misma, con una vida tan larga como su propia vida, y con una expansión extraordinaria en el siglo XVI, cuando los conquistadores la llevan a América y a sus posesiones.

Nunca se tendrá una idea precisa de la significación de este sistema y de su vastedad en el mundo presente, si no se procura antes contemplar un mapa. Se rigen por este sistema judicial, de trescientos a cuatrocientos millones de seres del vasto Imperio Británico. Algo así como la cuarta parte del planeta. Hasta la Cámara de los Lores, como tribunal supremo de este sistema, en algunos casos y ante el Privy Council en otros, llegan en las más diversas lenguas y en las más diversas costumbres, conflictos de todas partes del mundo. Esa Cámara aplica el derecho musulmán y el hindú en las apelaciones que llegan de la India; el derecho francés que viene del Quebec o de la Isla Maurice; el derecho holandés que viene de Ceylan y el derecho español de la Isla Trinidad.

Más que un sistema, el "common law" es, para decirlo en pocas palabras, una forma viva del derecho, asegurada por una larga proyección histórica y por un inmenso alcance territorial.

14. *"Common law" y derecho civil.*

La pregunta de Wigmore acerca de cuál es el destino que la historia reserva al "common law", no puede, pues,

dejar de estar subordinada a la respuesta que se dé a la otra magna pregunta de saber cuál es el destino que la historia reserva a Inglaterra y a los estados cuya formación histórica ella propiciara.

Por el momento la antítesis está planteada entre el derecho de origen románico, o lo que los ingleses llaman, por por familiaridad de expresión, "el sistema del derecho civil", y el "common law".

Ambas formas constituyen una antítesis. Y esto es así, porque no hay más que dos formas de recorrer los caminos de la vida. Una, trazando previamente el derrotero sobre el mapa y recorriéndolo después en línea recta, siguiendo los principios, aun a costa de los mayores sacrificios. Otra es no trazar caminos, sino echarse a andar por la vida, sorteando las necesidades a medida que nos acometen. Si se alza ante nosotros una montaña, la bordeamos; si nos detiene un río, nos desviamos hasta el próximo paso; subimos las colinas o descendemos a los valles a medida de las necesidades de la marcha.

Lo primero fué lo que hizo Roma; lo segundo fué lo que hizo Inglaterra. Los ingleses dicen que el derecho civil es la vía recta de las legiones romanas y que el "common law" es la humilde senda del peregrino.

Todo autor, máxime si no es inglés, que se proponga explicar lo que es el "common law", sufre una natural perplejidad.

Se trata de un fenómeno tan complejo, tan excepcionalmente vinculado a los hechos históricos, que los conceptos fundamentales de la exposición se escurren de entre los dedos como si fueran granos de arena. Además, si fuera posible explicar en pocas palabras en qué consiste este fenómeno, siempre ocurriría que la versión sería incompleta, porque el "common law" no es una forma de derecho cris-

talizado, ya realizado de antemano, sino un derecho vivo en forma inorgánica, casi diríamos protoplasmática, que cambia momento a momento al compás de las necesidades y que fluye con la misma naturalidad que la vida por entre los hombres y las cosas.

Para explicar el sistema no basta, en consecuencia, decir en qué consiste. Hay que añadirle algo actual y viviente, que es la forma en que se aplica y la organización o estructura que lo aplica.

Siempre será poca la indulgencia que pidamos al tocar este tema. Pero como de algún modo hay que abordarlo, trataremos de resumir lo esencial en torno a unas pocas cuestiones que constituyen su base misma. La primera, es la exposición de lo que significa el "common law" como sistema jurídico; la segunda, consiste en dar una idea de la organización judicial inglesa, y la tercera, en señalar en brevísimos trazos las formas esenciales de los procedimientos ingleses ante la Justicia.

15. *Espíritu y técnica del "common law".*

Quien quiera saber lo que es el "common law" tiene que tomar como elemento de observación, una sentencia expedida por jueces ingleses.

Esa sentencia no es, normalmente, lo que se llama una gran pieza jurídica. Acaso es todo lo contrario. Más bien constituye una pequeña obra del buen sentido. Más que un documento político y técnico decretado por el Estado, parece más bien el consejo de un buen padre, sentado en la cabecera de una mesa poblada de abundantes hijos.

Tomemos, a los solos fines de la demostración, un ejemplo reciente. Un corresponsal del "New York Times" considera que un funcionario militar inglés ha hecho un

elogio desmesurado de los planes técnicos alemanes y del poder del soldado alemán para la lucha. El corresponsal califica de *nazi* al autor del comentario. El ofendido acude al tribunal. Este examina juiciosamente el caso y admite que calificar de nazi a un militar inglés es una grave ofensa que necesita una reparación. Pero acto continuo entra a considerar que si todo el pueblo inglés y sus oficiales pensarán de la misma manera que el querellado, el ejército alemán tendría muchas más probabilidades de triunfo y el señor Hitler contaría en Inglaterra, para su hora decisiva del ataque, con una cantidad demasiado numerosa de adeptos. Sin embargo, como la condena es procedente, porque la calificación de nazi es injuriosa, el tribunal acude a una antigua tradición de las Cortes inglesas y decide fijar la indemnización, de manera simbólica, en "one farthing", un cuarto de penique. Evidentemente, el buen padre sentado a la cabecera de la mesa no habría hecho, para poner orden entre sus abundantes hijos, otro tipo de sentencia ni de justicia que ésta.

Y, sin embargo, si analizamos minuciosamente este tipo especial de resolución, llegamos a comprender que ella constituye la llave del Reino. Por pequeñas piezas del buen sentido de esta índole, es que Inglaterra se ha sostenido y señalado derroteros a la civilización. Bentham satirizaba el sistema diciendo que Inglaterra había realizado el derecho tal como cualquiera de nosotros lo haría para con su perro: esperando que cometiera la falta y castigándolo después a nuestro antojo. Pero lo cierto es que el sistema rige hoy más fuerte que nunca y sus progresos crecen día por día. Porque la verdad es que la proyección o consecuencias futuras de esa sentencia, sencilla, empírica y sensata, son todo el eje del sistema.

16. *Comparación con el derecho civil.*

Nadie podrá comprender el valor de este fallo en su inesperada significación, si no añade la preocupación de compararlo con el valor que tendría en otras fórmulas legales.

Una sencilla comparación resulta aquí vivamente ilustrativa. Podemos preguntarnos, por ejemplo, qué es lo que ocurriría con esa misma situación en el sistema del derecho civil y en el sistema del "common law".

Así, por ejemplo, si tratamos de pensar qué es lo que sucede si un juez nuestro, uruguayo, dicta esa sentencia, advertimos algo de significación muy restringida. La sentencia habría decidido, en el caso en cuestión, que calificar de nazi a un militar es una injuria; pero si mañana alguien volviera a llamar nazi a un militar, el nuevo juez llamado a conocer en la querrela podría decidir lo contrario de su colega anterior y sostener que esa acusación no es injuriosa.

Si el caso fuera decidido por un juez francés, el fallo podría llegar hasta la Corte de Casación. La Corte dictaría un pronunciamiento que no es legalmente obligatorio para el futuro; pero que es moral o intelectualmente obligatorio para los jueces inferiores. Hace así lo que se llama habitualmente "adoctrinamiento persuasivo".

Pero decidido por un juez inglés, es lo que se llama "leading case". Presentada mañana la misma situación, ante el mismo tribunal o ante tribunales inferiores a él, debe resolverse de la misma manera. El juez que hoy decidió que llamar nazi era injuria, no sólo decidió este caso sino los miles de casos futuros, aun aquellos que se puedan presentar en los tiempos en que de esa organización no quede ni la triste memoria.

Pero entonces cabe preguntar: ¿es posible que esto sea un sistema?

Y contestamos: no sólo es posible, sino que es la pura verdad. "El "common law" y el derecho civil —dice Lord Mac Millian en un famoso escrito—, son los dos más grandes productos que la inteligencia humana haya jamás concebido". El sistema del derecho civil reposa sobre la base de que todas las relaciones humanas pueden ser reducidas a principios y normas generales. El "common law" se apoya en la natural desconfianza del espíritu inglés a anticiparse a las cosas y a resolverlas antes de que se presenten. "A cada día le alcanza su pena", dice el refrán. Es exactamente, la senda del peregrino.

17. *Precedentes y principios.*

Sin salir todavía de la estructura, podríamos preguntarnos: ¿pero es posible que un detalle de tan escasa significación pueda tener trascendencia alguna para la justicia? ¿No da lo mismo tener los principios regulados en un código civil de 2.400 artículos que en un repertorio de 240 tomos? Todo consistiría en un asunto de clasificación y de experiencia en el manejo. En lugar de los cinco artículos del Código Napoleón que regulan la responsabilidad civil, habrá que tomarse la fatiga de investigar cinco mil precedentes recogidos a través de sus *authorities*; desde el daño causado por el caballo del noble medieval que se desboca y mata un niño, hasta el daño del avión que se desploma sobre una casa y mata al niño que en ella duerme. No han de ser los ingleses, a quienes nadie desconoce el sentido práctico, quienes carezcan de repertorios y de claves perfectas para manejar la casuística. Hallar un caso precedente debe ser para ellos tan fácil como para nosotros encontrar un artículo de la ley.

Pero esto es sólo la corteza de las cosas. También aquí hay que fracturar la superficie y buscar el contenido. Y

el contenido es el siguiente. Hace 1400 años, en Constantinopla, dos sencillos jurisconsultos, que se llamaban Teófilo y Doroteo, escribieron un volumen no muy extenso, que se llamó las "Institutas" y que fué promulgado por el Emperador Justiniano. Desde ese día ese fué *el derecho*. En nombre de ese derecho gobernó Roma a sus colonias; lo recogió Alfonso El Sabio en el siglo XIII; lo acogió Napoleón en el siglo XIX en forma tan perfecta, que Sthendal gustaba decir que era placer suyo leer con frecuencia ese libro para ejercitarse en la precisión y exactitud del estilo; fué recogido por Alemania en el siglo XIX; fué recogido por Suiza a comienzos del siglo XX. Y como si fuera dado el milagro de que el río regresara a sus fuentes, esa forma jurídica vuelve a Constantinopla al ser acogida por Turquía hace muy pocos años con la adopción del Código Civil suizo.

18. *Justicia y autoridad.*

Cuando se trata de mirar detenidamente este sistema, se advierte que la ley, el Código Civil, ese modelo de precisión y de sabiduría, es, ante todo, un acto de autoridad. Son la fuerza, el imperio y el poder, los que imponen el derecho a los súbditos. La ley viene desde arriba y los de abajo la aceptan o sucumben.

Inglaterra nunca cedió a las seducciones de este sistema. Hoy, como hace 1400 años, la parte fundamental del derecho privado es la que hacen día a día, pacientemente, los jueces del Reino. Por encima del juez no hay nadie. El es quien, en Inglaterra, hace el derecho: "judge made law".

Pero el derecho caso por caso, privado de la precisión y de la seguridad que depara el derecho civil, constituiría

un sistema poco menos que insensato si no tuviera una buena maquinaria judicial, puesta a su servicio.

Acaso el prestigio del sistema inglés no sea tanto el que le corresponde como derecho sustancial, es decir, como derecho de fondo, sino el que le incumbe como fruto de una organización judicial particular. Lo que es curioso destacar en este caso, es que la maquinaria judicial inglesa trabaja a la perfección, no ya porque el *sistema* sea perfecto, sino porque *los hombres* pugnan por hacerlo.

Un buen sistema judicial está organizado como un vasto sistema circulatorio, con un gran organismo central, que es normalmente la Suprema Corte, y con un conjunto de ramas derivadas, dispersas por los distintos lugares del país, en una especie de proporcionalidad jerárquica descendente. Pero ninguna de estas cosas se da en Inglaterra. Ni la Corte ejerce el gobierno, ni hay un juez en cada lugar, ni existe proporcionalidad.

Este sistema se rige actualmente por tres leyes: la *Judicature Act* de 1893, la *Judicature Act* de 1895 y la *Criminal Appeal Act* de 1907.

Veamos sumariamente en qué consiste la organización judicial que aplica y da vida al "common law".

19. *La organización de la justicia inglesa.*

Como tribunal de máxima significación aparece en primer término la *Cámara de los Lores*.

Es evidente, aquí, la interferencia entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial. La Cámara de los Lores tiene una composición rudimentaria. Montesquieu, que se inspiró en ella para construir su famoso sistema de la división de poderes, la llamaba curiosamente "el Poder Ejecutivo en cuanto concierne al derecho civil".

La Cámara de los Lores tiene su competencia de primer grado, en asuntos que le son propios; tiene las apelaciones de lo civil y criminal y le incumbe cierta forma especial de casación en el orden penal.

En este sistema tosco y rudimentario, son, como se comprende, muy numerosos los problemas. La Cámara de los Lores, como órgano de justicia, lucha denodadamente entre la tradición y las exigencias actuales. Luego de un largo y azaroso proceso histórico, los ingleses se decidieron a dar predominio a las exigencias actuales abandonando la tradición. Y para hacerlo acometieron su famosa reforma de 1934, la única que con carácter orgánico ha soportado la Cámara de los Lores. Pero cuando el lector desprevenido quiere investigar objetivamente en qué consiste esta reforma y acude a la ley que la consagra, se encuentra con un artículo inicial solemne y desconcertante. Ante la avalancha del tiempo presente que amenaza llevarse por delante la tradición del viejo cuerpo, la reforma empieza por consagrar un principio inverosímil: "The appeal must be printed on parchment". La apelación debe ser impresa en pergamino.

Por debajo de la Cámara de los Lores, y constituyendo la plataforma de todo el sistema judicial, se halla la *Supreme Court of Judicature*. Se halla integrada por tres grandes ramas, las que, a su vez, admiten subdivisiones. Esas tres ramas son la *Court of Criminal Appeal*; la *Court of Appeal* (civil); y la *High Court of Justice*.

Esta última está integrada por 28 miembros divididos en tres secciones principales: la Sección de Cancillería, integrada por 6 miembros; la King's Bench Division, integrada por 8 jueces y la Sección de Divorcios, Testamentos y Almirantazgo.

La Alta Corte de Justicia es, a pesar de la antinomia, el tribunal de primera instancia que entiende en los asuntos superiores a 300 libras y ante ella quedan dirimidos, por un extraño fenómeno procesal, del que habrá de hablarse más adelante, más del 90 % de los asuntos nacidos en las islas.

Por debajo de la Alta Corte de Justicia se encuentran las *Cortes de Condado*, tribunales menores, del orden civil, de exigua significación, que sólo entienden en daños y perjuicios inferiores a 100 libras o en materia de equidad inferior a 500 libras, en accidentes de trabajo, en cobro de asuntos marítimos de limitada cantidad, etc.

Y por debajo aun de las Cortes de Condado, en una magistratura de orden criminal, organizada con un sentido patriarcal y familiar, se encuentran los *Jueces de Paz*. Son hombres y mujeres, organizados en forma de "Quarter Sessions", para el orden criminal (con o sin jurados) y de *Assises*, sin necesidad de título alguno, con carácter honorario y adquirido por un nombramiento de carácter amovible que emana directamente de la Corona. Son numerosísimos (en la actualidad llegan a 20.000) y su misión, de orden preferentemente policial y correccional, no alcanza al rango de "Juez de Su Majestad".

20. *El jurado y la equidad.*

Esta es, en rápidos trazos, la maquinaria judicial inglesa. Pero no estaría todavía entendida totalmente si no se diera razón de dos instituciones verdaderamente esenciales de este sistema, pero que aquí sólo pueden ser enunciadas: el jurado y la equidad.

El jurado sigue siendo la representación viva y humana del pueblo, elevado a la condición de protagonista de la Justicia. Tiene sus adversarios y se rige aun por leyes in-

creíbles. Para ser jurado se necesita todavía tener determinado sueldo, vivir en casas con determinado número de ventanas, llevar cierto estilo particular de vida. Pero el jurado sigue aun en funciones, como en el tiempo en que los hombres del pueblo se sentaban frente a sus reyes para vigilar su justicia.

Y en cuanto se refiere a la equidad, es algo tan dúctil que apenas puede entenderse sin un examen profundo.

La equidad actúa como una especie de válvula reguladora del derecho estricto. Su aplicación ha evolucionado en los últimos tiempos; pero en términos generales podría definirse diciendo que en ciertos casos en que la regla de derecho estricto resulta notoriamente injusta, puede acudir a su atenuación por la equidad.

“El “common law”, dice un aforismo, sería bárbaro sin la equidad; la equidad sería sencillamente absurda sin el “common law”.

Esta extraña ordenación, imposible de comprender totalmente por un jurista de mentalidad continental, hace del derecho un sistema de dos grados, uno de los cuales está dado para la justicia formal y técnica y otro para los requerimientos del corazón y de las intuiciones. Dentro de este doble ordenamiento, el juez actúa en dos estilos: en sentido jurídico propiamente dicho, o como magistrado de conciencia: “ex debito iustitiae” por un lado; y como “keeper of the King’s conscience”, por otro.

De allí que aquel viejo magistrado confesara que cuando había de decidir un caso muy difícil, llevaba a la Corte un hilo y una aguja. Si no podía enhebrar el hilo en el instante de dictar el fallo, postergaba la decisión. Era que el corazón tenía más latidos que los necesarios para decidir el caso, y no existía en él, el perfecto equilibrio de conciencia que no debe abandonar nunca a un juez inglés.

CAPÍTULO III

EL SENTIDO POLÍTICO DE LA JUSTICIA INGLESA

21. *Justicia y política.*

Justicia y política son palabras que no aman andar juntas por el mundo. De largo tiempo atrás se sabe que si la justicia se ocupa de política, no es plenamente justicia; y si los políticos se preocupan demasiado de la justicia, es porque ven en los jueces a ciertos impasibles y fríos enemigos de sus aspiraciones de conductores de pueblos.

Pero en un sentido más profundo, también justicia es política, porque sin ella ningún ideal político de construcción, de encaminamiento y de acción realizadora, puede considerarse consumado. Ha sido justamente en los últimos tiempos, en que ciertos conductores de pueblos necesitaron una adhesión incondicional de la justicia, porque sin ella sus planes serían desbaratados, que ha surgido la doctrina de que los jueces tienen su parte constructiva en la empresa más vasta de los gobernantes.

Fueron primero los doctrinarios del comunismo ruso, los que demostraron que el Juez no puede aplicar otro derecho como no sea el estado de conciencia comunista, pronto a servir las necesidades y los anhelos de las clases proletarias, de los campesinos y de los obreros. Fué más tarde el dogma nacional-socialista que recordó que también la justicia debe procurar la satisfacción de los ideales de sangre y de raza que constituyen la *Weltanschauung* del pueblo alemán, a través de los deseos de éste interpretados por su "Führer", el canciller y conductor del III Reich. Y fueron, por último,

ciertos doctrinarios del fascismo italiano los que sostuvieron que la justicia está puesta al servicio del poderoso estado totalitario, y que sus procedimientos no pueden ser sino los mismos que han inspirado la empresa de aquel Gobierno, que soñó con restaurar en un orden histórico sucesivo, las bases del Imperio Romano.

22. *La justicia como política de la libertad.*

Pero Inglaterra consideró que justicia era política desde los primeros años de su historia. No ya política de gobierno, sino política de la libertad, del respeto a la condición del hombre, de la autoridad de los jueces para imponer el derecho, y dar cada uno la paz que necesita en el goce de sus bienes y en la seguridad de su honor.

Y esto ha ocurrido de una manera tan especial, que reclama cierta consideración particular para quien desee conocer ese sentido especialísimo que tiene el vocablo "política" al referirse al fenómeno de la justicia inglesa.

Acaso cuanto haya de decirse pueda pecar de excesivamente sutil para quien no conozca a fondo todo lo que la justicia significa en el orden de la libertad individual y del respeto a la intrínseca jerarquía humana. Pero se trata de una comparación tan expresiva que puede, ella sola, explicar mejor que cualquier otro desarrollo el centro mismo de todas estas reflexiones.

Para hacerlo basta intentar un paralelo entre el proceso civil y el proceso penal en la justicia inglesa y en la justicia de nuestros países.

Como idea esencial que necesita ser desenvuelta, puede darse la siguiente: los ingleses conciben el proceso penal,

como nosotros concebimos el proceso civil; y ellos conciben el proceso civil tal como nosotros concebimos el penal.

Es claro que esto constituye una noción exagerada y sólo susceptible de darse en términos muy generales. Pero su fondo es cierto y bastan unas pocas aclaraciones para explicar su sentido de mera orientación.

23. *Política del proceso penal.*

La justicia penal inglesa reposa sobre la base del sistema acusatorio. En el proceso penal británico se halla vivo y siempre presente, el principio de igualdad que para nosotros es típico de la justicia civil. El procesado y su juez, se hallan en el mismo plano; no hay, normalmente, un acusador oficial; los letrados más destacados aparecen en las causas criminales, como acusadores y como defensores; nadie puede ser obligado a contestar a las interrogaciones que le hacen los órganos de la autoridad y su individualidad humana es objeto de la máxima consideración. El que desea voluntariamente declarar, puede hacerlo. Entonces, sus palabras son recogidas cuidadosamente de acuerdo con las llamadas "Reglas de los Jueces", que según Halsbury, no son sino una forma de asegurar al individuo su libertad ante la policía y ante la autoridad; las declaraciones de los presos obtenidas en contra del espíritu de las "Reglas de los Jueces", pueden ser impugnadas como medios de prueba, por el juez en el acto del juicio.

No puede decirse que los países continentales, y por extensión los nuestros que tienen una formación jurídica de raíz española, tengan para estos mismos fenómenos una idea opuesta. Pero no es menos cierto que en el proceso penal, especialmente el de tipo clásico, el individuo sometido

a la justicia siente sobre sí, como una fuerza poderosa que gravita sobre él, el peso de la autoridad.

En la fórmula de nuestros países, la autoridad es soberana, o poco menos, en el proceso penal; el individuo es procesado conforme existe la semi-plena prueba del delito y el juez conduce las investigaciones sin contralor alguno de la parte, hasta que llegue a ésta la oportunidad de la defensa. La autoridad detiene al individuo, lo encarcela, recoge las pruebas en forma poco menos que secreta y recién en el último instante del proceso le da la oportunidad de la defensa. No se trata ya, como decíamos anteriormente, de una relación horizontal de igualdad, sino de una relación vertical de autoridad.

24. *Política del proceso civil.*

Pero aquella situación del individuo, débil en su condición de hombre, frente a la autoridad poco menos que omnipotente, cambia en absoluto en la justicia inglesa, cuando se pasa del proceso penal al proceso civil.

Aquí el hombre lucha *inter pares*; no necesita protección, porque el proceso, en último término, es lucha y en la lucha cada uno se provee de sus mejores armas. Entonces la autoridad ya no tiene que amparar a ningún débil ni inferior, sino que tiene que regir la contienda de dos iguales entre sí. En ese caso puede imponer la fuerza de su autoridad. Allí no duele el poder, porque los combatientes ya se han pertrechado previamente. Entonces, la justicia inglesa cambia su dirección.

El paralelo entre su fórmula y la nuestra, asume, en este punto, nítidas formas diferenciales.

Para nosotros el juez civil es algo así como un tercero indiferente, en cuya independencia y equidistancia de am-

bas partes reside la principal garantía. El proceso civil se desenvuelve sobre la base de un principio de neutralidad del juez, cuya neutralidad se manifiesta a través de su absoluta parsimonia para oír las alegaciones, para recibir las pruebas y para proférer su sentencia. Resultaría realmente inexplicable, de no sernos tan familiar, el fenómeno de que en el proceso civil de nuestros países, que puede durar años, nunca se sabe quién tiene razón hasta que no se ha dictado la sentencia definitiva. Y hasta ese entonces, las partes actúan en el más perfecto pie de igualdad: los maliciosos con los inocentes, los temerarios con sus víctimas.

El proceso civil inglés reposa, en cambio, sobre una suposición antagónica. Ni el juez es neutral ni es posible que él deje transcurrir vanamente el tiempo, ni producir pruebas inútiles, ni inventar recursos dilatorios con los cuales en definitiva se perjudica la justicia. El juez es un protagonista activo y diligente, interesado en el conflicto desde el primer momento y no reservado en sus opiniones hasta lo último. El tiene iniciativa y dirime todas las incidencias, no como si fueran pequeñas querellas o discordias entre partes, sino como verdaderos choques entre el individuo y la ley.

25. *Las reformas procesales inglesas.*

El procedimiento clásico que duró hasta 1932 en que fué sancionado el sistema llamado del "New Procedure List", consistía en distinguir, tal como ya lo hemos dicho, entre la función del "Master" y la función del "Judge". El "Master" toma la iniciativa al lado de las partes, desde el primer instante y rechaza por sí solo todo cuanto le parece malicioso y dilatorio, preparando el proceso y dejándolo listo para la instancia definitiva que será la que requerirá la participación del juez. El juez, por su lado, es solamente

árbitro de decisión de aquellos asuntos que han quedado prontos como para pasar a este estado de plenario.

En esta forma, la eliminación de los procesos inútiles, de los maliciosos, de los que pueden dirimirse muy fácilmente mediante acuerdos y transacciones de las partes, llega a cifras realmente inverosímiles. Ciertas estadísticas señalan que en el procedimiento preliminar quedan clausurados, ya sea por avenencia, ya sea por eliminación directa, más de un 90 % de los procesos promovidos. Algunos comentaristas elevan al 95% la cifra de eliminación y uno de ellos, acaso el más prestigioso de los últimos años, el profesor Ball, en un artículo publicado en la *Law Quaterly Review*, asegura que es el 99% de los procesos que en los últimos tiempos quedan en las diligencias preliminares sin llegar al estado del debate plenario.

La reforma de 1932 intentó modificar este procedimiento disminuyendo los poderes y facultades del "Master" para trasladarlas al "Judge" y ampliando en consecuencia las etapas del plenario, para restringir el período preliminar.

Pero esta reforma que, en cierto modo, representaba una reacción contra las viejas formas, fué abandonada por las "New Rules of Procedure", de diciembre de 1937. En esta nueva reforma triunfa el espíritu conservador y se regresa a las antiguas prerrogativas del "Master", a los actos firmes de la investigación preliminar y a la vigorosa depuración previa antes de pasarse al estado de debate plenario. Solamente se mantiene la reforma de 1932 en la abolición de ciertas formas amplias y en la disminución de los casos en los cuales tenía intervención preceptiva el jurado en materia civil. La tradición, en suma, se mantiene con el simple proceso de adaptación requerido por un nuevo estado de cosas al cual Inglaterra no podía ya declararse insensible.

26. *Conclusión.*

Esto es política en el más exquisito y sutil sentido de la palabra. Se trata de hallar, como en la República de Platón, "instituciones tan sabias que inspiren a todos los hombres el deseo de ser virtuosos y tan fuertes que les impidan ser malvados". Así es la justicia inglesa: débil y tolerante, cuando se enfrenta con el individuo indefenso ante su imponente autoridad; fuerte y poderosa cuando se trata de encauzar la lucha individual en paridad de condiciones.

Esta forma tan particular de ser, ha constituido lo que podríamos llamar sin exceso, *el milagro* de esta justicia, el sello de su grandeza. El increíble milagro de que en medio del fragor de una guerra en la que Inglaterra se jugó su destino, su justicia haya continuado imperturbablemente, como lo relata una anécdota de esos días, literalmente entre bombardeos, su misión de defender las libertades inglesas y las de sus propios enemigos.

6. H. F. STONE Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

SUMARIO: 1. Un juez. — 2. Stone en la Suprema Corte. — 3. La muerte de un juez.

H. F. STONE Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS (*)

1. *Un juez.*

Cuando murió Benjamín Cardozo, escribió Harlan Fiske Stone unas breves páginas transidas de emoción, para avivar el recuerdo del magistrado eminente y del más grande filósofo que haya tenido la justicia americana. En ellas afirmaba que en la vida de un juez existe una alquimia secreta que hace que el todo represente bastante más que la suma de las partes; que el juez, en su misión, debe ser al mismo tiempo historiador y profeta; y que no deja de ser una forma particular de heroísmo la de que los jueces, como los soldados, suelen morir en la línea de batalla ⁽¹⁾.

Si pudiera mostrarse de qué manera en la vida del Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, se dieron con singular coincidencia todas esas proposiciones suyas; si pudiéramos mostrar cómo en él el todo humano fué bastante más que la suma de sus partes; de qué manera fué él al

(*) Reconstrucción de la clase dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, el 3 de mayo de 1946, con ocasión de la muerte de Harlan Fiske Stone.

(1) H. F. STONE, *Benjamín Cardozo*, en *Columbia Law Review*, t. 39 (1941), pág. 1.

mismo tiempo historiador y profeta, y de qué modo, dramáticamente, murió en la línea de batalla, nuestro recuerdo tendría para él una conmovedora significación.

Nació Stone, en Chesterfield en 1872. Se graduó en Amherst, en 1894, y adquirió su título de abogado en Columbia en 1898. Comenzó a ejercer la abogacía, pero de inmediato se dedicó al profesorado; pocos años después, en 1905, era profesor en la Universidad de Columbia y en 1910 ya era Decano de la casa. Ejerció ese cargo hasta 1923, en que el Presidente Coolidge lo nombró Procurador General, primero, y más tarde, Juez Asociado de la Suprema Corte. En junio de 1941, Roosevelt lo reclamó para sustituir a Charles Evans Hughes.

Llevó Stone a la Corte la breve experiencia del abogado y la larga experiencia del profesor. El abogado le dió el sentido de la realidad; el profesor le dió el señorío de los principios.

De sus primeros tiempos de combate en la lucha judicial, llevó al alto tribunal la idea de que sólo con energía y tesón se pueden defender las causas justas. Fué su característica la de actuar frecuentemente como disidente. Como Brandeis y como Holmes, estuvo con más frecuencia del lado de los vencidos que del lado de los triunfadores. De sus votos fundados, antes de ser Presidente, 26 fueron concordando con la mayoría y 63 en la disidencia. Pero como Brandeis, como Cardozo y como Holmes, pudo presenciar que con el andar del tiempo sus disidencias habrían de transformarse en completas victorias (2).

(2) BIDDLE, *Harlan Fiske Stone and Charles Evans Hughes*, en *Columbia Law Review*, t. 41 (1941), pág. 1157 y sigtes. Últimamente, en el mismo sentido, BORCHARD, *Chief Justice Stone and the Supreme Court*, by Samuel J. Konefsky, reseña bibliográfica publ. en *Columbia Law Review*, t. 46 (1946), pág. 334.

En nombre de su conjunción de sentido de la realidad y de los principios, Stone había expresado, cierta vez, que los métodos de la enseñanza del derecho eran inadecuados para una sociedad moderna y que la única manera de que los graduados ocuparan en la sociedad el sitio que les correspondía, era abandonar la enseñanza aristocrática del pasado y ponerlos frente a sus responsabilidades de orden social, moral y político ⁽³⁾. Y fué así que su presencia en la Corte no representó otra cosa que el ejercicio de una alta disciplina moral, para hacer frente a las grandes responsabilidades del tiempo en que le tocó actuar. Su pasaje del cargo de Juez Asociado al de Presidente de la Suprema Corte, se ha dicho justamente ⁽⁴⁾, coincidió con la conclusión de una era de crisis y con el advenimiento de una nueva etapa en la historia de la Suprema Corte. Ante la crisis, la más grande crisis de los Estados Unidos, él se colocó en el elenco de los jueces de la "broad construction" y ello se debe a que su seguridad en el manejo de los principios y su rigor metódico en el análisis de los casos, le permitían ver los problemas en su completa dimensión política y moral.

Pero la verdad es que, como juez, Stone fué bastante más que la suma de un abogado y un profesor. El todo tenía nuevas sustancias distintas de la suma de las partes. Algo más que el ardor del abogado y la serenidad de maestro, se hallaba en su acción general. Y acaso lo que él llamara la alquimia de la sustancia humana, estuviera constituido por cierta inclinación natural hacia los grandes problemas de la cultura y hacia las manifestaciones superiores de la vida.

De la misma manera que en la muerte de Cardozo exal-

⁽³⁾ STONE, en *Amherst Law Review*, t. 5, pág. 330; SKOLFIELD, *El Profesor de derecho y la democracia*, trad. *Revista de Derecho*, Concepción, Chile, t. 12, pág. 393.

⁽⁴⁾ BIDDLE, *op. cit.*, pág. 1157.

tó al filósofo, cuando murió Nathan Abbott destacó al finísimo humanista, al culto lector y al delicado artista que en él estaba escondido ⁽⁵⁾. En esa página se revela en su noble comprensión de las necesidades superiores del espíritu y juzga al maestro eminente, no ya por su notable versión de la teoría de los derechos reales, sino también en su acendrada vocación de humanista.

Bien puede decirse, pues, que esta suma de virtudes que él admiraba, estaba en su propia vida y que el elogio que tejiera para los otros habría de ser un día no muy lejano el elogio de su propia personalidad.

2. *Stone en la Suprema Corte.*

Cuando el Presidente Roosevelt llevó a Stone a la Presidencia de la Suprema Corte, luego de 16 años como Juez Asociado, ya era un veterano.

Nunca en la historia de la Corte, ni en los días iniciales, ni en la era de Marshall, había habido tanta tensión de acción dramática en el frente constitucional, como en el angustioso período de 1933-1937 ⁽⁶⁾.

El Presidente Roosevelt había visto estrellarse contra la Suprema Corte sus más audaces iniciativas. Su plan de recuperación nacional había sido vetado en buena parte, al punto de provocar en él reacciones de indignación. Había visto, asimismo, el Presidente, fracasar en el Senado su tentativa de rejuvenecer la Suprema Corte, añadiendo un nuevo Juez Asociado por cada titular que cumpliera 80 años. La opinión pública se apartó en este caso del Presidente y le

⁽⁵⁾ STONE, *Nathan Abbott*, en *Columbia Law Review*, t. 41, pág. 577.

⁽⁶⁾ DOWLING, *The methods of Mr. Justice Stone in constitutional cases*, en *Columbia Law Review*, t. 41, pág. 1160.

atribuyó el designio de "to pack the Supreme Court" (7). Pero en ese entonces, ya la figura de Stone se había recortado con netos perfiles. Nadie dudó que cuando Roosevelt le llevó a la dignidad de Chief Justice, a pesar de formar parte del partido político adverso, era porque había visto en él, al historiador y al profeta.

Dowling (8) ha distinguido cinco etapas en la trayectoria jurídica de Stone.

En una primera etapa, la inmediatamente posterior a su advenimiento a la Corte, su preocupación consiste en emanciparse de las fórmulas y dísticos que se habían venido forjando, a lo largo del tiempo, en la jurisprudencia del Supremo Tribunal. Máximas que venían desde el tiempo de Marshall, como la famosa de que el poder de crear impuestos envuelve el de destruir, fueron refutadas con todo vigor; la frase "afectado a un interés público" fué también rebatida; y con ellas tantas otras del viejo maximario de la Suprema Corte.

En una segunda etapa, se aplica Stone a sostener la doctrina de que en el campo económico la interferencia del poder judicial debe ser mínima y, por principio general, debe ceder a la apreciación legislativa de las situaciones de hecho que han dado origen a la ley. No sin ironía sostuvo su doctrina en más de un caso. A alguien que él felicitara por su pronunciamiento en favor de cierta declaración de constitucionalidad, le respondió que la ley era perfectamente constitucional. . . y perfectamente idiota.

(7) IVANISSEVICH MACHADO, *El concepto popular de la Suprema Corte de los Estados Unidos y su evolución en el último siglo*. Buenos Aires, 1942, pág. 28. FAULKNER-KEPNER-BARTLETT: *Vida del pueblo norteamericano*, pág. 373.

(8) DOWLING, *op. cit.* Esta clasificación coincide, en buena parte, con la de KONEFSKY, aceptada ésta, a su vez, por BORCHARD, *op. cit.*, pág. 335.

En una tercera etapa, desenvuelve la idea de que, en términos generales, debe hacerse confianza en las restricciones políticas normales que prevén los abusos legislativos, adhiriendo así a la actuación judicial. Fué su tesis siempre la de que los principios fundamentales del proceso político e institucional deben ser salvaguardados. La Corte no debe relevar al Parlamento de su plena responsabilidad política. “Desde el punto de vista de la estructura política, dice Dowling, dentro del sistema federal, su decisión en el caso “Federal Trade Commission v. Bunte Bros” (9), constituye una de las más significativas decisiones desde la adopción de las Enmiendas XIV y XV”.

La última etapa de Stone ha sido designada con el significativo título de “advancing beyond the political”. Los más altos asuntos de carácter constitucional reclaman por este tiempo su atención. El viejo liberal se mantiene firme en su puesto. Las ideas que siempre defendiera se mantienen firmes aún en plena tempestad. Cuando en el famoso caso *Minersville School District v. Gobitis*, se puso en tela de juicio la obligatoriedad del saludo a la bandera, Stone llevó la voz disidente en nombre de un siglo de tradiciones liberales. “La Constitución, expresó, es algo más que la convicción del pueblo de que el proceso democrático debe ser preservado. Ella es también una expresión de fe en el sentido de que la libertad de pensamiento y de espíritu deben ser preservados y que el Gobierno debe obedecer en la convicción de que sin ellas ningún gobierno libre podrá existir” (10).

Estas líneas de ideas se fueron distribuyendo, a lo largo

(9) 312 U. S. 349, 355.

(10) 310 U. S. 586, 601. Esta opinión disidente se transformó, pocos años más tarde, en la tesis de la mayoría en *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, en 319 U. S. 624 (1943).

de sus 16 años como Juez Asociado, con cierto orden histórico.

En la primera mitad, sus opiniones se referían principalmente al poder de los Estados y a analizar la legislación reguladora de los intereses económicos y su coordinación. A partir de 1933 no emitía ya opiniones sobre este punto, sino que se dedicó de manera especial al poder impositivo de los Estados y especialmente en el campo de la inmunidad interestadual. En los últimos años anteriores a su presidencia y durante el tiempo posterior a éstos, sus preocupaciones se volcaron hacia las grandes inquietudes de carácter político. Respetuoso de los fueros del parlamento, sostuvo hasta su último día, y esto no es una metáfora, sino una realidad histórica, que su misión no era rectificar los poderes políticos ni atenuar las responsabilidades del Congreso. En cierta ocasión pública, ya sobre la aurora roja de la guerra, proclamó nítidamente cuáles eran los deberes de la Suprema Corte y cuáles los deberes del pueblo. "A los tribunales únicamente les importa, dijo en un acto público, la facultad de legislar, y no la sabiduría de los estatutos. Para hacer que se supriman las leyes carentes de sabiduría, no debe apelarse a los juzgados, sino a las urnas electorales". Otra vez manifestó que "aunque el ejercicio inconstitucional de atribuciones por parte del poder ejecutivo y del legislativo del gobierno pueden contrarrestarse mediante restricciones del poder judicial, el único freno para nuestro ejercicio de las atribuciones del Tribunal Supremo es nuestra propia restricción".

3. *La muerte de un juez.*

"El juez Cardozo, decía Stone, dió su vida en la línea de batalla, como un verdadero soldado de la República" ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ *Columbia Law Review*, t. 49 (1939), pág. 3.

Pero también Harlan Fiske Stone cayó sobre la línea de batalla.

El 22 de abril último, la Suprema Corte de los Estados Unidos, luego de tres semanas de receso, reabría sus sesiones. Stone, dice la crónica, solemne como siempre, presidía la sesión. El juez Rutledge leyó la opinión de la mayoría de la Corte en un breve caso de rutina. Stone, impasible, leyó brevísimamente su voto de disidencia.

De inmediato se pasó a un caso más delicado: ¿puede un hombre que se ha rehusado a empuñar las armas, pero que ha cooperado en las actividades voluntarias de los servicios militares no combatientes, ser admitido a la ciudadanía norteamericana? William O. Douglas leyó la opinión de la mayoría: sí. Stone y dos colegas aparecieron en minoría: no. Harlan Stone leyó nuevamente la opinión vencida. Lo hizo en forma más solemne. Su voz se hizo más clara cuando dijo: "No es función de la Corte desatender la voluntad del Congreso en el ejercicio de sus poderes constitucionales". Leído su voto, se recostó hacia atrás. Se leyó otra opinión. Los jueces atendieron al Presidente. Pudo él reincorporarse y con voz apenas escuchada por las primeras filas pronunció las palabras de ritual: "The case should be stayed . . ." Cinco horas después, fallecía.

La muerte de un gran juez es un episodio algo más grave que la de cualquier otro ciudadano.

A él se le dió en la vida más poderes que a ningún otro hombre en el orden humano. A nadie le fué dado disponer de la libertad, de la propiedad y del honor de los demás, en la larga medida que a él le fué dado, y mucho menos hacerlo en nombre de la justicia que sólo a él le incumbe interpretar. Él pudo decidir sobre todo cuanto le fuera propuesto: dar y

quitar el poder de los gobernantes, juzgar sobre la validez de las leyes y decirle al propio pueblo cuál es su Constitución, porque "la Constitución es lo que los jueces dicen que es".

Pero cuando un juez cae en el ejercicio de tales poderes, a los que ha honrado a lo largo de su vida, no acontece nada trágico ni desesperado. Por el contrario, se recibe una sensación de alivio. Haber tenido el fuego en la mano y no haberse quemado; haber tenido el secreto en los labios y haberlo sellado; haber tenido la tentación en el pecho y no haber sucumbido; haber sido sobrio frente a la concupiscencia, humilde ante la sensualidad del poder, virtuoso ante la grandeza; y morir así, sin desfallecimiento, sin nada que reprocharse, es "virtus moriendi", en el antiguo y profundo sentido de los estoicos.

Ese día ha ocurrido algo grave; pero nada más.

7. INCONSTITUCIONALIDAD POR PRIVACIÓN DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

SUMARIO: 1. La garantía constitucional del debido proceso. — 2. El procedimiento administrativo como debido proceso. — 3. Una ley inconstitucional. — 4. El debido proceso y las ocurrencias de la Administración.

INCONSTITUCIONALIDAD POR PRIVACIÓN DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

1. *La garantía constitucional del debido proceso.*

El art. 12 de la Constitución dice textualmente: "Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal".

Salvo la diferencia de la primera palabra de este artículo, su texto corresponde a la fórmula consagrada en el 136 de la Constitución de 1830 y en el 152 de la Constitución de 1918.

Su antecedente es la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, que dice textualmente: "Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal, ni denegará a persona alguna dentro de su jurisdicción, la igual protección de la ley". Disposiciones semejantes se hallaban, antes de la Constitución de Filadelfia, en las Constituciones de Maryland, Pensylvania y de Massachussets. Y, a su vez, estos textos no son sino la adaptación de las garantías procesales contenidas en la Carta Magna ⁽¹⁾.

(1) MAC ILWAIN, *Due process of law in Magna Carta*, publicado en *Select Essays on Constitutional Law*, Chicago, 1938, t. I, pág. 174;

Como se ve, la garantía del debido proceso es una garantía vinculada a la historia misma de la libertad civil.

Cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos ha tenido necesidad de definir qué es lo que entiende por "due process of law" ha dicho que "se trata de los modos de procedimiento consagrados antes de la emigración de nuestros antepasados que, no siendo inadaptables a su condición civil y política, han continuado aplicándose por ellos después de su establecimiento en nuestro País". Esta garantía Constitucional es, pues, la garantía de la justicia en sí misma, establecida en todas las Constituciones desde los primeros textos que se conocen ⁽²⁾.

Se trata, en resumen, de que nadie puede ser privado de las garantías esenciales que la Constitución establece, mediante un simple procedimiento: ni por un trámite administrativo cualquiera que prive del derecho a defenderse y a disponer de la garantía que constituye el poder judicial para todos los ciudadanos.

Se necesita, no ya *un procedimiento*, sino *un proceso*. El proceso no es un fin sino un medio; pero es el medio insuperable de la justicia misma. Privar de las garantías de la defensa en juicio, equivale, virtualmente, a privar del derecho.

CORWIN, *The doctrine of due process of law before the civil war*, publicado en el mismo volumen, t. I, pág. 203. Ampliamente, para toda esta cuestión, el estudio *Las garantías constitucionales del proceso civil*, publicado en este mismo volumen, págs. 17 y sigtes. El presente "caso" no es sino una aplicación particular de las ideas vertidas en aquel estudio.

⁽²⁾ LAMBERT, *Quatre années d'exercice du contrôle de la Constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des Etats Unis*, en *Mélanges Maurice Hauriou*, pág. 15.

2. *El procedimiento administrativo como debido proceso.*

Admitido cuál es el alcance constitucional del concepto de "forma de proceso" o "proceso debido" es necesario determinar en qué consiste esa garantía.

Lo menos que debe preguntarse quien desee penetrar en el sentido de ese texto es, cuáles son los elementos que constituyen un proceso.

¿Se necesitarán todas las garantías formales del juicio civil ordinario de mayor cuantía?; ¿bastarán las garantías más someras de los procesos ejecutivos y los sumarios?; ¿será suficiente, en cambio, la simple garantía de la defensa ante la administración, con renuncia a las garantías del poder judicial?

Este es un problema extremadamente delicado que conviene analizar con todo tacto.

La primera de las interrogaciones arriba expuestas debe ser contestada en forma negativa. Si se sostuviera que todo conflicto de intereses debe ser dirimido con las garantías del juicio ordinario, se habría proclamado la inconstitucionalidad de todas las leyes procesales que estatuyen juicios ejecutivos y sumarios. Es ésta una "reductio ad absurdum" del principio del debido proceso. Debe contestarse, en consecuencia, que "forma de proceso" es aún aquella que no tenga las garantías del juicio ordinario.

¿Pero un simple procedimiento administrativo sin recurso ante el poder judicial constituye un debido proceso? La Suprema Corte de los Estados Unidos, frente a un texto análogo al nuestro, ha tenido necesidad reiteradamente de determinar en qué consiste la garantía del debido proceso adjetivo a los casos de simple procedimiento seguido ante la administración. Su fórmula ha sido expresada mediante la famosa frase de que el debido proceso adjetivo constituye

dar al demandado la garantía de "su día ante el Tribunal". ("his day in Court").

Esta garantía consiste, sustancialmente, en un emplazamiento ("notice") y en él la posibilidad de ser escuchado ("hearing") por jueces idóneos y responsables. No se exigen fórmulas sacramentales. Pero se exige una razonable oportunidad para hacer valer la defensa, una posibilidad amplia de producir pruebas y la garantía que supone la intervención de los jueces del Estado, con su proverbial respaldo de independencia, de autoridad y de responsabilidad (³).

La Suprema Corte Argentina ha sido fiel a esta interpretación y frente a un texto constitucional análogo ha sostenido la misma tesis de que la garantía del debido proceso está constituida, en lo esencial, por la posibilidad de aducir una defensa, por la posibilidad de producir prueba y por la posibilidad de ser condenado mediante una sentencia emanada de los jueces de la Constitución. Sus fallos son copiosos en esta materia y sus conclusiones más significativas pueden consultarse, debidamente sistematizadas, en el libro de Imaz y Rey, "El Recurso Extraordinario", Buenos Aires, 1943.

Todavía con posterioridad a ese libro, la Suprema Corte Argentina tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema, en el fallo que aparece publicado en "La Ley", t. 32, p. 74 en el cual el voto disidente del Dr. Sagarna constituye una elocuente exposición de la teoría del debido proceso.

3. *Una ley inconstitucional.*

Examinemos ahora a la luz de esta enseñanza el texto de la ley 14 de noviembre de 1944.

(³) WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, t. III, pág. 1709.

El art. 19 de dicha ley dice así:

“Todas las multas que se determinan en la presente ley, se harán efectivas por la Dirección de Ganadería, pudiendo los infractores solicitar reposición y apelación subsidiaria de ellas con expresión fundada de motivos, ante la misma repartición, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la notificación.

- a) Los recursos serán informados por las Inspecciones Veterinarias Regionales y Sección Enfermedades Parasitarias, por su orden, elevándolos a la Dirección de Ganadería para su resolución o para la del Ministerio de Ganadería y Agricultura si hubiere mediado apelación;
- b) Si el infractor no recurriere, deberá abonar la multa en el plazo de quince días a partir de la fecha de su notificación, lo mismo que cuando habiendo apelado se dicte resolución confirmatoria de la multa;
- c) En el caso de que el infractor no hiciera efectivo el pago de la multa en el plazo fijado, la Dirección de Ganadería pasará el expediente al Fiscal Letrado Departamental quien requerirá el pago ante el juez de Primera Instancia, por vía de apremio”.

¿Constituye este trámite una “forma de proceso y sentencia legal”? Corresponde contestar que no; por las siguientes razones:

En primer término, se observa que falta la garantía de la prueba. La ley permite deducir contra la resolución de la Dirección de Ganadería los recursos de reposición y apelación. Pero no permite producir prueba, ni siquiera impugnar mediante tachas o informes periciales contrarios, o mediante una ampliación del sumario administrativo con ingerencia

del interesado, las pruebas producidas por los agentes de la administración.

La ley da a los supuestos infractores, una garantía dialéctica: les permite discutir. Pero no les permite probar el fundamento de sus afirmaciones. Y es sabido, de acuerdo con el aforismo clásico, que “probar es vencer”. El que no prueba sus proposiciones se halla en la posición del que ha faltado a la verdad. Todo el sistema de la prueba, reposa sobre la suposición de que los jueces no tienen por qué creer lo que no se les demuestra ⁽⁴⁾.

En el estudio titulado “Las garantías constitucionales del proceso civil” ⁽⁵⁾, ha sido desenvuelta con toda amplitud la tesis de que la ley que priva del derecho a probar equivale a la ley que priva del derecho a defenderse. Ambas son inconstitucionales, porque el “debido proceso” es aquél que encuentra en la prueba de los hechos, el necesario sostén de las afirmaciones de la defensa.

En segundo término cabe observar que falta la garantía efectiva de la “sentencia legal”. Confirmada la multa se pasan los antecedentes al Agente Fiscal “quien requerirá el pago ante el Juez de Primera Instancia por vía de apremio”. Dentro de este texto, el Fiscal es un cobrador y el juez es un verdugo. El primero, no tiene otra cosa que hacer que promover los procedimientos ejecutorios; el segundo no puede controlar ni la justicia ni la injusticia de la decisión, porque su misión no es juzgar sino rematar bienes.

Esto supone la denegación de la justicia.

El problema que ahora se repite, se ha planteado en todas partes del mundo —y, naturalmente, en nuestro país— multitud de veces. Basta aludir tan sólo dos de los casos más no-

⁽⁴⁾ *Fundamentos*, págs. 100 a 102.

⁽⁵⁾ Especialmente en la pág. 65 del presente volumen.

tables. Uno de ellos es la Ley de Deportación de Indeseables. De acuerdo con ella, la Policía puede detener a un sujeto como indeseable; éste no tiene más recurso que una apelación ante el Consejo de Ministros; si éste confirma el fallo, se expulsa del país al supuesto indeseable. Se planteó judicialmente la inconstitucionalidad de semejante fórmula. La Corte, por mayoría, siguió un dictamen del Fiscal de Corte doctor Furriol, sosteniendo que esa ley era constitucional. Pero al pie de ese dictamen ⁽⁶⁾, el profesor Arcos Ferrand publicó su ya histórica nota "Constitucionalidad de las facultades del Consejo de Ministros en materia de deportación de indeseables". Y decimos histórica porque por su notable fundamentación y por provenir de quien poco después muriera en medio de la admiración unánime de la juventud, tuvo el carácter de un verdadero testamento jurídico. La tesis de Arcos Ferrand perdurará, en tanto que la tesis de la Corte, por muchos motivos, está llamada a olvidarse.

Sin una significación tan dramática, el caso se reproduce en la ley 5577 sobre impuesto al ausentismo. La inconstitucionalidad de esta ley que priva de recurso para ante el Poder Judicial, ha sido sostenida por el Dr. Juan Andrés Ramírez, con toda elocuencia ⁽⁷⁾.

La garantía de ser juzgado *por un juez* y no por un simple *agente administrativo*, es una garantía constitucional. Si para algo están los jueces es para eso: para decidir de la vida, del honor y de la propiedad de los ciudadanos. Y en nada modifica esta suposición la teoría del Ministro-Juez, si se piensa que, en el presente caso, el Ministro, privado de recibir la prueba del recurrente, no es juez sino un simple funcionario de homologación de lo que haya resuelto el agente administrativo.

(6) *Rev. D. J. A.*, t. 35, pág. 55.

(7) *El Plata*, de 19 de mayo de 1944.

Por razón de brevedad, y a fin de no referir la copiosa jurisprudencia que existe en esta materia, nos remitimos a los libros ya referidos, de Willoughby y de Imaz y Rey, en los cuales se registran con toda escrupulosidad los fallos coincidentes de las Supremas Cortes de los Estados Unidos y de la Nación Argentina.

4. *El debido proceso y las necesidades de la Administración.*

Queda, por plantear, en último término, la única refutación que podría hacerse a la tesis de la inconstitucionalidad de la ley en estudio.

Puede decirse: "Sí; la tesis es teóricamente exacta; pero prácticamente supone privar a la Administración de todo poder de policía sobre las personas, sobre los animales o sobre los bienes. Con su criterio, no se impondrían nunca multas administrativas".

Rebatiremos esta supuesta objeción.

Comenzaremos por decir que la tesis de la inconstitucionalidad de la ley, no puede suponer nunca un manto de protección puesto sobre los infractores. La tesis no puede servir para ayudar a quienes no defienden sus ganados de la garrapata y los convierten en un peligro contra la riqueza nacional. Lo que la tesis busca es, simplemente, que el legislador tenga conciencia de los medios que elige para obtener sus fines. Los redactores de la ley 14 de noviembre de 1940 revelaron tan increíble ignorancia jurídica que ni siquiera conocían el nombre del juzgado a quien se cometía la vía de apremio. Hacía ya 7 años que el juzgado había perdido su nombre de "Departamental". Tampoco previeron que las infracciones podían cumplirse en las zonas rurales de Montevideo, y omitieron determinar el Juzgado competente. Olvidaron hasta los nombres de los recursos del

contencioso-administrativo y les dieron los del procedimiento judicial; y aún respecto de éstos olvidaron aclarar si la apelación otorgada era libre o en relación. En esa ignorancia u olvido hasta omitieron las más elementales garantías que la Constitución asigna a los ciudadanos.

La tesis de la inconstitucionalidad de la ley procura, pues, que el medio utilizado para reprimir el mal, sea eficaz y justo; que sancione a los culpables, sin el riesgo de castigar a los inocentes.

En cuanto a que consagraría la imposibilidad de aplicar multas administrativas, debe recordarse que éstas tienen un régimen propio. En ellas la necesidad represiva adquiere características particulares.

Pero la doctrina es absolutamente firme en el sentido de sostener que el procedimiento para las multas administrativas se halla gobernado por dos principios esenciales: el primero, es la defensa en juicio; el segundo, es la prohibición de confiscación.

“En ambos casos, enseña Bielsa, puede impugnarse ante la Corte Suprema, toda norma legal o decisión especial que prohíba el recurso jurisdiccional (defensa en juicio) o determine una confiscación” (8).

De acuerdo con este principio, la Suprema Corte Argentina ha resuelto, en un caso relativamente reciente, y siguiendo sus abundantes precedentes anteriores, que la garantía constitucional de la defensa en juicio, supone la posibilidad de acudir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia (9).

Esta Corte ha repudiado siempre los procedimientos, judiciales o administrativos, que conducen a la condena del

(8) *Naturaleza jurídica de la multa administrativa*, publicado en *J. A.*, t. 60, pág. 24, cap. IV.

(9) *J. A.*, 1942, III, 471.

imputado porque no le permiten sino la apariencia formal de su defensa ⁽¹⁰⁾.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha consagrado sistemáticamente, el principio de que el derecho de ninguna persona puede ser objeto de decisión final de parte de un Tribunal administrativo, sin haberse notificado a aquel que sus derechos pueden ser objeto de examen y sin que se le dé la oportunidad de presentar las pruebas y las defensas, brindándosele al mismo tiempo la garantía que supone un tribunal imparcial e idóneo para decidir su caso ⁽¹¹⁾.

Estos antecedentes llevan a la conclusión de que la ley en estudio es violatoria de la referida garantía constitucional (*).

⁽¹⁰⁾ *Fallos*, t. 155, pág. 374; t. 189, pág. 34.

⁽¹¹⁾ *WILLOUGHBY, op. cit.*, t. 3, pág. 1732.

(*) P. S. — En el momento de publicarse este estudio, se ha expedido el Procurador General de la Nación en el caso en el cual fuera presentado como consulta. Su dictamen es en el sentido de la inconstitucionalidad de la ley.

8. ACTOS ADMINISTRATIVOS SIN CONTRALOR JURISDICCIONAL

SUMARIO: 1. La fijación judicial de los honorarios médicos. — 2. Evolución del procedimiento. — 3. Régimen de la fijación administrativa. — 4. Régimen de asesoramiento. — 5. Régimen de la fijación judicial. — 6. Constitucionalidad de la solución vigente. — 7. Necesidad del debido proceso.

ACTOS ADMINISTRATIVOS SIN CONTRALOR JURISDICCIONAL

1. *La fijación judicial de los honorarios médicos.*

El art. 33 de la ley 9.202, de 12 de enero de 1934, establece que una vez fijados judicialmente por sentencia definitiva los servicios profesionales prestados por el médico a su paciente, cuyo reconocimiento y precio hayan determinado el juicio, los respectivos expedientes deben ser remitidos a la Comisión de Salud Pública (organismo asesor del Ministerio de Salud Pública) para que este organismo proceda a la tasación de los servicios reconocidos en la sentencia judicial.

Se ha sostenido ⁽¹⁾ que el dictamen de la Comisión que fija el "quantum" de los honorarios profesionales constituye una verdadera sentencia, no susceptible de recurso alguno por parte del obligado al pago de los honorarios.

Tal tesis no es exacta; y si lo fuera, si la ley hubiera consagrado esa solución, ella sería inconstitucional.

⁽¹⁾ BLANCO ACEVEDO, *Valor del dictamen de la Comisión de Salud Pública en materia de honorarios médicos*, publ. en *Rev. D. J. A.*, t. 36, pág. 390.

2. *Evolución del procedimiento.*

Puede dividirse en tres etapas la evolución del régimen de nuestro país en materia de determinación del monto de los honorarios médicos.

Durante la primera, el dictamen administrativo tuvo carácter irrecurrible, siendo una verdadera decisión; durante la segunda, dicho dictamen fué un elemento de asesoramiento, sin estar sometido a procedimiento especial; durante la tercera, el dictamen administrativo continúa manteniendo el carácter de asesoramiento de los tribunales del poder judicial, pero siendo de carácter preceptivo y sometido a un procedimiento especial.

3. *Régimen de la fijación administrativa.*

Durante el período de colonización española la disciplina de la profesión médica y afines estaba confiada a un organismo especial que recibió el nombre de "Protomedicato o Sub Delegación Médica".

Por Real Cédula expedida en Aranjuez el 2 de Mayo de 1778, se hizo saber al Virrey de Buenos Aires, Vértiz, que debía informar en cuanto a la escasez de profesores de medicina en estas provincias.

El temperamento del Virrey, frente al informe que se le solicitaba, fué ejecutivo, procediendo de inmediato a la institución del Protomedicato del Virreynato de Buenos Aires, solicitando de inmediato del Rey y del Consejo de Indias, se sirviera aprobar su decisión y el nombramiento recaído en el primer protomédico, Dr. Gorman.

No obstante, los largos trámites administrativos hicieron que la institución y el nombramiento fueran recién apro-

hados veinte años después por decisión expedida en San Ildefonso el 18 de setiembre de 1799.

Con arreglo a las disposiciones que regían su constitución, el Protomedicato de la colonia ejercía una función muy compleja de orden social, jurídica y administrativa.

En la enumeración de sus funciones que realiza el doctor Juan Ramón Beltrán ⁽²⁾, se encuentra la siguiente: "9º. Fijaba el monto de los honorarios por servicios médicos prestados a los enfermos, cuando se originaban litigios por esta causa".

Con arreglo a las interpretaciones más corrientes hechas acerca de la función del Protomedicato, se puede asegurar que su dictamen no era ilustrativo de los tribunales, sino que era una verdadera decisión sometida a un órgano administrativo.

La primera Carta Orgánica de Salud Pública, existente en el país con posterioridad al período constitucional, está constituida por el decreto de Lavalleja de 16 de setiembre de 1830.

Dicha disposición establece provisoriamente en su art. 1º, "un Consejo Especial de Medicina, denominado "Consejo de Higiene Pública" cuyas atribuciones serán el ejercicio de las funciones que antes desempeñaba el Protomedicato, con arreglo a las leyes y estatutos vigentes que no estén en oposición con la Constitución política de la República y con el presente decreto" ⁽³⁾.

⁽²⁾ BELTRÁN, J. R., *Historia del Protomedicato de Buenos Aires. Estado de los conocimientos sobre medicina en el Río de la Plata durante la época colonial. Los galenos españoles y los magos o curanderos indígenas. Antecedentes históricos y legales de la fundación del Protomedicato y de la Escuela Médica de Buenos Aires*. Buenos Aires, 1937, pág. 232.

⁽³⁾ Puede consultarse su texto en la *Compilación de Leyes y Decretos*, de ARMAND UGÓN, CERDEIRAS, ARCOS FERRAND y GOLDARACENA, t. I, pág. 275.

Habiendo sido mantenido con arreglo a dicha disposición el régimen de la colonia, puede afirmarse, en principio, que el dictamen del Consejo de Higiene Pública tenía valor decisivo y no consultivo en los litigios sobre honorarios.

El decreto de Lavalleja de 1830, fué seguido de un Reglamento de Policía Sanitaria, remitido por el Poder Ejecutivo a las Cámaras con fecha 5 de Abril de 1832.

Dicho reglamento fué aprobado por el Parlamento el 10 de noviembre de 1832. El Poder Ejecutivo recién con fecha 10 de enero de 1835 promulgó la referida ley, procediendo a la organización de la Junta Médica General que en ella se establecía.

Entre las atribuciones que el art. 4º de la ley asignaba a la Junta Médica General se encontraba la de "decidir las diferencias sobre honorarios de los profesores" (4).

Con arreglo a ese texto puede suponerse subsistente el régimen colonial, de estimación definitiva a cargo de la autoridad administrativa.

4. Régimen de asesoramiento.

El Reglamento de Sanidad de 1832, fué objeto de una nueva revisión, habiendo sido aprobado nuevamente por ley 5 de junio de 1838.

Puede afirmarse que es esta ley aprobatoria del Reglamento General de Policía Sanitaria, la que opera en nuestro país el cambio de régimen en materia de determinación de honorarios médicos.

Por primera vez, se nota la ausencia de una disposición que dé carácter decisivo a la determinación de las autoridades de Salud Pública.

(4) *Compilación de Leyes y Decretos*, de ARMAND UGÓN, CERDEIRAS, ARCOS FERRAND y GOLDARACENA, t. II, págs. 7 a 15.

En cambio se advierte que en el inc. 11 del art. 4º, se señala como cometido de la Junta de Higiene Pública del Estado “evacuar las consultas que el Gobierno o los Tribunales le hagan, sobre medicina legal, o cualquiera otro asunto de su Instituto” (5).

Es a partir de este momento, que comienza el carácter verdaderamente consultivo que subsiste hasta el momento actual y no ha sido abandonado por ninguna de las disposiciones legales posteriores.

El inc. 13 del art. 7º del decreto 8 de agosto de 1883, determina con mayor precisión, dentro de la legislación vigente, cuál ha de ser la forma de asesoramiento a los tribunales de la Junta de Salud Pública cuando se trate de determinar el monto de los honorarios médicos que se hallen en tela de juicio.

Dicha disposición establece que es cometido del Consejo de Higiene “informar en las consultas hechas por las autoridades civiles sobre . . . tasaciones (6) de honorarios médicos y farmacéuticos” (7).

Con posterioridad, la ley de 21 de octubre de 1895 creó el Consejo Nacional de Higiene, bajo la dependencia del Ministerio de Gobierno.

En el art. 5º se mantiene el régimen anterior insistiéndose sobre su condición de organismo de informe y asesoramiento del Poder Judicial en todas las materias de su ramo, en las que se encontraban implícitamente contenidas las re-relativas a la fijación de los honorarios médicos.

(5) *Compilación de Leyes y decretos*, de ARMAND UGON, CERDEIRAS, ARCOS FERRAND y GOLDARACENA, t. II, p. 181.

(6) Exactamente la misma palabra del art. 33 de la Ley 12 de enero de 1934.

(7) *Compilación de Leyes y decretos*, de ARMAND UGON, CERDEIRAS, ARCOS FERRAND y GOLDARACENA, t. 14, pág. 235.

Ese mismo régimen fué mantenido durante la ley de 1901, vigente sin modificaciones hasta el momento de sancionarse la ley de 12 de enero de 1934.

Resumiendo el sentido de esta trayectoria histórica, podemos decir con palabras del Prof. Juan J. Carbajal Victorica, que, con mayores o menores variantes, las autoridades administrativas de Salud Pública son en nuestro país, "organismos técnicos de asesoramiento y tribunales de profesión".

5. *Régimen de la fijación judicial.*

La ley 9.202, de 12 de enero de 1934 establece, por primera vez, normas procesales para el juicio por honorarios médicos.

Dichas normas que suponen un apartamiento del sistema anterior, son las que se analizan más adelante.

El citado dictamen del Dr. Eduardo Blanco Acevedo, autor del texto legal, y Ministro de Salud Pública en el momento de ser sancionado, llega a la conclusión de que, en la intención de quienes sancionaron ese texto, se trataba de implantar un régimen de justicia administrativa, sin recurso alguno para ante los tribunales ordinarios.

Esta afirmación, que significaría hacer retroceder el régimen en un salto atrás de más de un siglo, poniéndolo en el punto en que se hallaba en el período de la Colonia, no aparece abonada por los antecedentes auténticos de sanción de dicha ley.

Basta hacer un breve estudio de la forma como fué sancionado el aludido texto, y en especial el art. 33 del mismo, para llegar a la conclusión contraria.

La ley 9.202, fué objeto de muy escasas deliberaciones

por parte de la Comisión Legislativa permanente, quien la sancionó en su sesión del 9 de enero de 1934.

El argumento más decisivo en el sentido que se acaba de mencionar, surge del informe de la Comisión Especial, sobre reorganización de los servicios del Ministerio de Salud Pública.

Al exponer ésta sus puntos de vista a la Comisión Legislativa Permanente, dice textualmente: "La Comisión Informante aconseja la modificación del art. 24 del Proyecto del Poder Ejecutivo en el sentido de titular Comisión y no Consejo a este organismo asesor" (8).

Quiere decir, pues, a estar a este antecedente, que el organismo que dictamina en materia de honorarios médicos, tiene un carácter asesor y no ejecutivo; que no mereció, en el designio del legislador, llamarse Consejo, sino Comisión; y que emana de los escasísimos antecedentes dados por el legislador, ese propósito de asignar un carácter consultivo y no un carácter de autoridad decisoria a la fijación de los honorarios médicos.

Dentro de esta misma elaboración existe otro pequeño antecedente, que es el relativo a la supresión de las palabras "como órgano de policía profesional" que contenía el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo.

Por moción del Sr. Suárez, aceptada por el Miembro Informante Dr. Bonnet, se suprimieron las aludidas palabras, lo que significa que, indudablemente, el legislador reputaba innecesario insistir en el sentido de que la Comisión de Salud Pública era un órgano de Policía Profesional y no otra cosa.

Y órgano de Policía Profesional quiere decir, a estar a la acepción estrictamente técnica de los términos, que su

(8) *Diario Oficial*, núm. 8241, pág. 228 B.

esfera de acción queda circunscrita a los profesionales integrantes de la clase médica y actividades afines, pero nunca a las relaciones patrimoniales del público en general con esa clase médica.

Sería desnaturalizar la función de policía, entrar a regir la situación de los particulares, ajenos a la medicina, en sus relaciones contractuales con dicha profesión. Policía es, según el concepto ya clásico de Stein, "una función general de alta inspección que tiene por fin remover los peligros que amenazan el orden administrativo y social en una función de seguridad".

El terreno de las relaciones privadas de carácter contractual, escapa normalmente a la actividad policial para estar confiados en el sistema del Estado moderno, a los tribunales del orden jurisdiccional.

6. *Constitucionalidad del régimen vigente.*

Puede afirmarse que aun cuando las precedentes razones fueran equivocadas y condujeran a conclusiones ajenas al sentido de la ley, siempre sucedería que la tesis que se recoge en el dictamen del Dr. Blanco Acevedo sería inadmisibles, por atacar dos principios de carácter constitucional.

Si la ley fuera tal como se interpreta, si el dictamen de la Comisión de Salud Pública fuera irrecurrible y causara por sí solo ejecutoria, habría infracción de los principios constitucionales de la división de poderes y de la garantía individual de defensa en juicio.

Por las razones siguientes:

El texto de la Constitución determina en el art. 20 que "el Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, etc."

Si la ley de Salud Pública permitiera que un conflicto

de intereses patrimoniales, de índole esencialmente privada, fuera dirimido en definitiva por un órgano de la Administración, habría violado el principio general de que es a la Suprema Corte, Tribunales y Jueces, a quienes compete dirimir los conflictos que surgen entre los particulares.

“El gobierno, se ha dicho (⁹), sólo puede legislar por intermedio del Congreso, a quien está confiada la autoridad legislativa, sólo puede fijar y aplicar leyes por intermedio de la judicatura, a la que están conferidos los poderes judiciales; sólo puede ejecutar sus órdenes, fallos y decretos o hacer observar generalmente las leyes por medio del ejecutivo, a quien están confiados los poderes ejecutivos”.

Para abandonar ese principio, como dice Arcos Ferrand, es menester texto expreso de la Constitución que lo autorice (¹⁰).

En el caso en estudio, relativo a fijación de honorarios, el abandono del principio revestiría una singular gravedad.

En los prolegómenos de uno de sus dictámenes, dice la Comisión de Salud Pública, lo siguiente:

“Creemos que en todos los casos, la Comisión Honoraria de Salud Pública, debe ser la guardiana celosa de los intereses de la clase médica. Creemos más, creemos que hay que favorecer la clase médica, dentro de lo justo y de lo honesto”.

Y más adelante: “La Comisión de Salud Pública está en el deber de justipreciar los honorarios de los médicos, más

(⁹) JOEL TIFFANY, *Gobierno y derecho constitucional*, trad. esp., pág. 108.

(¹⁰) ARCOS FERRAND, L., *Constitucionalidad de las facultades del Consejo de Ministros en materia de deportación de indeseables*, en *Rev. D. J. A.*, t. 35, pág. 55.

como defensora de los intereses de una clase llena de desinterés y de nobleza, que como evaluadores solos . . .”.

Quiere decir que, si el propio organismo que dicta la sentencia anuncia que es su función convertirse en defensor de los intereses de una de las partes interesadas en el conflicto, es evidente que el abandono de las garantías del poder judicial (garantías en el nombramiento, en el tecnicismo y en la responsabilidad), supone privar de jueces a uno de los titulares del derecho.

Inútilmente, clamarán los deudores ante las puertas de sus jueces, si éstos han comenzado por reconocer que sólo son abogados de los acreedores.

7. *Necesidad del debido proceso.*

El art. 12 de la Constitución dice que nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso ni sentencia legal.

No cabe duda alguna de que este principio comprende tanto la materia penal como la civil.

Podrían citarse cientos de casos en los cuales la privación de la garantía de la defensa en juicio, llamada por algunos autores como Jofré “indefensión”, ha obligado a declarar la nulidad de los procedimientos civiles.

Los tribunales son fieles custodios del principio de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”. Y este principio no es otra cosa que una expresión derivada de la garantía constitucional contenida en el art. 12 del texto vigente.

En materia penal, la regla es una subsistencia histórica de la garantía que supone la sumisión del ciudadano a sus jueces naturales. En materia civil, es una aplicación del principio procesal de la igualdad de los individuos en el litigio que es, como se ha dicho, una aplicación singular del

principio constitucional de la igualdad de los individuos ante la ley ⁽¹¹⁾.

Desde un punto de vista estrictamente técnico, en derecho procesal civil, el principio debe ser enunciado mediante la máxima "nadie puede ser condenado sin dársele la posibilidad de ser oído".

La garantía llamada de "defensa en juicio" que los tribunales franceses aplican aun sin texto expreso ⁽¹²⁾ y que en el siglo pasado se decía que era de derecho natural, no es otra cosa que la aplicación típica del principio en cuestión.

En el problema en estudio, la interpretación de que el dictamen de Salud Pública es una decisión definitiva, supone condenar al deudor sin oírle.

Por las siguientes razones:

El art. 33 de la ley de 1934 ha dividido en dos partes, el juicio de cobro de honorarios médicos. La primera parte tiene por objeto, tan sólo, la determinación de si se deben honorarios y el establecimiento (por sentencia declarativa) de los servicios prestados por el facultativo. Es lo que el legislador llama "los servicios reconocidos por sentencia judicial".

Toda esa primera parte del juicio versa sobre el "an debeat". No se puede debatir el "quantum debeat", pues ese aspecto del asunto ha sido reservado para la segunda parte del juicio ⁽¹³⁾.

Ahora bien: dictada la sentencia que cause ejecutoria sobre determinación de servicios (y sin haberse debatido

(11) Cfr. *El principio de igualdad ante los actos procesales*, en este mismo volumen, pág. 66.

(12) Así, p. ej., ROUSSEAU y LAYSNEY, *Dictionnaire de procédure civile*, verb. *Defense*, t. 3, pág. 569.

(13) Acerca de esta distinción, CALAMANDREI, *La condanna generica ai danni*, en *Riv. D. P. C.*, 1933, I, pág. 357 y sigts.

una palabra acerca del monto de éstos), se pasan los autos a la Comisión de Salud Pública, para que ésta fije la suma que corresponde por los servicios determinados en la sentencia (14).

Y entonces resulta que si dicho dictamen tiene fuerza ejecutoria, si por sí solo es una decisión que no admite recurso ni debate alguno, sucederá que al deudor se le habrá condenado sin dársele una sola oportunidad de ser escuchado.

La determinación del "quantum debeatur" se habrá hecho sin audiencia del deudor y sin oír sus razones y alegaciones, ni antes ni después del dictamen.

Y si en la estimación se hubiera tenido en cuenta el monto de la fortuna del deudor, como frecuentemente sucede, tampoco se le admitiría prueba sobre este punto, que es fundamental para la fijación.

Este razonamiento conduce a la siguiente conclusión: no está en tela de discusión, en el problema en estudio, la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 33 de la ley de Salud Pública. La única deducción que corresponde extraer de lo argumentado, es la siguiente: cuando al intérprete se le señalan dos caminos, uno que interpreta la ley manteniendo las garantías esenciales de la Constitución y otro que las viola y desnaturaliza sus instituciones, no tiene derecho a elegir este último. Por la misma razón de técnica que obliga a suponer que reina en todo el contexto legal "la debida correspondencia y armonía", debe suponerse que dicha armonía reina también en el necesario ajuste de las leyes con el sistema de la Constitución.

(14) Cfr. para todo este problema, LAGES, *Regulación de honorarios médicos en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1944.

9. EL RECURSO DE QUEJA POR APELACIONES DENEGADAS POR LA ADMINISTRACIÓN

SUMARIO: I. Actos privativos y discrecionales de la Administración, — II. Denegación de recursos por la Administración. — III. Contralor jurisdiccional y recursos.

EL RECURSO DE QUEJA POR APELACIONES DENEGADAS POR LA ADMINISTRACIÓN

1. *Actos privativos y discrecionales de la Administración.*

Uno de los temas más delicados del derecho procesal constitucional, consiste en saber si, en ausencia de todo texto expreso, procede el recurso de queja cuando un órgano de la Administración, niega el recurso de apelación para ante el Poder Judicial, cuando este recurso ha sido instituido en la ley. Se trata de determinar si el hecho de que la ley confiera a la Administración una facultad "discrecional", significa que ella sea "privativa".

Dicha tesis tiene muy pocos antecedentes en sentido semejante y constituye un paso más en la marcha del control jurisdiccional sobre la actividad administrativa ⁽¹⁾.

Los recursos dados contra los actos de la administración a que se refiere el art. 100: C. O. T. pueden ser considerados en un doble sentido: por un lado como recurso en sentido estricto, o sea como medios de controlar sobre la legi-

⁽¹⁾ Véase, en el sentido de la admisibilidad del recurso, el fallo del Juzgado L. N. de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo, publ. en *Rev. D. J. A.*, t. 39, pág. 206.

timidad o ilegitimidad de la decisión; por otro, como reclamaciones autónomas, verdaderas acciones por lesión de derecho, a las que el legislador, impropiaamente, ha dado el nombre de apelaciones.

Las divisiones de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia sobre este punto son conocidas y no reclaman una nueva exposición ⁽²⁾.

2. *Denegación de recursos por la Administración.*

Pero al margen de la disidencia doctrinaria, surge el problema de saber cuál es la condición del particular el día que la administración le deniega un recurso oportunamente interpuesto.

¿Tendrá la posibilidad de deducir el recurso de queja por denegación de apelación? ¿Tendrá, por el contrario, en ausencia de texto expreso que instituya ese recurso en el pasaje de la administración a la jurisdicción, que acudir a una acción autónoma, cumpliéndose entre tanto la resolución apelada?

Como se comprende, las alternativas traen diferencias prácticas muy considerables. No sólo el cumplimiento de la resolución, que puede ser a veces de consecuencias irreparables; sino también el peso de un juicio contra la administración, no siempre fácil ni rápido.

En el fallo aludido, por ejemplo, se trataba del pago de una gruesa suma de dinero, por concepto de aporte iubilatorio. Admitido el recurso de queja, el contralor jurisdiccional se hace efectivo antes del cumplimiento del acto.

⁽²⁾ Véase, especialmente, como último resumen, DEMICHELI, *La lesión de derechos y las jurisdicciones de lo contencioso administrativo*, en *Rev. D. J. A.*, t. 37, pág. 200.

Desechado el recurso, la decisión debe ser cumplida, realizándose el contralor "a posteriori" en condiciones de notoria desventaja para el contribuyente, y a veces sin que la enmienda sea completa. Tal, por ejemplo, el caso del deudor a quien la exigencia lleva a la quiebra.

3. *Contralor jurisdiccional y recursos.*

Cuando se mira esta solución desde el terreno del derecho administrativo, se ve cómo, paso a paso, se va reforzando el poder de la jurisdicción sobre la actividad administrativa.

Es la comprobación clara de aquel principio de primacía de la Constitución, con el juego regular de las garantías individuales y de defensa en juicio, que hacía decir a Renzi Segura, en una notable "Reseña de Derecho Público": "toda la administración pública, organizada originariamente por la Constitución, está impregnada de esa juridicidad que emana de la unidad esencial y primaria de la realización de los fines del Estado al quedar todos sus actos sometidos al control de legalidad, alcanzando así la función judicial, límites que hasta el presente parecían vedados al tamiz legalista, en homenaje a la intangibilidad de principios netamente institucionales" (3).

Pero cuando se contempla la misma solución desde el campo del derecho procesal, se observa de qué manera se cierra un ciclo histórico, en un punto imprevisible en los momentos oscuros de su formación.

El recurso de queja, como el de fuerza, fueron en sus primeros tiempos armas de defensa de la libertad individual contra el exceso de la autoridad.

(3) *Rev. D. J. A.*, t. 39, pág. 140.

“Tienen muy fuertes armas para hacer mal —decía la Partida VII (4)— los que tienen voz del Rey, cuando quieren usar mal del poder que tienen”.

Y añadía el Conde de la Cañada (cuyas palabras de hace ya un siglo y medio han cobrado en los últimos tiempos una nueva entonación): “¿Cuántas veces no se huiría de la obediencia de la ley, si fuera lícito no admitirla o no observarla con pretexto de no ser conveniente a la república?”; “la denegación de la apelación es agravio suficiente para justificar el recurso al Príncipe, cuyo objeto es alzar la fuerza, y poner en libertad al que pide real auxilio para que siga su justicia en defensa de sus derechos” (5).

La lucha constante entre la libertad individual y el poder ha ido acrecentando en los últimos tiempos la supremacía del Poder Judicial, en cuanto órgano de contralor de los actos excesivos de la administración.

(4) Ley 4, tít. 10.

(5) *Recursos de fuerza*, 2ª edic., 1791, pág. 112.

11. CONCILIACIÓN Y TÍTULO EJECUTIVO

SUMARIO: 1. Valor de las actas de conciliación. — 2. El "elemento volitivo" en los títulos de ejecución. — 3. Eficacia ejecutoria de las actas de conciliación. — 4. Confesión, conciliación y ejecución.

CONCILIACIÓN Y TÍTULO EJECUTIVO

1. *Valor de las actas de conciliación.*

Existen dos corrientes de jurisprudencia sobre la eficacia de las actas de conciliación que contienen el reconocimiento de una deuda para dar andamio a la vía ejecutiva.

Por una parte se ha sostenido que las actas que se extienden en cumplimiento del requisito constitucional de la conciliación, en las que consta el reconocimiento de una deuda, constituyen título ejecutivo; por otra parte se sostiene lo contrario (¹).

En una somera nota (²), se han expuesto, no hace mucho, las opiniones más significativas de ambas corrientes. Por simple amor de brevedad ahorraremos la repetición de esas referencias.

Pero el fondo mismo del problema queda resumido en estos dos puntos esenciales:

a) El llamado "elemento volitivo" ¿es un requisito necesario en el título ejecutivo?

(¹) En uno y otro sentido, respectivamente. *Rev. D. J. A.*, t. 40, pág. 732 y DE LA HOZ, *El título ejecutivo y las actas de inútil tentativa de conciliación*, en *L. J. U.*, t. 6, pág. 7, sec. doctr.

(²) *L. J. U.*, t. 3, pág. 409.

b) El inciso 9 del art. 874, C. P. C. ¿excluye la posibilidad de que otras actas de conciliación, que no sean aquellas en que las partes llegan a un acuerdo perfecto, constituyan títulos ejecutivos?

Trataremos de justificar la respuesta negativa a ambas preguntas.

2. El "elemento volitivo" en los títulos de ejecución.

El llamado "elemento volitivo" fué una concepción aportada a nuestra doctrina desde la cátedra de la Facultad de Derecho, durante el tiempo que ella estuvo a cargo del Profesor Alejandro Lagarmilla. Se considera tal, la expresión consignada en el instrumento de que el deudor se propone pagar la deuda que reconoce. Así, por ejemplo, las expresiones familiares en esta clase de recaudos: "Conforme con la suma de \$. . . , que pagaré a don . . . , etc."; "Vale por la suma de \$. . . , que debo y pagaré a don . . . , etc."; "Por la presente declaro deber a don . . . la suma de \$. . . , que me comprometo a pagar el día . . .".

Se sostenía que sin esa exteriorización manifiesta de parte del deudor, no existía título ejecutivo. Las expresiones del documento constituían una simple confesión, y la confesión, como es notorio, ha sido radiada del elenco de los títulos ejecutivos por nuestro codificador.

Esta tesis llegó a tener alguna vez una acogida indirecta de la jurisprudencia, en un caso muy particular en que el deudor negó el crédito, mediante un fallo emanado de la propia Corte ⁽³⁾. Pero lo cierto es que cuando fué menester penetrar algo más a fondo en la esencia de ese elemento, se advirtió en él cierto carácter de artificialidad. Por lo pron-

(³) *Rev. D. J. A.*, t. 32, pág. 347.

to, es evidente que no es exigido por ningún texto positivo de nuestro país, ni se halla requerido por la doctrina extranjera más autorizada. La propia Corte hubo de decidir todo lo contrario, no muchos años después del fallo anterior, en un caso en que el deudor reconoció el crédito y se manifestó impedido de pagarlo (⁴).

Además, la jurisprudencia más reciente parece inclinarse en forma casi decisiva en este último sentido. Y esto no sólo cuando se trata de analizar las actas de inútil tentativa de conciliación, sino también las facturas comerciales y otros documentos similares (⁵).

Sobre este punto, pues, los jueces parecen no ser muy exigentes acerca de la presencia de tal "elemento volitivo" en los títulos que traen aparejada ejecución.

3. *Eficacia ejecutoria de las actas de conciliación.*

Pero queda el otro punto que es más grave.

La ley dice: "Son títulos que traen aparejada ejecución, cuando contienen obligación de pagar cantidad líquida y exigible. . . las actas de conciliación a que se refiere el artículo 270". Y el art. 270 se refiere, solamente, a que "si la conciliación se hubiere efectuado, el acta será autorizada, además de la firma del juez, por la de un Escribano Público o, en su defecto, por dos testigos".

Como se ve, el texto parece remitirse a las situaciones en las que "la conciliación se hubiere efectuado". Pero también podría ser que hubiera querido aludir, genéricamente, a las actas "firmadas por el Juez, por un Escribano Público o por dos testigos". Las dos suposiciones son admisibles.

Si fuera la primera suposición la que prevalece, no cons-

(⁴) *Rev. D. J. A.*, t. 35, pág. 16.

(⁵) *Rev. D. J. A.*, t. 36, pág. 37.

tituyen título ejecutivo las actas en las cuales el deudor reconoce lo que debe, pero no se llega a una solución conciliatoria que evite el juicio. Si fuera la segunda suposición; las actas de esa naturaleza serían título ejecutivo, si en ellas se consigna una obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible.

Pero ocurre que dar valor de título ejecutivo a las actas en que media un acuerdo entre partes, constituye una "contradictio in adiecto". Esas actas de conciliación no son *títulos ejecutivos*, sino *títulos ejecutorios*. Así lo establece el artículo 273, que parece totalmente olvidado en la consideración de este problema.

Quien tiene en su poder un acta de conciliación, un acta en la cual ha mediado un convenio con obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible, no tiene, a estar a lo dispuesto en el art. 273, por qué seguir un juicio ejecutivo: va directa y sencillamente a la vía de apremio, ya que ese acuerdo tiene fuerza de cosa juzgada y permite su reclamación sin necesidad de escuchar las defensas del deudor.

Contribuye, asimismo, a quitar autoridad al texto del inciso 9 ya referido, el evidente error en que se ha incurrido al redactarlo por la Comisión Revisora.

El Proyecto Requena, que tenía un texto semejante, no se remitía al actual art. 270, sino, justamente, al actual art. 273 (que era el 246 del Proyecto).

Podría tratarse de un simple error material de copia o de coordinación. Pero podría tratarse, también, de una variante intencionada. Y en este caso ¿cuál sería su significado?

Acaso provocando el reproche de que se trate de una simple conjetura y no de un argumento jurídico, podría razonarse de la siguiente manera. El Proyecto Requena daba *fuerza ejecutoria* a los convenios de conciliación celebrados entre partes (art. 246, hoy 273). Daba, en cambio, *fuerza*

ejecutiva a esas mismas actas (art. 865, hoy 847), “cuando versen sobre cantidad de dinero”, según rezaba el texto primitivo. Al variarse la coordinación, es decir, al no hacer ya alusión al actual art. 273, como antes se hacía, sino al actual art. 270, lo que se ha querido es dar valor de título ejecutivo a las actas que recogen simplemente audiencias de conciliación. Si esas actas recogen acuerdos de partes, entonces tendrán *fuera ejecutoria* (art. 273); si no recogen acuerdos de partes, sino, simplemente, la constancia de que el acto de conciliación se ha celebrado o efectuado, entonces tendrán *fuera ejecutiva*, siempre que en ellas conste la existencia de una deuda en dinero líquida y exigible (art. 270 y 874, parte inicial e inciso 9).

Esto, repetimos, no es un argumento, sino una conjetura. Pero hasta de las conjeturas hay necesidad de valerse frente a un caso en que una disposición de la ley choca groseramente con otra, o corre el riesgo de funcionar en el vacío.

4. *Confesión, conciliación y ejecución.*

Queda en pie, todavía, y pendiente de refutación, el argumento de que la confesión ha sido descartada entre nosotros como título ejecutivo.

La confesión que no ha sido considerada título ejecutivo es la de las leyes españolas de 1855 y de 1881 (art. 941 y 1429, respectivamente).

Esa confesión era, siguiendo la tradición de la Novísima Recopilación, “la hecha ante el juez competente”, es decir, la confesión lisa y llana hecha en juicio.

Pero es muy razonable que esta confesión no haya sido considerada título ejecutivo. Ningún sentido tenía mantenerla como tal, si se estampaba en el Código el actual art. 322 que establece que “si el reo al contestar *confiesa* clara y po-

sitivamente, podrá determinarse por ella la causa principal, sin necesidad de otra prueba ni trámite". Si la confesión en juicio es plena prueba (art. 434) y justifica por sí sola la sentencia, que tiene fuerza *ejecutoria*, no tiene sentido mantenerla como título ejecutivo.

Esa es, verosímilmente, la razón por la cual ha sido descartada como título ejecutivo: simplemente, porque valía mucho más que un título ejecutivo; valía una sentencia ejecutoria (6).

Es natural, entonces, que un acta de conciliación, en la cual, extrajudicialmente, pero con todas las garantías que da la presencia del Juez de Paz y testigos, se reconoce deber una suma de dinero líquida y exigible, valga título ejecutivo. Al fin y al cabo ese documento es mucho más seguro que muchos de los otros del art. 874, que no tienen, ni siquiera, la garantía de la presencia del oficial público.

No tiene sentido, que, frente a un deudor que ha reconocido lisa y llanamente que debe, el acreedor tenga que seguir un juicio ordinario y no pueda promover la vía ejecutiva.

(6) Cfr. sobre este tema, SENTÍS MELENDO, *El allanamiento a la demanda*, en el volumen de *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pág. 607.

12. LA JURISDICCIÓN NACIONAL Y LOS EMBARGOS DECRETADOS POR JUECES EXTRANJEROS

SUMARIO: 1. Planteo. — 2. Disposiciones del Tratado relativas a embargos extraterritoriales. — 3. El espíritu del Tratado. — 4. La jurisprudencia y el Tratado. — 5. Naturaleza jurídica del embargo. — 6. Caracteres del embargo. — 7. Embargo y jurisdicción. — 8. Fines del embargo. — 9. El embargo en el derecho internacional privado. — 10. El principio de competencia nacional como presupuesto de las providencias cautelares. — 11. Ejecución y orden público. — 12. El régimen de los bienes en el Tratado de Montevideo. — 13. Limitaciones a la disponibilidad de los bienes en el Tratado. — 14. Conclusiones.

LA JURISDICCIÓN NACIONAL Y LOS EMBARGOS DECRETADOS POR JUECES EXTRANJEROS

1. *Planteo.*

El problema de los embargos decretados por autoridades extranjeras es, sin duda, el que ha tenido más frecuente y contradictoria aplicación, dentro del largo medio siglo que lleva vivido el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889.

En ese problema se halla en tela de juicio el alcance de la protección constitucional de la propiedad, pues se trata de saber si existe o no la "ley establecida en razones de interés general" a que se refiere el art. 31 de la Constitución; también se halla comprometido el principio de autoridad de los jueces, que es de orden constitucional; y por último, se han traído al debate nada menos que la soberanía y el llamado "dominio eminente".

El problema se plantea en los siguientes términos: ¿deben los jueces dar cumplimiento a los pedidos de embargos sobre bienes radicados en su territorio, cuando tal solicitud les es formulada por jueces de otros países signatarios del tratado de Montevideo?

Si existiera en el texto del Tratado una norma expresa, el problema no se plantearía; pero sucede que tal disposición falta; y en estas condiciones, se sostiene por unos que el patrimonio nacional no puede estar a merced de los jueces extranjeros sin ley expresa que proyecte su "imperio" hasta el territorio de los otros países signatarios; y por otros, que tal norma existe en las fórmulas implícitas de los arts. 9, 10, 11 y 12, tan claras en el sentido de autorizar los embargos, que no dejan lugar a una actitud vacilante.

2. *Disposiciones del Tratado relativas a embargos extraterritoriales.*

Una rápida lectura de los normas del Tratado de Montevideo, parece conducir al intérprete hacia la solución de que los embargos requeridos por autoridades de naciones extranjeras, signatarias de dicha convención, deben cumplirse en la medida en que tal solicitud se formula.

Dice el art. 9: "Los exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquiera otra diligencia de carácter judicial, se cumplirán en los Estados signatarios, siempre que dichos exhortos o cartas rogatorias reúnan las condiciones establecidas en este Estado".

Y agrega el art. 10 que "cuando los exhortos o cartas rogatorias se refieran a embargos, tasaciones, inventarios o diligencias preventivas, el juez exhortado proveerá lo que fuere necesario respecto al nombramiento de peritos, tasadores, depositarios y en general a todo aquello que sea conducente al mejor cumplimiento de la comisión".

Conviene tener, además, en cuenta (por la circunstancia de que los diversos Tratados emanados del Congreso de Montevideo tienen una inequívoca unidad técnico-legisla-

tiva, pues fueron fruto de las deliberaciones de los mismos hombres en un mismo momento histórico), las soluciones dadas a problemas semejantes, en el texto de los otros Tratados.

Así, debe tomarse en consideración lo establecido en el Tratado de Derecho Comercial, que en su art. 37 dispone: "Declarada la quiebra en un país, las medidas preventivas dictadas en ese juicio se harán efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados, sin perjuicio del derecho que los artículos siguientes conceden a los acreedores locales".

De este conjunto de disposiciones parece surgir claramente que pasó por la mente de los legisladores, la idea de que las medidas de coerción preventiva podrían decretarse en un país signatario y cumplirse en otro.

Y surge, además, que la solución fué permisiva y no prohibitiva.

3. *El espíritu del Tratado.*

Si para esclarecer la letra se acude a los antecedentes, se hallan los términos del informe del Dr. Gálvez, que precede el Tratado de Derecho Procesal.

Dice el informe: "Siendo muy frecuentes los casos en los juicios que se tramitan en un Estado, de necesitarse que las autoridades de otro Estado practiquen alguna diligencia o hagan una citación, se ha establecido, tanto por la conveniencia que de la reciprocidad resulta, cuanto por la cortesía con que deben tratarse las naciones entre sí, la práctica de no poner óbice al cumplimiento de los exhortos y cartas rogatorias en que esas diligencias se solicitan, y la Comisión, conformándose con esa práctica, y teniendo en cuenta, además, las poderosas razones en que se apoya, no

sólo ha consignado en el art. 9º, el precepto de que se cumplan los exhortos y cartas rogatorias que estén debidamente legalizados, sino que ha ampliado el procedimiento en el art. 10. En efecto, en este artículo se estatuye que, cuando los exhortos y cartas rogatorias contengan comisiones de trascendencia, como son las de practicar embargos, nombrar peritos, depositarios o tasadores, no sólo deba el juez limitarse al estricto cumplimiento del encargo, sino dictar las providencias que conduzcan a solucionar todas las dificultades que, con motivo de la comisión, puedan suscitarse a fin de evitar dilaciones perjudiciales y mayores gastos a los interesados” (1).

La deliberación no arrojó ningún nuevo elemento de juicio sobre las claras razones hechas valer en la exposición de motivos.

Sería menester que poderosas fuerzas de orden político o de elemental garantía de la personalidad internacional del Estado, presionaran sobre este problema, para que tan claros textos fueran interpretados en forma opuesta a lo que parece ser “su sentido natural y obvio”.

Se impone, pues, un análisis de la jurisprudencia, para ver cuáles pueden haber sido sus razones en favor de una u otra conclusión.

4. *La jurisprudencia y el Tratado.*

La aplicación más frecuente de las normas en estudio, se ha dado con ocasión de las relaciones internacionales de derecho privado existentes entre el Uruguay y la Argentina.

(1) *Actas*, pág. 337. Sobre el régimen del Tratado, en términos generales, cfr. VIDELA ARANGUREN, *El derecho internacional privado en la reforma procesal*, publ. en *Revista Argentina de Derecho Inter-*

Manejando los fallos que nos ha sido posible conocer en una investigación cuidadosa, puede señalarse el doble recorrido de los tribunales de ambos países.

Los tribunales argentinos, luego de un período favorable a la admisión, se han decidido en sentido contrario, influyendo en esta conclusión el notorio prestigio y alta autoridad de su Suprema Corte ⁽²⁾.

Los tribunales uruguayos, por el contrario, han mantenido, en línea general, la tesis de la admisibilidad del embargo pedido por autoridades extranjeras.

Los primeros fallos publicados datan de 1910. Una sentencia del Dr. Gil, contraria a un dictamen fiscal del Dr. Pinto, sostiene la procedencia del embargo, apoyándose en el texto de los arts. 9 y 10 y en los párrafos del informe de Gálvez ⁽³⁾. El caso no llegó al Tribunal pero fué un precedente valioso en nuestra jurisprudencia.

Algunos años después, en 1916, en un extenso dictamen, el Dr. Sayagués Lasso se expedía en idéntico sentido al del doctor Gil. La procedencia o improcedencia del embargo no es la parte central de su estudio, pues aparece admitida sin discrepancia, surgiendo las dudas tan sólo en cuanto a la manera de cumplirse. Esa opinión fué aceptada por el Juez Dr. Gard y San Juan, por fundamentos semejantes, sin que tampoco mediara pronunciamiento de los tribunales superiores ⁽⁴⁾.

nacional, t. 3 (1940), pág. 514. Asimismo, ROMERO DEL PRADO, *Manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1944, t. 2, páginas 830 y sigtes.

⁽²⁾ *Fallos de la Suprema Corte*, t. 48, pág. 169; CARETTE, *Diccionario de jurisprudencia argentina; Jurisprudencia de los Tribunales Nacionales*, t. del año 1910, págs. 1135, 1645 y 1936; en *J. A.*, t. 1, pág. 495; t. 25, pág. 1270 y t. 39, pág. 371.

⁽³⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 17, pág. 136.

⁽⁴⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 22, p. 313.

Más tarde, en 1922, vuelve a plantearse el caso en forma de problema pronunciándose decididamente en favor de la tesis de la procedencia del embargo, el Dr. Julián de la Hoz, como Fiscal de lo Civil, en un dictamen que es un modelo de precisión y dominio del tema ⁽⁵⁾. Por sus fundamentos, el Juez Dr. Silva declaró procedente el embargo. Recurrido su auto, el mismo Fiscal volvió a dictaminar en términos más amplios aún, los que fueron compartidos por el Tribunal de Apelaciones de 2º Turno, con el voto de los Drs. Piñeyro, Furriol y Montero Paullier ⁽⁶⁾.

Ante esta orientación tan uniforme, la jurisprudencia fué adquiriendo unidad y consistencia, y fué solución pacífica la admisibilidad de tales medidas requeridas por jueces argentinos.

Pero en el año 1926 se promovió la misma cuestión ante el Juzgado L. de Primera Instancia de Salto, y el Agente Fiscal Dr. Eduardo Martínez García trajo a colación un caso anterior decidido negativamente por los Tribunales de Santa Fe, en el cual la Cámara de Apelaciones de Rosario sostuvo la tesis (apoyada en el criterio de la Suprema Corte argentina) de la improcedencia de los embargos. El juez Dr. Costa Gutiérrez compartió su criterio, y cundió esa nueva orientación ante nuestro foro. Continuándola, el entonces Juez de Salto, Dr. Díaz Mintegui, denegó el embargo ⁽⁷⁾.

No obstante, no puede considerarse que tal tendencia

⁽⁵⁾ *Jur. Abadie Santos*, t. 18, pág. 482, *Rev. D. J. A.*, t. 29, pág. 373.

⁽⁶⁾ *Jur. Abadie Santos*, t. 18, pág. 489, *Rev. D. J. A.*, t. 29, pág. 377.

⁽⁷⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 30, pág. 353; y t. 37, pág. 240. El conjunto de fallos uruguayos en esta materia ha sido reunido ultimamente en *Abadie Santos*, t. 61, págs. 672 y sigtes.

haya sido un vuelco radical de nuestra jurisprudencia, pues con posterioridad a esa fecha continuó dándose andamio a los exhortos argentinos en materia de medidas de garantía.

Más tarde, en otro fallo, el entonces Juez de Comercio, doctor Atilio C. Brignole, reponiendo una decisión suya anterior y apartándose del dictamen contrario del Fiscal de lo Civil doctor Véscovi, otorgó el embargo solicitado por las autoridades de la Capital Federal argentina. Recurrido su fallo, el Tribunal de Apelaciones de Tercer Turno, con el voto de los Dres. Romero y Álvarez Cortés, sostuvo que "si en principio acepta el Tribunal, que puedan cumplirse los embargos decretados por las autoridades argentinas, en el caso de autos no cree que deba llevarse a cabo esa diligencia". Declarado nulo el fallo, el Tribunal de Primer Turno se pronunció en idéntico sentido, con el voto de los Dres. Minelli, Cibils Larravide y Del Castillo (8).

Los fallos más recientes son favorables a la admisión de los petitorios de embargo requeridos por jueces extranjeros (9). No obstante, las negativas aparecen cada tanto tiempo (10).

El desarrollo que precede, que es, en grandes trazos, el de la jurisprudencia de nuestro país que ha llegado al dominio público, puede reducirse en pocas palabras: fué tradición de nuestra justicia, la admisibilidad de los exhortos; sólo cuando se trajo al debate la actitud de los jueces y tribunales del país hermano, contraria a esa tesis, las decisiones se inclinaron en el sentido de una injustificada negativa a admitir el diligenciamiento de las medidas solici-

(8) *Rev. D. J. A.*, t. 37, pág. 241.

(9) *Rev. D. J. A.*, t. 39, pág. 50 y *Rev. D. P. P.*, t. 11, p. 116, *Abadie Santos*, t. 61, pág. 671.

(10) Así, p. ej. *Rev. D. P. P.*, t. 11, p. 119.

tadas. No obstante, debe reputarse subsistente la primitiva orientación favorable al diligenciamiento de tales exhortos.

Trataremos de examinar sus fundamentos.

5. *Naturaleza jurídica del embargo.*

La determinación de la naturaleza jurídica del embargo, debe ser una investigación previa a toda otra consideración concreta.

En el debate de este problema se ha sostenido que el embargo "deja sustraídos a la jurisdicción y soberanía . . . del Estado . . . los diversos patrimonios de los particulares..." y, en consecuencia, impide a éste ejercer "su derecho preeminente de supervigilancia u ordenación sobre los diversos patrimonios de los particulares con asiento purídico en su territorio".

Y la misma Suprema Corte argentina, ha entendido que la embargabilidad de los bienes afecta "la soberanía que es inalienable y que es la fuente de la jurisdicción".

Es mucho más que dudosa la corrección de estos conceptos.

El fenómeno procesal que en el derecho de los países latino-americanos se denomina "embargo" consiste, en sus formas externas, en una situación de indisponibilidad de uno o varios bienes, con el intento de asegurar, mediante esa indisponibilidad, los resultados de un juicio pendiente o a promoverse.

Si la medida recae sobre bienes muebles, suele ir acompañada frecuentemente del secuestro, que es el desapoderamiento o sustracción de la cosa de manos del poseedor; si recae sobre bienes inmuebles, va acompañada regularmente del registro, que hace notoria frente a terceros la interdicción de enajenar.

Este es el fenómeno. Mirado en sí mismo, consiste en una limitación de la disponibilidad del propietario, en beneficio de uno o varios acreedores.

6. Caracteres del embargo.

Entrando a investigar sus caracteres, se advierte que la indisponibilidad tiene un carácter accesorio: no es un fin en sí (lo que no se concebiría), sino que es un medio de asegurar el resultado del juicio. Tiene, además, un carácter temporario: dura tan sólo el tiempo que demora el pronunciamiento judicial y se resuelve, en definitiva, en la cesación de la medida de garantía o en su conversión en los procedimientos de ejecución de sentencia.

¿Qué es, pues, este fenómeno? ¿Es una actividad jurisdiccional de conocimiento, como podría surgir del antiguo aforismo "iurisdictio in sola notione consistit"? ⁽¹¹⁾; ¿es, por el contrario, una función ejecutiva, como lo ha sostenido tradicionalmente la doctrina alemana ⁽¹²⁾ y como parecería desprenderse de la moderna inversión del aforismo en "iurisdictio in sola executione consistit"? ⁽¹³⁾; ¿o, por último, será una categoría intermedia entre la declaración y la ejecución, según lo sostiene Chiovenda ⁽¹⁴⁾

⁽¹¹⁾ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pág. VII.

⁽¹²⁾ BLOMEYER, *Zwangsvollstreckung*, Berlín, 1933; recensión de CARNELUTTI, en *Riv. D. P. C.*, 1933, I, pág. 339, p. 7. Asimismo SCHMIDT y GÜTE, referidos por ALLORIO, *Riv. D. P. C.*, 1936, I, pág. 18.

⁽¹³⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, pág. 375 del volumen *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*.

⁽¹⁴⁾ *Istituzioni*, t. I, pág. 30. Para todo este problema, CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935; últimamente, SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, Milán, 1941 y CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario conservativo*, Milán, 1942.

y a la que, por nuestra parte, hemos creído del caso ple-garnos ⁽¹⁵⁾.

7. Embargo y jurisdicción.

Por lo pronto, cabe destacar el carácter *necesario* de esta función. Sería la negación de la justicia misma la circunstancia de que el deudor haga desaparecer a la vista de sus acreedores los bienes que son su única garantía, asegurando de antemano su propia insolvencia y el carácter ilusorio de la actividad judicial. Más que una denegación de justicia sería una irrisión de justicia, que haría perder a ésta el carácter de tal.

Cuando el Estado pone su autoridad al servicio del acreedor en peligro, no actúa sólo en defensa o satisfacción de un interés privado, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad ⁽¹⁶⁾. La jurisdicción, también en ese caso, no funciona "uti singulo", sino "uti civis" ⁽¹⁷⁾. Tales decisiones se dirigen más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia, y por así decirlo, la seriedad de la función jurisdiccional, el *imperium iudicis* ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Curso universitario de 1938; versión taquigráfica MEDINA, pág. 43.

⁽¹⁶⁾ Especialmente en el libro de CALAMANDREI, *Introduzione allo studio* . . . , cit. Asimismo, ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, en *Riv. D. P. C.*, 1936, I, pág. 18 y la bibliografía allí citada. También CARNELUTTI, *Sistema*, t. I, pág. 839, bajo el rubro *Della disponibilità dei beni*, agudísimo y original. Asimismo, pero desde otro plano, PONTES DE MIRANDA, *Historia e pratica do arresto ou embargo*, São Paulo, 1929; para la doctrina francesa, en relación que el tema tiene con las acciones preventivas, GIGNOUX, *Des actions préventives*, París, 1935.

⁽¹⁷⁾ *Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales*, t. I, p. 10.

⁽¹⁸⁾ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio* . . . , cit., pág. 144.

8. *Fines del embargo.*

Debe puntualizarse asimismo, que en sus fines, el embargo, como todas las medidas de garantía, no supone un pronunciamiento de carácter definitivo sobre la situación de los bienes, sino un estado de cosas provisorio destinado a evitar los riesgos del tiempo que demanda el proceso.

El juez que ordena tales medidas no juzga ni prejuzga. Ni siquiera prejuzga sobre la mera circunstancia formal de su procedencia, puesto que su decisión sobre la admisibilidad del título ejecutivo que apareja el embargo, puede ser revisada y derogada en la sentencia definitiva de la ejecución.

Esta condición, que hace que la providencia que ordena la medida de garantía pueda integrar tanto la actividad de declaración como la de ejecución, contribuye a acentuar su carácter subsidiario.

En este sentido, el embargo es circunstancia inherente a la justicia misma, porque es una especie de anticipación precautoria del fallo definitivo. La medida funciona regularmente bajo la responsabilidad del que la pide ⁽²⁰⁾ y supone por parte de éste, descontar los resultados favorables de su acción. Es, en consecuencia, un elemento integrante de ésta, dirigido a anticipar los resultados, en vista del peligro eventual que aparejaría la demora de los trámites declarativos.

⁽¹⁹⁾ DIANA. *Le misure conservative interinali en Studi senesi*, 1909, pág. 13. Véase, no obstante, ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, pág. 38 y sigtes.

⁽²⁰⁾ Véase, ampliamente, y con abundante acopio de doctrina, SPOTA, *La responsabilidad que surge por procedimientos judiciales. La cuestión en materia de embargos indebidos*, en J. A., t. 49, pág. 496.

9. *El embargo en el derecho internacional privado.*

El planteo del problema del embargo en el derecho internacional privado, obliga a alejar la consideración natural del tema, que hasta ahora se ha venido realizando desde el punto de vista del deudor y del acreedor, para desplazarla hacia la condición de los Estados que recíprocamente se piden ayuda jurídica.

Si este fenómeno del embargo se mira en la legislación interna, queda justificado por las circunstancias más simples del derecho. Visto "sub especie debitoris", no es más que la aplicación positiva del principio contenido en todas las legislaciones, de que los bienes todos del deudor constituyen prenda y garantía común de todos los acreedores (21). Visto "sub especie creditoris", forma parte del fenómeno denominado "tutela jurisdiccional", vale decir, del derecho que tienen todos los súbditos a que el Estado ponga su autoridad y su fuerza al servicio de los intereses injustamente lesionados (22).

Ahora bien: el traslado al orden internacional, en el estado actual de la evolución de la justicia, no debe, en principio, modificar tales conclusiones.

La alteración de la primera de ellas, la que pone todos los bienes del deudor (los que tenga en el país y en el extranjero, sin distinción alguna) como garantía de sus acreedores, no puede ser modificada por su simple desplazamiento espacial. Todas las legislaciones contienen ese principio, lo que significa que su vigencia no viola el orden público de ningún Estado determinado. Además existe en el propio sistema del Tratado de Montevideo, una consi-

(21) Véase BACCARA, *Répertoire de droit international*, de LAPRADELLE y NIBOYET, t. 10, p. 449.

(22) Véase GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, p. 24.

derable cantidad de aplicaciones a su respecto. Basta acudir, tan sólo, al principio de la pluralidad de las quiebras, según el cual la declaración de quiebra efectuada en un país se proyecta hacia los otros signatarios, con todas las medidas consiguientes de interdicción de los bienes, y sin perjuicio del privilegio de los acreedores locales sobre esos bienes. El activo concursal está constituido no sólo por los bienes que el fallido tiene en su domicilio, sino también por los que posee en el extranjero. La fórmula simplista podría ser: todos los bienes para todos los acreedores, sin más diferencia que la de los privilegios ⁽²³⁾.

Alterar esa fórmula limitando la responsabilidad de los bienes tan sólo para los créditos que se encuentran en uno de los países implicados en la relación creditoria, sería un verdadero retroceso y un olvido de todo lo que el derecho internacional privado ha conquistado en su larga vida.

En cuanto a la proyección internacional del principio que asegura al acreedor la prestación de la tutela jurídica del Estado, puede decirse otro tanto.

Las medidas de garantía forman parte de la esencia de la justicia misma. Integran la jurisdicción en su sentido más propio y característico, que es el de procurar que sus fallos sean efectivos reconocimientos y no meros consejos teóricos. Más que denegación de justicia, sería burla de la justicia, poner en beneficio del deudor que prepara su insolvencia, el tiempo requerido por el proceso.

¿En qué sentido influye sobre este fenómeno, la circunstancia de que los bienes que son objeto de garantía se hallen en el extranjero? Lógicamente ninguno. Más aún: se puede

(23) Tratado de Derecho Comercial de Montevideo, art. 37. Asimismo, CARRJÓ, *Apuntes de derecho internacional privado*, Montevideo, 1911. Más ampliamente, LAPRADELLE-NIBOYET, *Répertoire*, verb. *Faillite*.

decir que una vez que el derecho internacional ha llegado al punto de fijar criterios de competencia entre los Estados, la extensión de la potestad coercitiva hacia los bienes radicados en otro territorio, resulta absolutamente indispensable.

10. *El principio de competencia internacional como presupuesto de las medidas cautelares.*

Fijada la competencia internacional, ya sea por Tratados, ya sea por principios concordantes de derecho interno, el mundo entero se transforma en un vasto territorio de la justicia, donde existen jueces competentes y jueces incompetentes (24).

Radicado un conflicto ante el juez competente dentro del orden internacional, los restantes dejan de ser competentes, por aplicación de la norma general en esta materia.

Quiere decir, entonces, que será inútil que los acreedores acudan a otros jueces, porque ellos no podrán escucharlos por ser incompetentes. Inútiles serán también las medidas de garantía que pidan ante ellos, porque planteada la cuestión de competencia, se mandarían levantar los embargos bajo la responsabilidad del acreedor.

El principio de la competencia, que supone una etapa de progreso, vendría a ser, así, una disminución de garantías y regresivo con relación a etapas anteriores notoriamente superadas.

Se dirá que siempre queda un remedio: seguir el juicio

(24) Véase, con agudos razonamientos, SPEERL, *Il processo nel sistema del diritto*, en *Studi in onore di Chiovenda*, pág. 807. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938, p. 83. CARNELUTTI, *Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana*, en *Studi di diritto processuale*, pág. 166; el mismo, *Limiti della giurisdizione del giudice italiano*, en *Riv. D. P. C.*, 1931, II, pág. 218.

ante el tribunal internacionalmente competente, y cumplir luego la sentencia ante el tribunal del lugar de los bienes.

Pero esta respuesta no es solución. Responder en tales términos, es poner al acreedor a merced de la mala fe del deudor que prepara su insolvencia. Es la inexistencia de la tutela jurídica; la negación misma del derecho, que no puede soportar el "periculum in mora"; la desnaturalización de la función de la justicia que exige que sus fallos sean coercitivamente eficaces, y no ilusorios postulados de justicia literaria y formal.

Resumiendo este punto de vista: si los Estados no fijaran por reglas comunes o por reglas propias, los principios de la competencia internacional, entonces podría concebirse la denegación de medidas de garantía fuera del territorio, porque siempre existiría la posibilidad de acudir a los jueces del lugar de los bienes, para pedir a ellos las medidas de aseguramiento; pero fijadas las reglas de tal competencia, y establecido para algunos casos concretos que el juez del lugar de los bienes es incompetente para entender en la acción principal ⁽²⁵⁾, la consecuencia obvia, es la recíproca colaboración del juez competente para el juicio y el juez del lugar de los bienes.

11. *Ejecución y orden público.*

Queda por analizar, el problema de saber si esa extensión de las facultades de coerción, viola los principios de orden público del país requerido.

Ya ha quedado expuesto, que el embargo no afecta el dominio de los bienes, ni el derecho que los acreedores particulares o el Estado puedan tener con relación a ellos. El

(25) P. ej. arts. 56 del Tratado de Derecho Civil.

embargo supone, tan sólo, la expropiación provisoria, de la facultad de disposición que tiene el deudor, sin afectar la esencia misma del dominio ⁽²⁶⁾. ¿En qué sentido afecta este fenómeno la soberanía? Realmente, en ninguno. Especialmente, si se trata de la soberanía en el sentido que el concepto tiene en derecho internacional: cualidad del Estado o de un órgano que no está sometido a ningún otro Estado u órgano, aun cuando se halle ligado a él por reglas superiores ⁽²⁷⁾. El embargo no afecta el llamado dominio preeminente del Estado, por cuanto éste no pierde por tal circunstancia su facultad esencial de expropiación. El derecho del embargante cede siempre ante el derecho del Estado y se convierte en un mero derecho sobre el precio ⁽²⁸⁾. Ni uno solo de los atributos del Estado se afecta por el embargo, como no se afecta por la hipoteca, ni por el usufructo, ni por las servidumbres, ni por la locación.

Y si se considera la situación de los acreedores reales o personales que han puesto sus expectativas en tales bienes, se advierte que también el embargo es ineficaz con respecto a ellos. Los acreedores reales, con derecho de persecución sobre la cosa adquirida con anterioridad al embargo, nada tienen que temer, por cuanto tienen prelación sobre el bien. Los acreedores personales posteriores al embargo, tienen el remedio del concurso civil o comercial, para hacer cesar la medida que injustamente les perjudica. Y en tales casos, el propio sistema del Tratado y los principios gene-

⁽²⁶⁾ Véase CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, en *Saggi*, t. 2, pág. 459 y en *Riv. D. P. C.*, 1926, I, pág. 85, asimismo, CARNACINI, *op. cit.*, SCAGLIONI, *op. cit.*, pág. 213.

⁽²⁷⁾ Cfr. KElsen, *El contrato y el tratado*, trad. E. GARCÍA MAYNEZ, México, 1943.

⁽²⁸⁾ LEGON, *Tratado integral de la expropiación pública*, cap. *Autonomía de la cosa en el juicio*, p. 377 y sig.

rales, les confieren privilegio con relación a los acreedores extranjeros.

Quedaría una última consideración: la de que, con arreglo al principio general de los bienes, los jueces extranjeros no tienen "imperio" sobre las cosas situadas fuera de su territorio.

El art. 26 del Tratado establece que "los bienes, cualquiera sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles". De esta norma, sólo parecería afectar el principio del embargo requerido por juez extranjero, el pasaje relativo a la "enajenabilidad absoluta o relativa".

En este texto se apoya la doctrina que niega el trámite a los exhortos de países extranjeros (²⁹). Pero en el concepto que inspira este estudio, sucede que ni el texto dice lo que afirman sus intérpretes, ni su alcance respecto de la soberanía es el que quiere asignársele.

12. *El régimen de los bienes en el Tratado de Montevideo.*

Veamos, ante todo, su texto. Es menester distinguir en él, con relación a la condición jurídica de los bienes, cuatro elementos: *a*) su calidad; *b*) su posesión; *c*) su enajenabilidad absoluta o relativa; *d*) las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

(²⁹) Fallo de la Suprema Corte Argentina, (t. 89, p. 381). Fallo de la Cámara de Apelaciones de Rosario de 24 de abril de 1916, en *Rev. D. J. A.*, t. 30, p. 353. Dictamen del Fiscal de Salto, Dr. Martínez García y fallo del Dr. Costa Gutiérrez, en *Rev. D. J. A.*, t. 30, p. 353. Fallo del Dr. Jacinto Díaz Mintegui y dictamen del Fiscal de lo Civil, Dr. Vescovi, en los casos anotados.

No parece que el embargo comprometa la calidad ni la posesión de los bienes. Sobre estos dos primeros aspectos de la disposición del Tratado no se puede plantear, ni técnica ni prácticamente, problema alguno en lo que dice relación con el embargo decretado por juez extranjero.

Puede surgir duda, en cambio, en lo que dice relación con la embargabilidad absoluta o relativa o las relaciones de carácter real.

Se hace indispensable analizar el alcance de dichos pasajes.

Por lo pronto, es evidente que el concepto que recogen las expresiones del art. 26 referentes a "su enajenabilidad absoluta o relativa" no va más allá de establecer que la ley del lugar de los bienes es la que determina la posibilidad de su transferencia y las restricciones que puedan existir con relación a la misma. Así, p. ej., la propiedad funeraria dentro de la legislación interna uruguaya, se encuentra fuera del comercio y es inenajenable salvo circunstancias de excepción establecidas en el régimen municipal vigente ⁽³⁰⁾. En el derecho argentino, la situación jurídica es la contraria, pudiendo considerarse bienes que se hallan en el comercio ⁽³¹⁾. La norma del Tratado respecto de un caso como este que sirve de ejemplo, consagra la consecuencia necesaria de que la ley argentina no pueda entrar a regir la enajenabilidad de ese bien radicado en el Uruguay.

No se concibe, pues, que se dé a esa disposición un alcance que no tiene, y menos que se haga caudal del problema de la soberanía y del dominio preeminente, cuando lo único que está en juego es un mero problema de garantía y de

⁽³⁰⁾ DE MARÍA, en *Rev. D. J. A.*, t. 15, p. 8. CARNELLI, *Naturaleza jurídica de las sepulturas*, en *La Ley*, t. 6, p. 29.

⁽³¹⁾ DÍAZ DE GULJARRO, *Los sepulcros como objeto de relaciones jurídicas de derecho privado*, en *Antología Jurídica*, Buenos Aires, 1938.

seguridad jurídica, al que ningún Estado, por su propia legislación interna, se considera ajeno.

13. *Limitaciones a la disponibilidad de los bienes en el Tratado.*

Podría decirse, como un último intento de justificación, que el embargo afecta la disponibilidad del bien y que, por esas razones, cae dentro de las ideas de enajenabilidad relativa.

También esta nueva actitud podría refutarse sin sacrificio de imaginación.

Para ello basta recordar que el embargo no constituye una prohibición absoluta de enajenar, ni crea derechos reales para el embargante.

El embargo no impide la enajenación del bien, porque es válida la venta de cosa embargada ⁽³²⁾. El único efecto del embargo, es el de crear un riesgo para el comprador, que por el hecho de adquirir el bien toma a su cargo solidariamente la deuda de su vendedor, hasta el valor de la cosa adquirida. Si en la venta, el comprador que conoce el embargo, toma la deuda a su cargo y desinteresa al acreedor embargante pagándole lo que le debe el vendedor, la venta es perfecta y ningún riesgo corre. No se concibe, por ejemplo, la paralización de una venta millonaria, por la existencia de un embargo por una pequeña deuda del vendedor. Sólo se tratará de que el comprador retenga del precio la suma necesaria para desinteresar al embargante, o exija cualquier otra garantía similar para que la operación se pueda realizar sin riesgo alguno.

(32) D'ALESSANDRO SAULLO, *Venta de cosa embargada*, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 21, p. 413. ZEBALLOS, *Venta de cosa embargada*, en *Rev. D. J. A.*, t. 39, pág. 364.

Todo esto, que linda hasta con la banalidad, permite demostrar sin esfuerzo, que el embargo no afecta la enajenabilidad ni absoluta ni relativa de los bienes embargados, ni constituye a su respecto relaciones de carácter real.

14. Conclusiones.

Resumiendo estas simples consideraciones: el diligenciamiento de embargos a pedido de un juez extranjero ha sido expresamente previsto en el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo, en sentido favorable a su admisión: la disposición del art. 26 del Tratado de Derecho Civil, no crea un impedimento serio a la admisibilidad de la tesis.

Además, sostener tal cosa, sería negar la jerarquía del Congreso de 1888. ¿Se concibe, acaso, que habiendo actuado todos los congresales en el pleno conocimiento de la doctrina europea de su tiempo, y con fundada información de la jurisprudencia vigente sobre los puntos por ellos tratados, dejara en su labor tan considerable claro, como sería la inadmisibilidad del embargo pedido por jueces extranjeros? Ni a fines del siglo pasado ⁽³³⁾, ni en el presente ⁽³⁴⁾, la doctrina europea ha tenido vacilaciones acerca de la procedencia del diligenciamiento de las medidas de garantía. ¿Cómo podría considerarse, poniendo las deliberaciones del Congreso en el justo punto científico que les cupo en 1888, que esa reunión, que en muchos aspectos se adelantó en más

⁽³³⁾ Véase la cuidada información que acerca de las doctrinas de FOELIX, FIORE, PRADIER FODERÉ y VAQUET se consigna en el informe de GÁLVEZ que precede al texto del Tratado de Derecho Procesal, *Actas*, p. 337.

⁽³⁴⁾ Véase MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938, pág. 21.

de un cuarto de siglo a la legislación internacional europea, iba a colocarse en tan increíble retraso frente a ella?

Si no mediaran, pues, consideraciones de orden técnico-jurídico que hacen deseable la solución, bastarían estas razones de orden político e histórico, para concluir en favor de la tesis de la admisibilidad.

Recordemos, a título de confirmación que el Tratado de Derecho Procesal Internacional suscrito en Montevideo en 1940, ya aprobado por el Uruguay, pero pendiente del canje de ratificaciones, contiene muy amplias previsiones en el sentido de la admisión de solicitudes de embargos por parte de jueces extranjeros, con el notorio propósito de evitar cualquier equívoco en cuanto a la procedencia de la tesis aquí desenvuelta.

13. ALGUNAS NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

SUMARIO: 1. Propósito. — *Capítulo I. LOS FUNDAMENTOS.* — 2. Ideas políticas de la codificación procesal vigente. — 3. Pensamiento social de las leyes procesales. — 4. La igualdad ante la ley procesal. — *Capítulo II. EL MÉTODO.* — 5. La igualdad por compensación. — 6. La jurisdicción especial. — 7. La equidad. — 8. Extensión de los resultados del proceso. — 9. Revisión de los fallos. — 10. Resumen. — *Capítulo III. LA TÉCNICA.* — 11. La competencia. — 12. La conciliación. — 13. El contenido de la sentencia. — 14. La cosa juzgada. — 15. Conclusiones.

ALGUNAS NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

1. *Propósito.*

Estas páginas se proponen exponer algunos presupuestos del derecho procesal del trabajo.

Se trata de señalar a qué tipo de fenómenos responde todo este nuevo sistema; su razón de ser; sus bases; sus consecuencias. Para hablar en lenguaje más precisamente jurídico, *los fundamentos, el método y la técnica.*

Parece innecesaria la exposición del vasto panorama del derecho comparado. No sólo porque existe una excelente literatura en esta dirección ⁽¹⁾, sino porque las consideraciones que aquí se han de desenvolver no sólo no pertenecen a ningún derecho positivo determinado, sino que por constituir un estudio de *política* del proceso civil, son anteriores al examen de cualquier derecho positivo.

(1) En especial los dos últimos volúmenes publicados por el *Bureau International du Travail* antes de la declaración de guerra: *Les tribunaux du travail. Étude internationale des systèmes judiciaires en vigueur pour le réglément des conflits du travail*, Genève, 1938 y *Recueil international de jurisprudence du travail. 1936-37. Douzième année*, Genève, 1938.

CAPÍTULO I.

LOS FUNDAMENTOS

2. *Ideas políticas de la codificación procesal vigente.*

El derecho procesal común, vigente en los países cuyo régimen nos es más familiar, ha sido elaborado en el curso del siglo XIX.

Francia inició el camino con su Código de 1806; la siguió el Cantón de Ginebra, en 1819, con la ley que ha hecho famosa la aguda "Exposición de motivos" de Bellot; en América inicia la marcha, Bolivia, con el primer esfuerzo de codificación procesal americana, en 1833; más tarde, España con su ley de Enjuiciamiento de 1855, reformada más tarde por la de 1881; luego Italia con su Código de 1865; Austria, en 1895, con su famosa *Zivilprozessordnung* debida a Francisco Klein, cuyos principios fundamentales no han sido superados hasta el presente; y por último Alemania en 1898.

La codificación de los demás países americanos surge entre la primera y la última de estas fechas.

Esta rápida enumeración basta para percibir a qué sistema de ideas políticas y jurídicas corresponde todo este movimiento. El derecho procesal vigente en los países arriba enunciados, con la sola excepción de los dos últimos, es el derecho del individualismo, llevado hasta sus últimas consecuencias. Su período de formación pertenece al tiempo en que la voluntad privada era soberana; en que la autoridad del Estado se limitaba a fiscalizar si la lucha de los contendientes era correcta y se respetaban las formas; en que el principio de la igualdad ante la ley tomaba en el

proceso una forma particular: la igualdad de las partes en el juicio.

Todo esto, que admite una expresión de detalle suficientemente precisa en el estado actual de la doctrina ⁽²⁾, forma el natural punto de partida de la explicación que intentaremos formular.

3. *Pensamiento social de las leyes procesales.*

El derecho procesal liberal individualista se apoya, tal como se ha dicho, en el presupuesto de que los hombres son iguales entre sí en el orden jurídico "sin más excepciones que las de sus talentos y las de sus virtudes", como decían los textos constitucionales de esa misma época ⁽³⁾.

No fué necesario que anduviera mucho trecho del siglo XIX, para que se advirtiera que tal igualdad era teórica en el orden económico.

Con el acrecentamiento de la actividad industrial, un nuevo feudalismo fué separando nítidamente dos categorías opuestas en el orden del derecho. La relación contractual puso en evidencia una parte dominante, dueña de todas las condiciones; y una parte dominada, paciente de todas las cláusulas que el empleador quisiera imponer.

Se trata de un fenómeno demasiado conocido para ser repetido. Un excelente estudio ⁽⁴⁾ publicado por el Instituto

⁽²⁾ Hemos tratado de formularla, en el cursillo dictado en la Facultad de Derecho de Córdoba en octubre de 1940, bajo el título, *Trajectoria y destino del derecho procesal hispano-americano*, en este mismo volumen, pág. 291 y sigtes. Un desarrollo posterior digno de especial interés es el de COLONI, *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Milán, 1946.

⁽³⁾ Subsiste el texto, en la actual constitución uruguaya de 1942.

⁽⁴⁾ TISSEMBAUM, *El contrato de trabajo y el derecho civil*, en el t. I, p. 17 y sigs.

de Derecho de Trabajo ofrece amplios puntos de vista a su respecto. Es necesario tomar por otros caminos, y en especial por los del derecho procesal.

En este orden de cosas, el fenómeno se plantea en los siguientes términos: mientras el derecho material, por su parte, fué creando todo un sistema jurídico de excepción, el derecho procesal permaneció estacionario sobre las bases y fundamentos del sistema individualista del derecho común. Por un lado se iba desmoronando la teoría de la culpa en materia de accidentes del trabajo ⁽⁵⁾; se declaraba abolido el principio de la libertad contractual ⁽⁶⁾; se daban nuevas bases al contrato colectivo ⁽⁷⁾. Pero por el otro, el litigio o pleito en que esos intereses se ventilaban, no modificaba sus principios de igualdad de las partes en el juicio, de autonomía de la voluntad privada, de sumisión del juez a la tramitación forzosa del proceso según sus propias leyes.

El desajuste entre el derecho sustancial y el derecho instrumental era evidente. Y por evidente, daba la sensación de que no todo estaba logrado en materia de derecho obrero; que una etapa quedaba por conquistar.

4. *La igualdad ante la ley procesal.*

Este fenómeno no fué el único en el orden del derecho. En otra oportunidad, hemos tratado de demostrar de

⁽⁵⁾ Como resumen de las ideas de ese momento, CABOUAT, *Les accidents du travail*, Paris, 1901, 1907.

⁽⁶⁾ DUGUIT, *Transformaciones del derecho privado*, será siempre el mejor documento de este fenómeno, tal como se presentó a los juristas de comienzos del siglo.

⁽⁷⁾ Cfr. la excelente exposición de GOTTSCHALK, *Norma pública e privada no direito do trabalho*, São Paulo, 1944, esp. p. 259 y sigtes.

qué manera cada vez que el principio de igualdad ante la ley es una simple suposición teórica, este fenómeno se reproduce con semejantes caracteres ⁽⁸⁾.

Consecuencia natural del desajuste entre ambos tipos de normas, fué el surgimiento de un derecho contencioso administrativo; de un derecho procesal de los menores; de un derecho procesal de amparo a la mujer casada.

Y entre ellos, surgió, por la fuerza misma de las cosas, un derecho procesal del trabajo.

No parecen necesarias más explicaciones, para demostrar que el surgimiento de este derecho es sólo una etapa dentro de una vasta obra de política legislativa de amparo al trabajador y aseguramiento de ciertos resultados mínimos de justicia dentro de este tipo especial de relación jurídica, en la cual está en juego la más noble de todas las sustancias del derecho: la sustancia humana.

Trataremos de señalar, en rápidos trazos, de qué manera se han logrado en este campo, los fines esperados.

CAPÍTULO II.

EL MÉTODO

5. *La igualdad por compensación.*

El procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el crear otras desigualdades.

Si la injusticia en el derecho de los menores consiste en

⁽⁸⁾ En *Trayectoria y destino...*, cit., segunda conferencia, *El presente*, en este mismo volumen, pág. 308.

que el padre, mediante dilaciones y desviaciones del proceso, pueda especular con el tiempo y obtener que el hambre llegue antes que la sentencia de alimentos, esa injusticia se repara creando un principio de desigualdad: acelerar el proceso en beneficio del hijo, sacándolo del cauce del derecho común, y estableciendo para él prerrogativas que no están dispensadas al padre.

Esta fórmula —“desigualdad compensada con otra desigualdad”— parece ser la primera en el orden lógico frente al fenómeno en estudio.

De la misma manera, el derecho procesal del trabajo es un derecho elaborado totalmente en el propósito de evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la justicia.

6. *La jurisdicción especial.*

Otra fórmula consiste en sustraer el litigio de la esfera de los jueces del derecho común.

El conflicto derivado de las relaciones del trabajo, por su complejidad, por su finura, por sus propias necesidades, se escurre de la trama gruesa de la justicia ordinaria.

Se necesitan para él jueces más ágiles, más sensibles y más dispuestos a abandonar las formas normales de garantía, para buscar un modo especial de justicia, que dé satisfacción al grave problema que se le propone.

La especialización del juez resulta, en este caso, una exigencia impuesta por la naturaleza misma del conflicto que es necesario resolver.

7. *La equidad.*

Complemento de la solución anterior, es el de dar amplio margen a la equidad.

Frente al derecho estricto de las sentencias comunes, los tribunales del trabajo pueden, en casi todas las organizaciones legislativas europeas, solucionar el conflicto con arreglo a equidad, según su libre y discreto entendimiento.

Se verá más adelante ⁽⁹⁾ qué especial categoría de problemas técnicos crea esta fórmula. La sentencia deja de ser sentencia para tomar caracteres administrativos y hasta legislativos. El juez del trabajo actúa frecuentemente con una especie de permiso en blanco dado por el legislador.

8. *Extensión de los resultados del proceso.*

Otra manera de lograr los fines ansiados, es la de extender los resultados naturales del proceso.

En el derecho común de tipo romano, la sentencia surte sus efectos para las partes que han litigado, y no extiende regularmente su eficacia a los terceros. La sentencia civil funciona, por regla, "inter partes" y sólo por rigurosa excepción "erga omnes".

El contrato colectivo de trabajo ha traído como consecuencia natural, la sentencia colectiva de trabajo. El fallo dado para un Sindicato, puede ser constitutivo de beneficios en favor de todos los otros obreros que se hallan en la misma condición.

Esta extraña posibilidad, inexplicable dentro de las líneas del proceso clásico, responde a la necesidad de ahorrar el litigio en aquellos casos en que un problema jurídico se plantea dentro de los mismos términos.

(9) *Infra*, § 13 y sigtes.

También en este punto se verá ⁽¹⁰⁾ que la actividad jurisdiccional va asumiendo contornos de carácter legislativo al tomar un carácter de obligatoriedad y de generalidad que, en la tradicional estructura del principio de división de poderes, sólo eran privilegio del órgano legislador.

9. *Revisión de los fallos.*

Y por último, dentro de esta somera exposición del método, debe destacarse la posibilidad de revisar las sentencias, toda vez que se opere un cambio de las circunstancias de hecho que le dieron nacimiento.

Un fallo dictado frente a un conflicto individual o colectivo, es siempre revisible y revocable, ante la modificación de algunos de sus presupuestos.

El principio de la inmutabilidad de la sentencia, que pertenece a la raíz misma del sistema jurisdiccional, aparece aquí abandonado. La cosa juzgada, el resorte más poderoso de todo el sistema del juicio civil ordinario, pierde su entidad frente a esta necesidad de que la justicia, como en el lecho de Procusto, se acorte o se alargue a medida de las necesidades surgidas momento a momento, en este orden de conflictos.

10. *Resumen.*

Resumiendo: para crear un derecho procesal del trabajo que restituya a las partes a su posición teórica de igualdad ante el litigio, ha sido necesario modificar los cuatro o cinco principios fundamentales del proceso civil común.

⁽¹⁰⁾ Especialmente, § 13.

Graves alteraciones aparecen impuestas en materia de *competencia*, de *conciliación*, de *contenido de la sentencia* y de *cosa juzgada*.

Es lo que trataremos de ver, en líneas generales, en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III.

L A T É C N I C A

11. *La competencia.*

Los rudimentarios intentos de jurisdicciones especiales, que provienen ya de los comienzos del siglo anterior ⁽¹¹⁾, han venido siendo sustituidos por una complicada red de tribunales especiales, diferenciados de la justicia ordinaria.

Por las razones ya expuestas, se ha optado por la constitución de un llamado *fuero del trabajo* en el que se deciden estos tipos de conflictos.

Se acostumbra a establecer tres tipos diferentes de organizaciones.

En una primera categoría, se encuentran los países que han creado una jurisdicción especial del trabajo para los conflictos individuales.

Pertenecen a este grupo Alemania ⁽¹²⁾, Bélgica ⁽¹³⁾,

⁽¹¹⁾ Así, los Conseils de Prud'hommes, instituidos en Francia por la ley 18 de marzo de 1806.

⁽¹²⁾ Una exposición precisa y muy ilustrativa, en el *Recueil* . . . , ya citado, p. XIX.

⁽¹³⁾ *Les tribunaux* . . . cit., p. 74.

Chile⁽¹⁴⁾, España⁽¹⁵⁾, Francia⁽¹⁶⁾, Italia⁽¹⁷⁾, algunos cantones de Suiza⁽¹⁸⁾, Checoeslovaquia⁽¹⁹⁾ y Yugoslavia⁽²⁰⁾.

Una segunda categoría, otorga a los tribunales especiales el conocimiento de conflictos individuales y colectivos. La distinción fundamental entre "conflictos de derecho" y "conflictos de intereses", cuya raíz de derecho administrativo se advierte fácilmente, permite en estos casos, separar los conflictos a resolverse en el campo estrictamente jurídico, y los que han de dirimirse en el terreno de la conciliación y del arbitraje.

Pertencen a esta orientación Dinamarca⁽²¹⁾, Noruega⁽²²⁾, Suecia⁽²³⁾, la Unión Soviética⁽²⁴⁾ y Venezuela⁽²⁵⁾.

A un tercer grupo, pertenecen aquellos países en los cuales los conflictos individuales y colectivos, los conflic-

(14) El Código del Trabajo de Chile, ha unificado la vasta legislación existente en esta materia. El tema aparece desenvuelto en la parte I, libro IV de dicho Código.

(15) Véase DE BUEN, *Sobre organización y competencia de la jurisdicción del trabajo*, Madrid, 1935.

(16) *Recueil...*, cit., p. XLVIII.

(17) Una clara exposición, en SEGNI, *I tribunali del lavoro in Italia*, publ. en *Studi in onore di Cbiovenda*, p. 771 y sigtes.

(18) *Les tribunaux...*, cit., p. 197.

(19) *Les tribunaux...*, cit., p. 203.

(20) *Les tribunaux...*, cit., p. 226.

(21) *Les tribunaux...*, cit., p. 91.

(22) *Les tribunaux...*, cit., p. 151.

(23) *Les tribunaux...*, cit., p. 191.

(24) Un amplio cuadro de este derecho, es el trazado por DE CASTRO, *Principios de derecho soviético*, Madrid, 1934.

(25) El derecho obrero venezolano, y en especial la organización de sus tribunales de trabajo, aparece muy felizmente expuesto por HERNÁNDEZ RON, *Tratado elemental de derecho administrativo*, Caracas, 1937, t. 2, p. 273 y sigtes.

tos de derechos y los conflictos de intereses, se ventilan ante los tribunales especiales del trabajo, sin distinción alguna.

Lo integran México ⁽²⁶⁾, Portugal ⁽²⁷⁾ y Rumania ⁽²⁸⁾.

El espíritu habituado a manejar los problemas de la organización judicial advierte sin esfuerzo alguno de qué manera se alteran los principios del derecho común.

Por un lado, los tribunales dejan de decidir exclusivamente colisiones de derecho, para avocarse el conocimiento de lo que en el derecho público se conoce con el nombre de "lesión de interés". No se trata ya de decidir una causa "secundum lege", sino de componer un conflicto y de dirimirlo en el ámbito discrecional característico del derecho administrativo.

Por otro, se advierte de qué manera los órganos de este fuero se desprenden de la justicia ordinaria, para integrarse con delegados, asesores y representantes de las partes en conflicto. En la independencia tradicional de los jueces, interfieren elementos no independientes, tomados, como dice la doctrina alemana "de la comunidad viviente a la que pertenece el problema".

La confusa línea limítrofe entre jurisdicción y administración en el proceso ordinario ⁽²⁹⁾, asume aquí, por virtud de las respectivas penetraciones de ambas ramas del poder público, un aspecto casi imposible de descifrar.

⁽²⁶⁾ Ampliamente, DE LA CUEVA: *Derecho mexicano del trabajo*, 2ª edic. México 1943. De este libro se halla, sin embargo, pendiente de publicación el t. II consagrado especialmente al tema de la jurisdicción del trabajo. TRUEBA URBINA: *Derecho procesal del trabajo*, 4 vol. México 1941; CASTORENA: *Tratado de derecho obrero*, México s/f.; TRIGO, *Curso de derecho procesal mexicano del trabajo*, México, 1939, y en especial p. 15 y sigs.

⁽²⁷⁾ Un resumen en VAZ PINTO, *Os tribunais do trabalho*, publicado en el número de diciembre de 1936 de la Revista *O Direito*.

⁽²⁸⁾ *Les tribunaux...*, cit., p. 180.

⁽²⁹⁾ Para este problema, el notable estudio de CALAMANDREI, *Li-*

12. *La conciliación.*

La tradición romana conoció como criterio fundamental de justicia el de su juridicidad.

El derecho preexiste como norma de carácter general, hipotético y abstracto; la sentencia, aplicándolo al caso concreto, lo hace especial, coactivo y concreto.

La justicia de conciliación y de avenimiento, pertenece más bien a la tradición germánica y a la justicia medioeval, en la cual el juez actuaba en el propósito de dirimir la controversia con la solución que a él le parecía equitativa.

Ha sido forma constante en el derecho procesal del trabajo, la penetración de esta segunda forma de justicia. No era otra la intención de los *Conseils de Prud'hommes*, forma incipiente de la magistratura del trabajo en la legislación napoleónica.

En el derecho moderno, esta modalidad continúa ocupando primer plano. Junto a la composición judicial, que la doctrina ⁽³⁰⁾ llama *heterocomposición*, se halla el avenimiento por acuerdo de las partes, *autocomposición*. Esta última asume normalmente tres formas: a) la renuncia a la pretensión; b) el reconocimiento de la pretensión; c) la transacción.

La labor expositiva ya realizada sobre este punto ⁽³¹⁾, hace innecesario incorporar a estas líneas de simple plan-

miti tra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile, en *Studi*, t. I, pág. 344 y sigs. Posteriormente, CORSINI, *La giurisdizione*, Milán, 1936.

⁽³⁰⁾ CARNELUTTI, *Funzione del processo del lavoro*, en *Riv. D. P. C.*, 1930, I, pág. 110. Asimismo, *Conciliación y transacción*, en el presente volumen, pág. 225.

⁽³¹⁾ *Bureau International du Travail, La conciliation et l'arbitrage des conflits du travail*. Études et documents, Serie A. Ginebra, 1933.

teo, el recuerdo de los regímenes más significativos en materia de conciliación y de arbitraje.

13. *El contenido de la sentencia.*

En torno al problema del contenido de la sentencia dictada en esta materia, se ha acumulado una copiosa literatura procesal digna del mayor interés ⁽³²⁾.

Fundamentalmente, el problema se plantea en estos términos:

- fija nuevas condiciones del trabajo comprende a
- a) A diferencia del proceso común, la sentencia que los que, aún no habiendo litigado, se hallan en semejantes condiciones;
 - b) Esa sentencia no sólo rige las relaciones *ya existentes* en el momento de dictarse la resolución (contenido declarativo), sino que actúa *para el futuro* (contenido constitutivo), como una verdadera ley;
 - c) A falta de sentencia, el acuerdo de los sindicatos de intereses opuestos, forma ley para los afiliados, de la misma manera que la sentencia judicial.

Dogmáticamente, se trata de saber a qué fenómenos de derecho responden tan singulares resultados, desconocidos o poco menos en el derecho procesal y contractual común.

Por lo pronto, conviene anticipar que la extensión subjetiva del fallo tiene sólo un sentido relativo.

Los empleadores o los empleados aparecen normalmente *representados* por sus sindicatos; si el fallo alcanza a obreros

⁽³²⁾ La edición del *Bureau International, Les tribunaux ...*, tantas veces referida en este trabajo, contiene, al fin de la exposición concerniente a cada país, una noticia bibliográfica a la que se acude siempre con provecho. Con posterioridad, GOTTSCHALK, *op. cit.*, página 420 y sigtes.

que no han sido parte en el juicio, se debe, en cierto modo, a esa representación tan especial que los involucra a todos en el resultado definitivo del litigio.

No se estaría, pues, en presencia de un problema de límites subjetivos, sino del objeto mismo del conflicto (83).

Pero para que esto ocurra ha sido necesario acudir a una idea de representación totalmente ajena a los principios de derecho privado. Un oportuno acuerdo al derecho internacional, en el cual los Estados *representan* a sus súbditos en los Tratados, ha dado a este problema una solución más ingeniosa que convincente (84).

Se trata de saber, entonces, a qué orden de actividad estatal pertenece ese tipo de resolución: si sigue siendo actividad jurisdiccional; si es actividad administrativa; si, por el contrario, se está en presencia de una verdadera legislación.

En este punto, se divide la doctrina. El amplio debate que el tema ha provocado frente a las disposiciones del derecho italiano, entre los representantes más calificados de la doctrina procesal de ese país, puede servir de orientación. Aún venciendo ciertas dificultades informativas, trataremos de dar, a expensas de estudios encontrados aquí y allá, una idea de las principales corrientes del pensamiento.

Por un lado, se ha sostenido que la sentencia colectiva que fija nuevas condiciones de trabajo, no pierde su natural condición de acto jurisdiccional.

(83) CARNELUTTI, *Funzione...*, cit., p. 123; asimismo JAEGER, *Corso di diritto processuale del lavoro*, Padova, 1936, p. 13.

(84) ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridici*, referido por CALAMANDREI, *La natura giuridica delle decisioni della magistratura del lavoro in Italia*, publicado en el vol. II del *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny*, p. 163 y sigtes. La referencia a ROMANO, en la pág. 175 de dicha publicación.

Se trata, se dice ⁽³⁵⁾, de actividad jurisdiccional regular, algo alterada por las características mismas de los conflictos.

“La ley que prescribe que ciertas relaciones se juzguen por equidad, reconoce como norma reguladora de tales relaciones, las exigencias de la equidad, tal como otras veces reconoce la costumbre”. Además, “la decisión que fija nuevas condiciones para el trabajo, sea por la caducidad de los contratos, sea por un cambio notable en el estado de hecho, actúa la tutela de los intereses de las partes que la ley quiere asegurar, prescribiendo el término de eficacia de los contratos y la posibilidad de revisión” ⁽³⁶⁾.

Por otro lado, se niega que se esté en presencia de una actividad jurisdiccional pura.

La sentencia, se dice ⁽³⁷⁾, asume un doble aspecto: por lo que se refiere a los sindicatos que han litigado, se trata de una verdadera sentencia, a fondo jurisdiccional; pero en lo que se refiere a los empresarios y a los obreros a quienes alcanza sin haber litigado expresamente, se trata de una pura actividad legislativa.

“En el fondo, esta duplicidad de aspectos de las decisiones de la Magistratura del Trabajo no es más que una proyección en el campo procesal de la duplicidad de aspectos que en el campo del derecho sustancial presenta el contrato colectivo” ⁽³⁸⁾. Como se ve, para los sindicatos, *un acto jurídico*; para los empresarios y obreros, *una disposición de orden normativo*.

⁽³⁵⁾ RASELLI, *Appunti intorno alla funzione della magistratura del lavoro*, en *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Cbiowenda*, Padova, 1927, p. 691 y sigs.

⁽³⁶⁾ RASELLI, *Appunti...*, cit., p. 712.

⁽³⁷⁾ CALAMANDREI, *La natura...*, cit., p. 179.

⁽³⁸⁾ CALAMANDREI, *La natura...*, cit., p. 173.

Dentro del mismo plano de coexistencia de la actividad jurisdiccional-legislativa, se encuentra la tesis que admite una envoltura de carácter jurisdiccional con un contenido legislativo ⁽³⁹⁾.

“La sentencia del magistrado que establece nuevas condiciones para el trabajo, objeto de una controversia económica, contiene la implícita creación de una norma jurídica y la aplicación de la misma a las respectivas relaciones. Es *un acto jurisdiccional por la forma y la sustancia, que lleva en sí un acto material*” ⁽⁴⁰⁾.

No hay, según este modo de mirar las cosas, variantes de estructura, la que sigue siendo jurisdiccional; sólo se altera el contenido en cuanto se fijan condiciones que normalmente sólo corresponden a las leyes.

Alejándose de esta consideración que mira la sentencia colectiva como una confluencia de elementos jurisdiccionales y legislativos, se sostiene que no hay unión, sino creación de una categoría jurídica nueva. La sentencia colectiva es algo distinto de todo lo anterior, y constituye de por sí un nuevo fenómeno jurídico: “La sentencia es algo más que el contrato y la sentencia que todos conocemos; algo que se halla en medio del contrato, la sentencia y la ley, porque tiene de los primeros la génesis y de la segunda la fuerza; *un tertium genus* que los juristas todavía ignoran, pero que se impondrá a su atención más temprano o más tarde!” ⁽⁴¹⁾.

Y no ha faltado por último, quienes vean en este tipo

⁽³⁹⁾ SALEMI, *Sulla natura giuridica delle sentenze collettive*, publicado en *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, edit. por la Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán, 1938, p. 467 y sigs.

⁽⁴⁰⁾ SALEMI, *Sulla natura...*, cit., p. 486.

⁽⁴¹⁾ CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, t. 2, p. 106.

tan característico de sentencia, un puro acto legislativo, cuando en ella no se crea una relación concreta; y un acto jurisdiccional, cuando se crea ⁽⁴²⁾.

“Faltando la determinabilidad de la declaración de voluntad privada —se dice— la decisión de la autoridad judicial tiene función creativa de una nueva relación; ella constituirá un acto de naturaleza administrativa (jurisdicción voluntaria), donde la decisión crea una relación concreta y, en caso contrario, un acto legislativo” ⁽⁴³⁾.

Nuestra convicción es que, no obstante todas las anomalías, la sentencia que decide el conflicto del trabajo no pierde su carácter jurisdiccional. Pero como estas páginas son solamente de exposición y no de construcción, consideramos innecesario abordar en ellas el aspecto polémico del asunto.

El derecho procesal del trabajo aparece, luego de tan felices esfuerzos constructivos, en una zona que desborda los confines particulares de la teoría particular del proceso, para emplazarse en una zona fecunda donde afluyen suministrando principios, la teoría general de los actos jurídicos y la misma doctrina del derecho constitucional.

14. *La cosa juzgada.*

La derogación de los principios de la cosa juzgada puede expresarse en muy breves conceptos.

Mientras en el criterio tradicional la sentencia tiene como característica esencial la de su inmutabilidad (*res iudicata facit albo nigrum* . . . , etc.), en materia del trabajo se admite generalmente que una sentencia que decide un

⁽⁴²⁾ SEGNI, *I tribunali* . . . , cit., p. 771 y sigs.

⁽⁴³⁾ SEGNI, *I tribunali* . . . , cit., p. 786.

conflicto particular puede ser anulada o revocada, aún pasando en cosa juzgada, si va contra un reglamento colectivo que establezca condiciones más favorables al trabajador.

La disputa en este caso no ha derivado en cosas de la esencia del fenómeno, sino de detalle (⁴⁴).

Puede advertirse en esta grave alteración de principios, cómo dos apotegmas del derecho tambalean: el que busca en la cosa juzgada la firmeza de los derechos y el de igualdad que no podría explicar de ninguna manera que la sentencia contraria a un reglamento colectivo pueda modificarse *si beneficia* y no pueda modificarse *si perjudica* al obrero.

15. Conclusiones.

De las muy simples nociones que acaban de ser expuestas, se extrae la consecuencia ya insinuada en el texto. El derecho procesal civil de tipo individualista, es insuficiente e injusto para los conflictos derivados de la relación de trabajo.

Un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida, los que ponen su trabajo como sustancia del contrato, y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses.

(⁴⁴) Una vivaz polémica sobre el alcance de esta decisión, es la entablada entre ORSI, *Sulla revocabilità della sentenza più favorevole al lavoratore nelle controversie individuali del lavoro*, en la Riv. D. P. C., 1931, I, pág. 361 y JAEGER con el mismo título, *Postilla*, en la misma Revista, 1932, I, p. 177.

14. TRAYECTORIA Y DESTINO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL HISPANOAMERICANO

SUMARIO: 1. Propósito. — 2. El derecho procesal de España, provincia de Roma. — 3. El derecho procesal de las tribus invasoras. — 4. La fusión. El estado visigótico. El Fuero Juzgo. — 5. El derecho procesal popular y local durante la Edad Media española. — 6. La legislación procesal de Alfonso el Sabio. El Fuero Real de España y la Partida III. — 7. La codificación americana. — 8. Conclusiones.

SUMARIO: 1. Concepto del proceso civil dentro del pensamiento individualista del siglo XIX. — 2. Principios fundamentales de esta concepción. — 3. El principio de bilateralidad. — 4. El principio dispositivo. — 5. El principio del impulso procesal a cargo de la parte. — 6. El principio de racionalidad de la prueba. — 7. El principio del proceso escrito. — 8. Grandeza y fracaso del individualismo en el campo del derecho procesal. — 9. Conclusiones.

SUMARIO: 1. La crisis del individualismo y los intentos de superación. — 2. Expresiones del derecho procesal en los países de organización democrática. — 3. Orientación general de los países de organización totalitaria. — 4. El derecho procesal del Estado Fascista. — 5. Corrientes del pensamiento procesal en el Tercer Reich alemán. — 6. La doctrina comunista. — 7. Confrontación de las diversas orientaciones. Contenido esencial del derecho procesal democrático y totalitario. — 8. Conclusiones.

TRAYECTORIA Y DESTINO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL HISPANOAMERICANO(*)

PRIMERA CONFERENCIA

EL PASADO

"Estas cuatro cosas son naturales al señorío del Rey, que non las deve dar a ningund ome, nin las aparte de sí, ca pertenecen a él por razón del señorío natural: Justicia, Moneda, Fonsedera e suos yantares".

("El Fuero Viejo de Castilla").

1. *Propósito.*

Este curso aspira a tomar el derecho procesal en dos dimensiones: una *de tiempo*, y otra *de profundidad*.

En tiempo, intenta dar una visión de carácter general de diecisiete siglos de proceso civil, como única posibilidad de no distraernos de la realidad inmediata y comprender las cosas que manejamos, en su verdadera trayectoria histórica.

En profundidad, porque el espíritu científico no puede contentarse con las formas. Los procesalistas acostumbramos a manejar plazos, recursos, modos de las sentencias o

(*) El presente estudio está constituido por la versión taquigráfica, con algunas breves anotaciones bibliográficas, del cursillo dictado en la Universidad de Córdoba en la primavera de 1939. Por razones derivadas de su propia significación en el momento en que fueron pronunciadas, estas conferencias se publican sin modificación alguna.

de las peticiones. Pero esto es la corteza de las cosas; es la envoltura de los elementos que estamos trabajando; dentro de ella hay algo, hay una sustancia que integra la esencia misma del derecho. La posición de las partes frente al juez, no es otra cosa que un aspecto particular del conflicto de los intereses individuales con los intereses públicos; de la colisión entre individuo y Estado, entre libertad y autoridad.

Vamos a ver cómo es que se ha presentado este problema, no ya en sus aspectos externos o de envoltura, sino en lo que es fundamental y de fondo; en ese punto que significa contacto profundo del derecho con la vida.

En la clase de hoy, veremos el primero de esos desarrollos: el relativo *al pasado*, o sea a las fuentes de las cuales nos llega el derecho que estamos viviendo.

Prefiero dividir esta exposición en tres momentos históricos: uno, que toma desde la invasión visigoda hasta el Fuero Juzgo; es decir, desde el siglo V al VII; otro, que toma desde el Fuero Juzgo hasta Las Partidas, del siglo VII al XIII; y otro, que toma desde Las Partidas hasta el comienzo de la codificación americana; desde el siglo XIII al XIX.

Todo esto en grandes trazos de visión general.

2. *El derecho procesal de España, provincia de Roma.*

Cuando en el siglo V se produce la invasión visigoda en España, aparecen frente a frente, no sólo dos razas, sino dos pueblos de antagónico sentido del derecho.

El pueblo español, provincia romana, se regía por el derecho procesal romano, que a esa altura del siglo V (año 414, aproximadamente) ya había entrado en una etapa de evolución perfeccionada (1).

(1) Se había llegado ya a la "cognitio extra ordinem", que representó un alto grado de perfeccionamiento sobre el "ordo iudiciorum

Si tuviéramos necesidad de fijar los puntos esenciales de este derecho procesal, los podríamos concretar en estas tres precisiones fundamentales:

La primera, es la existencia de órganos de la jurisdicción; una cosa intermedia entre el individuo y la ley; el espíritu romano práctico, positivo, concibe el derecho, ya a esta altura, como una función de Estado.

La segunda, es la existencia de un orden jurídico firme, y que llamaríamos, en términos modernos, *seguridad de la tutela jurídica*; existencia de un derecho y jueces que lo aplican. La sentencia tiene, así, un carácter declarativo; el orden jurídico preexiste y el juez lo declara actual y vigente para el caso concreto que se le propone.

La tercera, es la lógica de la prueba y de la decisión. Un pasaje del edicto de Adriano, dice: "*Ex sententia animi tui*". El juez hace la sentencia, como se lo dice su conciencia, como cosa arrancada de su propia alma ⁽²⁾.

Estos eran los elementos fundamentales del proceso romano vigente en España, provincia, en el siglo V, época de la invasión.

3. *El derecho procesal de las tribus invasoras.*

Se produce la invasión, pero no en la forma de ola de sangre que se acostumbra a afirmar tradicionalmente. La

privatorum". Sobre esta evolución, en la literatura más reciente, WENGER: *Institutionem des römischen Zivilprozessrechts*, Munich 1925 (existe una traducción italiana de ORESTANO, Milán, 1938; una excelente reseña indicando la orientación del libro, ha sido publicada por BETTI, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 70); GIRARD: *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, París, 1901, realmente excepcional; como preciso resumen, COSTA: *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918.

⁽²⁾ Este punto de vista, y amplia bibliografía, en CHIOVENDA, *L'idea romana nel processo civile moderno*, conferencia pronunciada en

penetración visigoda en España, fué lenta, con sentido de asimilación.

Y aparece, entonces, un nuevo derecho antagónico del romano, proveniente de hombres dotados de hondo espíritu religioso y con un sentido metafísico de la vida; diríamos, la antítesis del espíritu romano.

Si hoy quisiéramos ilustrar en forma viva de cómo era el proceso germánico, primitivo, podríamos acudir a una evocación de carácter artístico. El primer acto de "Lohengrin", el poema de Wagner, es un proceso germánico tal como se puede desenvolver a esta altura. Elsa es acusada de matar a su hermano; el acusador la denuncia ante el Rey, y el Rey ante el pueblo pide que comparezca un defensor, para que luche con el acusador y el duelo decida de la culpa o inocencia.

Esto, en términos modernos, asimilando el proceso civil al penal, se llamaría demanda, citación y emplazamiento, nombramiento de defensor de oficio, prueba y sentencia.

Aquí ya hay algo radicalmente distinto a lo anterior. El espíritu germánico no concibe la jurisdicción como una organización del Estado. El espíritu guerrero de los germanos primitivos concibió el proceso como una guerra más.

No hay jurisdicción porque no hay organización política estatal que pueda asumir la función de la justicia. No hay tampoco certeza jurídica. La única certeza que tiene el derecho procesal germánico primitivo, es el concepto de que la divinidad no puede condenar a un inocente, y que la lucha o la prueba del hierro caliente, o del agua hirviente, dirán en definitiva dónde están los culpables y dónde los inocentes. Y tampoco hay presupuestos de raciona-

lidad en la apreciación de la prueba, porque el juez es un instrumento inerte del proceso; en el proceso sólo habla la voz de Dios y el juez se limita a comprobar cómo se ha pronunciado esa voz ⁽³⁾.

(Cuando hoy hablamos, todavía de interlocutoria de prueba, estamos empleando un concepto del derecho procesal de los germanos. En nuestro derecho, el auto que abre a prueba, no es una interlocutoria; pero lo era en el derecho germánico, porque el juez en la interlocutoria, decidía quien tenía derecho a probar; y el poder probar, casi siempre mediante juramento, significaba triunfar. La "interlocutoria" de prueba, decidía el fondo del asunto en mitad del proceso).

4. *La fusión. El Estado Visigótico. El Fuero Juzgo.*

Estos dos mundos jurídicos tan antagónicos, tan curiosamente antagónicos, se encuentran frente a frente y coexisten casi sin interferencias durante dos siglos.

Pero se produce en este entonces, lentamente, una obra de penetración del elemento germánico en el elemento español. Algo así como si en un gran crisol se fueran fundiendo dos razas de mentalidades opuestas para crear una ter-

⁽³⁾ Sobre el proceso germánico y su confrontación con el romano, no ha sido superado aún el estudio de CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, prolucción leída en Parma en 1901, publ. por primera vez en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1902, reproducida luego en los *Saggi* (última edición de 1930, t. 1, p. 131) e incorporada luego a la *History of Continental Civil Procedure* compilada por MILLAR, Boston, 1927. Ha insistido recientemente en un aspecto de esa confrontación RICCA-BARBERIS, *Le droit d'agir dans la tradition germanique et dans la tradition latine. Klage et actio*, en *Recueil en l'honneur de Edouard Lambert*, pág. 551.

cera sustancia, producto de la fusión de las dos, pero superadora de las posibilidades de ambas.

Es curioso que este mismo fenómeno se produzca en toda la Europa del Sud. El proceso de la asimilación de los francos y de los longobardos, sufre esta misma trayectoria histórica. Pero en España, por virtud de una serie de características especiales, que sólo se han dado en este pueblo admirable, toma una forma completamente particular.

No es posible al procesalista dar a sus ideas, en este punto tan excepcionalmente interesante, una base de investigación histórica. Toda la historia del derecho procesal español está por escribirse, se ha dicho con muy buenas razones. Pero es posible, tomando elementos de información general y de búsquedas realizadas para otros campos del derecho, sentar una serie de premisas fundamentales acerca de este fenómeno (⁴).

(⁴) La guerra civil española detuvo, justamente en el instante en que comenzaba a adquirir una excepcional significación histórica y jurídica, los estudios de historia del derecho español. Por primera vez en la larga historia del pensamiento jurídico español, una escuela con contenido de tal, debida a los esfuerzos de EDUARDO HINOJOSA, iniciaba el estudio de la historia del derecho en una dirección rigurosamente científica. De los resultados de esa labor, nos servimos para este trabajo. El lector hallará riquísimos materiales, de un interés inagotable, en la colección del *Anuario de Historia del Derecho Español*, editado por el Centro de Estudios Históricos, dependiente de la "Junta para la ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas", desde el año 1923 hasta la víspera de la revolución. De esa colección destacamos, entre otros muchos, dos trabajos realmente notables. Uno de ellos es el de TORRES, *El Estado Visigótico* (t. 3, p. 307); el otro es el de DE DIEGO: *Historia judicial de Aragón en los siglos VIII al XII* (t. 11, p. 77). Del vasto material de lecturas sobre este tema, resulta indispensable destacar HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho Español*, Madrid, 1925; ERNST MAYER, *Historia de las Instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V a XIV*, Madrid, 1925-26, excelente en cuanto a la información, pero imposible

Parece posible, en definitiva, afirmar la existencia de un *Estado Visigótico* organizado sobre la base de principios de derecho público y no derecho privado, como había sido la tradición romana, y que da la posibilidad de señalar una serie de relaciones jurídicas entre el rey y los señores y los señores y los vasallos, característica de la Edad Media española.

Fruto de esta obra de penetración, es el Fuero Juzgo. El Fuero Juzgo constituye aún hoy una de las fuentes más vivas del derecho procesal. Pocas veces he podido sentir en la búsqueda de antecedentes históricos, una emoción mayor que la que tuve al enfrentarme, hace ya tiempo, por primera vez, con esas páginas.

No sólo es el fruto de la fusión del espíritu germánico y el espíritu romano; es algo más. Tiene un sello de humanidad, en el más puro sentido de la palabra, una natural grandeza filosófica hecha de religión y de respeto por la condición del hombre, que le da una expresión verdaderamente conmovedora.

Yo tengo para mí, que el fondo humano del Fuero Juzgado, no ha sido superado, desde el punto de vista del derecho procesal, en los trece siglos posteriores.

No encuentro otra manera de demostrar esto, que refrescar brevísimamente algunas lecturas. Quiero destacar solamente por la conexión con el derecho que estamos estu-

de ser acompañado en su obra constructiva; MINGUIJON, *Elementos de historia del derecho español*, Zaragoza, sin la significación de la nueva escuela, pero siempre útil. Son excelentes, aun para el jurista, dos obras de cultura general de MENÉNDEZ PIDAL, *Orígenes del español*, Madrid, 1926 y *La España del Cid*, última edición, Buenos Aires, 1929. En la literatura uruguaya debe tenerse un especial recuerdo para el ensayo de JIMÉNEZ DE ARECHAGA (J.): *Orígenes hispanos del derecho de América*, Montevideo, 1925 y para el reciente libro de su hijo del mismo nombre, en un hermoso esfuerzo de continuidad científica: *Sobre derecho público español (10 esquemas de clase)*, Montevideo, 1940.

diando, el concepto de la autoridad y el escrúpulo de la igualdad ante la justicia.

Un pasaje sobre el concepto de la ley: “La ley gobierna a la Ciudad y gobierna al hombre en toda su vida; es dada a los varones como a las mujeres, a los grandes como a los pequeños, a los sabios como a los no sabios, a los fijosdalgos como a los villanos; y es, sobre todas las cosas por la salud de Príncipe y del pueblo; y defendiendo o todos, reluce como el sol”.

El principio de autoridad del juez: “Si algún Obispo no quisiera venir por mandato del Juez, y no quisiera dar personero que responda por él, el Juez de la tierra o el Señor de la provincia le obligará a que pague 50 sueldos, y de aquellos 50 sueldos, que 20 los tenga el Juez por el desprecio y 30 el que se querellaba de él”.

El escrúpulo de la igualdad: “Todo hombre que tiene pleito y lo da a algún hombre poderoso para que por su ayuda de poderoso pueda vencer a su adversario, debe perder la cosa y el pleito, aunque lo demande con derecho. Y el Juez, si aquél poderoso quisiera intervenir en el pleito, puede prohibirle que lo haga. Y si el poderoso no lo quisiera dejar ni quisiera salir del pleito, el Juez le debe exigir dos libras de oro, una para sí y otra para la otra parte, y echar al poderoso fuera del juicio por fuerza”.

Otro sobre lo mismo: “Si el Obispo o el Príncipe tienen pleito con algún hombre, deben dar personero que siga el pleito por ellos. Pues parecería deshonra a tan grandes hombres si un hombre inferior contradijera lo que ellos dicen en el pleito. Y si el Rey quisiera seguir el pleito por sí ¿quién osaría contradecirle? De aquí que mandemos que no sigan el juicio por sí sino por personero, para que no desfallezca la verdad por miedo al poderío”.

Otro semejante: "Ningún hombre puede poner por personero de su pleito, hombre más poderoso que él para apremiar a su adversario por el poder de aquél. Y si algún hombre poderoso tiene pleito con hombre pobre, y no quiere seguir el pleito por sí mismo, no puede poner por personero, hombre que no sea igual al pobre. Y si el pobre quisiera poner personero, puede poner personero que sea tan poderoso como su adversario".

El último: "Si una de las partes diere tantos testigos como la otra, el Juez debe mirar cuáles deben ser más creídos. Y si algún hombre por mandato del Juez no quisiere decir la verdad o dijere que no lo sabe y no quisiere jurar por gracia, por amor o por ruego, si es hombre de gran importancia, nunca más puede ser testigo en ningún pleito. Y si es hombre de menor importancia y es hombre libre, tampoco puede ser más testigo y debe recibir además 100 azotes y debe ser difamado. Pues no es menor pecado negar la verdad que decir la mentira".

Así de admirable es el fondo del Fuero Juzgo. Este equilibrio entre el individuo y la autoridad, entre la sustancia humana y el poder, desde el punto de vista procesal, repito, no ha sido superado, en mi concepto, en el derecho posterior.

5. *El derecho procesal popular y local durante la Edad Media española.*

Conviene, sin embargo, sobreponerse a la admiración que despiertan estas páginas, para entrar a considerar la real vigencia de las mismas durante la Edad Media española.

Las investigaciones históricas más recientes han permitido afirmar que su aplicación era escasa y que al lado de ese

derecho doctrinario y codificado, un derecho popular, no menos vivo e interesante, gobernaba la España medioeval.

La escasez de ejemplares del texto; las urgencias de la guerra de la reconquista; la penetración del derecho árabe; múltiples razones de orden local y político hicieron inaplicable el Fuero Juzgo. Castilla quemó en la Iglesia de Burgos, en el siglo X, todas las copias que poseía del Fuero Juzgo, para significar con ello la existencia de su autonomía frente a León y la vigencia de un derecho no visigótico, sino apoyado en sus tradiciones, en su albedrío y en la costumbre germánica y romano-canónica.

Una consideración unitaria del derecho medioeval español sería profundamente errónea. El derecho de este tiempo es localista y particular. Para advertirlo bastaría confrontar las investigaciones cumplidas en distintas regiones, para advertir diferencias profundas. Así, por ejemplo, el derecho de Castilla ha sido mostrado por Menéndez Pidal en *La España del Cid*; el de Aragón, por Eduardo de Diego, en su estudio notable *Historia judicial de Aragón en los siglos VIII al XII*; y el de León por Puyol en sus *Orígenes de León*. Una confrontación de los materiales reunidos por esos autores, y especialmente la compulsa de "diplomas" o extractos de documentos judiciales, señala la existencia de un derecho popular no sólo distinto, sino a veces contrario a las fórmulas del Fuero Juzgo (⁶).

Intentaré exponer en grandes trazos los caracteres de ese derecho.

(⁶) DE DIEGO, *op. cit.*, p. 93 llama "edad diplomática" a este largo período de la vida de España, durante la cual los diplomas son la única fuente de conocimiento del derecho. Pueden consultarse, asimismo, las *Estampas de la vida de León durante el siglo X*, de SÁNCHEZ ALBORNOZ. Este libro acaba de ser reeditado bajo el título de *una ciudad hispano-cristiana hace un milenio*, Buenos Aires, 1947.

Conviene destacar, en primer término, la vigencia del principio de publicidad; había todavía justicia hecha en la plaza pública, especie de resabio de la primitiva asamblea popular germánica; el emplazamiento no se hacía con formas rituales sino simplemente con testigos; había en contra del precepto expreso del Fuero Juzgo que prohibía la transacción si no era aprobada previamente por el juez, una gran tendencia a la transacción, al avenimiento. No hay que perder de vista que la justicia de conciliación, la justicia de equidad y no jurídica, no es de origen romano sino germánico.

De cómo hay en la Edad Media española una tendencia muy acentuada a la transacción, puede dar fe un breve pasaje de *El Romancero del Cid*, que nos da una admirable pintura de la época. Doña Jimena, hija del Conde Lozano, va a ver al Rey, y le expresa en estas pocas palabras lo que es el concepto de la justicia:

“Rey que no face justicia,
non debiera de reinare,
ni cabalgar en caballo,
ni con la Reina fablare,
ni comer pan á manteles,
ni menos armas armare”.

Se queja al Rey, de que muchas veces acudió ante él para pedir justicia por la muerte de su padre, cometida por el Cid, y sólo encontró prometimientos. Y entonces, el Rey le responde:

“Callede, Doña Jimena,
que me dades pena grande,
que yo daré buen remedio
para todos vestros males.

Al Cid no l'e de ofender,
que es hombre que mucho vale,
y me defiende mis reinos,
y quiero que me los guarde;
pero yo os daré un partido,
con él, que no os esté male,
de tomalle la palabra
para que con vos se case”.

Es decir, la sentencia del Rey no es una sentencia sino una propuesta de transacción: el matrimonio del ofensor con la hija del ofendido.

Está probado, además, en los numerosos diplomas, cartas pueblas y fueros compulsados, que regía el principio de la oralidad característico de la época, y además peculiar del derecho procesal germánico.

En materia de prueba, se produce una fusión sumamente curiosa de los distintos elementos de la prueba lógica del juicio romano con la prueba ritual del juicio germánico.

Puyol distingue tres tipos de prueba: una prueba *natural*, o sea la investigación o pesquisa; una prueba *de conciencia*, el juramento, que era normalmente la más importante de las pruebas, porque violar el juramento aparejaba la pérdida de la paz; y se suponía que ningún germano era capaz de perder su paz por el hecho de violar el juramento; y además, las pruebas sobrenaturales o sean las ordalías, o juicios de Dios, la prueba característica del derecho germánico.

Otros principios de este derecho consuetudinario lo constituyen el predominio de la probidad y buena fe, característico de todas las judicaturas patriarcales; el principio de pasividad del juez, limitado tan sólo a hacer algunos in-

terrogatorios, a determinar la prueba a producirse y a dictar sentencia, ya que las citaciones, como en el actual derecho inglés, no se practicaban por los órganos de la justicia, sino por los propios litigantes.

6. *La legislación procesal de Alfonso el Sabio.*

En ese estado de cosas, llega el siglo XIII, en el que Alfonso el Sabio, sanciona Las Siete Partidas. Especialmente, en materia procesal, la Partida III.

No debe hacer un desarrollo muy a fondo de este aspecto porque supongo que el derecho procesal de la Partida III es conocido (*). Sólo quiero destacar lo que significa como confrontación con lo antecedente y con lo subsiguiente.

El derecho de la Partida III, no va a ser ya el producto de una fusión histórica de dos razas, sino una vuelta al tipo clásico romano. La Partida III, es el derecho procesal del Digesto, al que se le ha sumado, en leve modo, la experiencia española; pero no hay diferencia de raíz entre este tipo de derecho y el derecho romano.

Hay que considerar, además, que la Partida III, no fué en su tiempo derecho aplicable, sino derecho teórico.

Alfonso X, escribió dos códigos procesales. Para su tiempo, uno: El Fuero Real de España; para la posteridad otro, la Partida III. El Siglo XIII no conoció la aplicación de la Partida III. Sólo en los siglos posteriores es que se va a pro-

(*) Poco conocido es, sin embargo, en América, el hecho de que una de las fuentes más importantes de la Partida III son las obras del Maestro JACOBO DE LAS LEYES, *Flores de derecho, Doctrinal y Los nueve tiempos de los pleytos*, cuyas obras han sido objeto de una edición moderna a cargo de UREÑA Y BONILLA Y SAN MARTÍN, *El maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924. Sobre este autor consúltese ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1934, esp., págs. 187 y 151.

ducir su verdadera aplicación práctica. La Partida III, significa el tránsito de un derecho popular, vivo y hondo, a un derecho escrito, académico y romano.

Hoy, a tanta distancia como va corrida, con perspectivas históricas suficientes, podemos decir que el derecho de la Partida III, desde el punto de vista práctico, no supera al Fuero Real, que fué la legislación procesal de su tiempo. La Partida III, comprende 633 larguísimas leyes; es el código de procedimiento más denso, pesado y casuista de toda la historia del derecho procesal. Con su material, hoy se harían cuatro códigos. En cambio, el Fuero Real, es una admirable cosa ágil, precisa, de soluciones concretas y adecuadas a la realidad.

Desde el punto de vista político, es decir, en su fondo mismo de justicia, el derecho procesal de las Partidas, no supera aquel equilibrio maravilloso de libertad y autoridad, característico del Fuero Juzgo.

Juzgada, sin embargo, desde el punto de vista científico, la Partida III es un verdadero monumento; como fundamentación del derecho procesal de su tiempo, es un documento insuperable. Hoy, lo debemos considerar como tal; pero solamente desde este punto de vista.

7. *La codificación americana.*

La Partida III va a gravitar, aproximadamente, durante seis siglos sobre la vida española y sobre la vida colonial.

Cuando España da su gran salto histórico y empieza a organizar a su imagen y semejanza la conquista y colonización americana, las Partidas van a dar los principios fundamentales del derecho procesal.

En su texto original primero; en la Recopilación, luego; en las Leyes de Indias, más tarde; y en las instrucciones

o Reales Cédulas dadas para la Colonia por la corona de España, por último, el principio jurídico de la Partida III va a dominar la vida del derecho procesal hasta el siglo XIX.

También el derecho procesal de la Colonia es un derecho que está por escribirse (⁷). Pero no puede ponerse en duda que las fuentes españolas, en especial las posteriores al Renacimiento, inspiraron todo el proceso del nuevo mundo.

Sobre esas bases, al cumplirse el primer tercio del siglo XIX, se produce en la América española el primer intento de codificación procesal.

El 11 de marzo de 1833, esto es, veinticinco años antes de la Ley española de Enjuiciamiento, el general Andrés de Santa Cruz, presidente de la República Boliviana, publica el primer Código de América, sancionado por el Congreso Constitucional de Bolivia, que lleva el título "*Código de procedimientos Santa Cruz*" (⁸).

Es el más curioso e interesante ensayo de coordinación de todos los principios del procedimiento, civil y criminal, anticipado en un cuarto de siglo a la ley que sobre esa materia habría de darse España.

(⁷) La abundancia de materiales dispersos augura desde ya un vivo interés para una Historia del derecho procesal colonial. Son excelentes las contribuciones que hasta la fecha han dispensado a este tema SOLORZANO, *Política indiana*; JOFRÉ: *Causas instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII*; RUIZ GUIÑAZÚ, *La magistratura indiana*; LEVENE, *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*; recientemente, como exposición de conjunto, IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina*, La Plata, 1938. Debe advertirse, sin embargo, que el interés histórico de una empresa de esa índole es muy superior a su valor técnico. El derecho procesal americano del período de la independencia se nutre en muy limitada medida del derecho colonial; sus fuentes son, sin duda alguna, los textos europeos del siglo XIX.

(⁸) La primera edición de este Código no contiene otro material que su texto y el Decreto de promulgación. Es una excelente obra ti-

Para el espíritu científico este Código tiene un interés verdaderamente excepcional. De una manera clarísima pueden advertirse en él las tres vertientes históricas del derecho procesal que habrán de nutrir el espíritu de nuestro tiempo.

a) Instituciones de origen germánico. El Código de Procederes Santa Cruz, establece la conciliación obligatoria previa al ingreso al juicio realizada ante un juez de paz (arts. 192 a 216); esto no tenía sello romano sino germánico. b) Instituciones romanas. La racionalidad de la prueba, las formas especiales de la demandada, de la citación y especialmente de la cosa juzgada. c) Caracteres del procedimiento colonial. El proceso escrito, desesperadamente escrito, característico de la justicia colonial, que necesitaba la forma escrita para salvar las grandes distancias que había en las apelaciones, no sólo en el territorio de la colonia sino de las apelaciones que se realizaban ante los tribunales de España (9).

Luego de este curioso intento de codificación, que sería

pográfica que lleva el sello de la "Imprenta chuquisaqueña, dirigida por Aillon y Castillo", Chuquisaca, 1833. El Código (que como se sabe forma parte de una empresa de codificación de estilo napoleónico del General Santa Cruz), comprende la materia civil y penal; consta de 1534 artículos; su redacción es clara y concisa, su técnica general muy buena. Sobre este movimiento legislativo puede verse, en general, SANJINES, *Las constituciones políticas de Bolivia*, y PAZ, *La Suprema Corte de Justicia de Bolivia. Su historia y su jurisprudencia*, Sucre, 1910.

(9) Una idea de la lentitud de la justicia colonial en materia de apelaciones, la da el hecho de que luego de suprimida la primera Audiencia de Buenos Aires (1671) las resoluciones del Cabildo de Buenos Aires son recurribles ante la Audiencia de La Plata (Charcas, Bolivia). Según se dice en un informe del Gobernador Vértiz, "se requería un plazo de cerca de un año para evacuar el emplazamiento". Creado ya el Virreynato del Río de la Plata, el Virrey Ceballos informa (1777) que en una visita de cárceles constató que la mayoría de los reos condenados a muerte llevaban 8, 10 y aún 12 años de procesamiento. IBÁÑEZ FROCHAM, *op. cit.*, p. 12.

la primera expresión americana del derecho procesal, vienen las leyes españolas de 1855 y de 1881, cuyas fórmulas, muchas veces copiadas y reproducidas, informan, todavía, la codificación americana.

8. Conclusiones.

¿Qué sentido tiene esta larga trayectoria histórica?

La codificación en América se produce a expensas de las ideas individualistas de la segunda mitad del siglo XIX; diríamos, en el jubileo de la voluntad individual y de la libertad humana.

Toda la codificación americana, parece tener como coloración característica el respeto de la autonomía de la voluntad: la parte omnipotente frente al juez atado por los intereses de los particulares.

¿Para bien o para mal?

Todavía no deseo anticipar conclusiones.

Puedo, sin embargo, afirmar que aquellas primitivas fórmulas tan diáfanas del siglo VII se han desnaturalizado y perdido sentido. Comienza ahora, a través de una etapa de reelaboración, impuesta por el aumento de los juicios y su siempre creciente complejidad, el culto de las formas. Pero de unas formas tan especiales y tan características, que a pesar de estar alimentadas por la voluntad individual, parecería que se van devorando al individuo. Nace un nuevo ritualismo de la justicia, imperioso, dominador y dueño de los hombres y de los actos.

Cómo las formas se van devorando la vida, es cosa que veremos en la clase de mañana.

SEGUNDA CONFERENCIA

EL PRESENTE

"La suerte del individualismo ha sido una suerte ilógica, absurda... y trágica".

VAZ FERREIRA.

1. *Conceptos del proceso civil dentro del pensamiento individualista liberal del siglo XIX.*

En la clase de ayer habíamos visto de qué manera el derecho procesal había logrado conquistar en una época de formación, un equilibrio casi prodigioso entre el hombre y el poder, entre la libertad del individuo y la autoridad del Estado.

Ese equilibrio comienza a romperse en el siglo XIII, con las Partidas, y se altera, definitivamente, en el siglo XIX.

La codificación procesal americana, responde totalmente a esta orientación de sello individualista y liberal (10).

(10) Parece precaución indispensable fijar el sentido meramente relativo que tienen las palabras *individualismo liberal*. La fórmula del individualismo sería: "cada individuo reciba las consecuencias de sus actos, de sus méritos y de sus capacidades". VAZ FERREIRA en *La actual crisis del mundo desde el punto de vista racional* (Conferencias dictadas en la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires, edit. Losada, Buenos Aires, 1940, p. 430) ha demostrado convincentemente que este individualismo no existió nunca como fórmula social: ni corresponde al régimen social actual ni a ningún régimen del pasado. Pero así y todo, seguimos sirviéndonos del concepto para expresar todo un sistema de ideas en el cual la condición del individuo, sujeto de derecho, asume un papel preponderante en las relaciones del mundo jurídico. Por otro lado, uniendo al vocablo individualismo el concepto *liberal*, vinculamos la idea anterior a un concepto no ya jurídico sino político,

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, el apogeo de la libertad individual es absoluto, y llega hasta al proceso en sus formas máximas de expresión.

Se podría reducir la fórmula de todo el derecho procesal individualista y liberal, a los siguientes conceptos: el juicio es una relación de derecho privado, en la cual la voluntad de los particulares se sirve del Estado como instrumento de discernimiento de la justicia y de coacción para cumplir el fallo, si es necesario.

Bastaría mirar las líneas generales de la codificación hispanoamericana del siglo XIX y principios del presente, para ver de qué manera la voluntad privada es omnipotente. No hay demanda, en materia civil, promovida de oficio. Sólo la voluntad pone en función los órganos jurisdiccionales. El impulso procesal está asignado a la decisión de las partes y no a los órganos del Estado. Son los litigantes los que empujan el proceso mediante actos de voluntad (acuses de rebeldía, provocación de caducidades, etc.). La prueba no la produce el juez sino las partes. Las sentencias, no se apelan de oficio como en ciertas materias penales sino mediante recurso emanado de la voluntad de la parte agraviada. En resumen: el interés individual es el motor del proceso; él lo impulsa, lo detiene o lo liquida.

El acuerdo de partes o transacción es, dentro de esta concepción individualista, el subrogado contractual de la sentencia. Las partes se dan por convenio (*pacta sunt servanda*) una forma equivalente a la que el juez les habría dado mediante sentencia.

Todo, como se ve, se mueve en el orden privado. El

según el cual se asegura en la máxima medida posible "la libertad individual frente al poder público". En este último sentido, hago mías las penetrantes conclusiones de FRANCISCO AYALA, *El Estado Liberal*, en *La Ley*, t. 20, p. 63, sec. doct.

Estado se preocupa de que las garantías procesales se respeten y se cumplan, sin una inquietud muy profunda por el resultado mismo de la justicia.

Como en el duelo, una vez observadas las formas, bien vence el que vence.

2. *Principios fundamentales de esta concepción.*

La clase de hoy tiene por objeto considerar cómo está planeada en concreto esta fórmula y señalar hacia dónde va el derecho procesal.

Si hubiera necesidad de explicar a un individuo que quisiera saber cómo es el juicio civil dentro de los países de cultura hispánica, tendríamos que darle una noción apoyada en estos cinco principios fundamentales: *a)* el principio de bilateralidad del proceso; *b)* el principio dispositivo; *c)* el principio de impulso a cargo de la parte; *d)* el principio de racionalidad de la prueba; y *e)* el principio del proceso escrito ⁽¹¹⁾.

Hemos de analizarlos.

En una primera parte, habremos de estudiar el desenvolvimiento de estos principios fundamentales; y en otra, señalar la crisis de que son objeto en los actuales momentos.

3. *El principio de bilateralidad.*

El juicio civil, dentro de esta fórmula, reposa sobre lo que llamaremos la *bilateralidad de la audiencia*; nadie puede

(11) Sobre estos principios, MILLAR, *The formative principles of civil procedure*, en *A History of Continental Civil Procedure*, Boston, 1927. Asimismo, ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, Roma, 1906; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, trad. esp. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1936.

ser condenado sin ser oído; no hay juicio que se siga a espaldas de la parte a quien eventualmente perjudica, y no hay sentencia válida si no se han dado a las dos partes, por igual, las garantías de defensa necesarias.

La raíz de este principio de bilateralidad del juicio civil es al mismo tiempo romano y germánica ⁽¹²⁾, según se puede ver confrontando lo que hemos de enunciar en seguida con las ideas expuestas ayer.

Cuando se mira a fondo este principio de la bilateralidad de las partes en el juicio; cuando se trata de advertir qué hay en la esencia del mismo, se advierte la existencia de un principio de carácter político. La bilateralidad, es el principio de la igualdad de las partes en el juicio; y el principio de la igualdad de las partes en el juicio, no es otra cosa que una expresión particular del precepto general de la igualdad de los individuos ante la ley.

Una expresión muy técnica de este principio se halla en el art. 21 del Código de Venezuela. Dice: "Los tribunales mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades; y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género".

Pero cuando se quiere entrar a ver funcionar el principio de la igualdad de las partes en el juicio, comienzan las dificultades. Todo el instituto de la auxilioria de pobreza, por ejemplo, está organizado para mantener la igualdad económica de las partes en el juicio; pero también la experiencia

(12) Los romanos tuvieron el precepto: *audiatur altera pars*; el derecho germánico medioeval el equivalente: *Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed.*

dice que este instituto no siempre logra el propósito de hacer la justicia igual al rico que al pobre. Muchas veces la justicia se hace injusticia, y la balanza que aparecía originariamente inclinada en favor del rico, se inclina en favor del pobre, que con su auxilioria litiga desde la más absoluta irresponsabilidad.

Y entonces el ansia de un principio de igualdad lleva a buscar una nueva compensación. En el ejemplo que voy a proponer, aparece la circunstancia tan curiosa de que el principio del restablecimiento de la igualdad ha ido a parar a un texto constitucional. El art. 227 de la Constitución uruguaya contiene este precepto, inexplicable para quien no tenga una visión absolutamente realista de las cosas. Según esta disposición la justicia será gratuita para los pobres; pero cuando el actor obtenga auxilioria de pobreza, el demandado litigará también en papel común y sin pagar gastos de actuación ni impuestos de justicia hasta la sentencia, la que consolidará el derecho, determinando, en forma definitiva, cómo se han de pagar los gastos del juicio (*).

Quiere decir, que el principio de igualdad siempre intenta un nuevo esfuerzo para restablecer el equilibrio perdido.

Esto es sólo un ejemplo; trataré luego de presentar otros para justificar la afirmación de que todo el derecho liberal individualista, ha tenido necesidad de ir buscando sustitutivos compensatorios, para restablecer y mantener siempre viviente una igualdad que la vida trata de destruir a cada momento (¹³).

(*) Cfr. en este mismo volumen, *Protección constitucional de la justicia gratuita en caso de pobreza* pág. 111.

(¹³) Sobre este principio, desde el punto de vista de la teoría general, LLORENS, *La igualdad ante la ley*, Murcia, 1934.

4. *El principio dispositivo.*

El *principio dispositivo* tiene, en realidad, un doble contenido: por un lado, la iniciativa de parte (el juicio civil no funciona sino a petición de parte interesada); y por otro la limitación del material de conocimiento (el juez no conoce más materiales de hecho que los que le suministran las propias partes). Para expresarlo en dos aforismos clásico: *nemo iudex sine actore*, y *ubi partes sunt concordet nihil ab iudicem* (14).

Esos dos principios son, diríamos, los dos núcleos del sistema dispositivo.

Trataré de analizarlos.

El juez no se mueve sino a requerimiento de parte. Sin embargo, hay algo en los últimos años que empieza a demostrar la crisis de este principio.

Alguna vez hablé desde esta misma cátedra de la tendencia moderna de la *penalización del proceso civil* (15). Podría hoy agregar la situación que surge del proceso inquisitorio. Hay cada día una tendencia más acusada, aun en los países de estructura liberal democrática, a permitir la iniciativa de oficio en todos aquellos casos en los cuales la voluntad privada no basta para ofrecer las garantías necesarias. Habremos de ver después el mundo nuevo que ha surgido, por ejemplo, en materia de derecho procesal de los menores, de los incapaces y de las relaciones del estado civil

(14) Ampliamente, CHIOVENDA, *Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium*, en *Saggi*, t. 1, p. 157.

(15) *El fraude procesal y los medios técnicos de represión*, conferencia aun inédita dictada en octubre de 1939. En dirección semejante a las ideas allí expuestas, *El deber de decir la verdad en juicio civil*, Montevideo, 1938; *Oralidad y regla moral en el proceso civil*, Buenos Aires, 1938.

de las personas. Se nota ya que se estremece uno de los apotegmas del principio dispositivo ⁽¹⁶⁾.

Consecuencia natural de este principio es también la limitación del material de conocimiento.

El juez no conoce otra verdad que la que le dan las partes. El antiguo aforismo decía: "Lo que no está en el expediente no es de este mundo".

Sin embargo, también en este caso se nota de qué manera el principio liberal empieza a ceder el paso a una serie de ingerencias de oficio, cada día más acentuadas.

El Código del Distrito Federal de México, de 1934 (un Código doctrinariamente muy avanzado) da una norma de especial amplitud en esta materia. Dice el art. 278: "Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, o de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a la parte o al tercero, sin más limitación que lo que se pruebe no esté prohibido en la ley y no sea contrario a la moral".

Se recibe en este pasaje la sensación de que se abre una nueva senda hacia la averiguación por iniciativa del juez. Todavía se dice que la prueba sólo puede versar "sobre los hechos controvertidos". Es el siglo XIX que gravita aún sobre los intentos más avanzados de codificación. Pero de todas maneras, tanto ésta como una serie de normas tendientes a dar cada día mayores facilidades al juez de esta

(16) Notablemente, sobre este punto, CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio nel nuovo codice civile*, en *Giurisprudenza italiana*, 1939. IV. 237 y sigts. Se trata de un capítulo de un curso de lecciones sobre el mismo tema anunciado por el autor a fines del año pasado, que no ha llegado al Río de la Plata en momentos de escribirse estas notas. Como construcción, significa un paso adelante del anterior ensayo *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, publ. en *Studi in onore di Chiovenda*.

materia, hacen que también el principio de la limitación del material de conocimiento vaya perdiendo terreno en el movimiento general de la legislación (17).

Dentro de este mismo aspecto, otra limitación sería la relativa al derecho. ¿Qué decir del derecho que aplica el juez? ¿Se podrá valer sólo del derecho que le dan las partes o aplica el derecho que él cree justo aplicar?

La fórmula primitiva del Código de Procederes Santa Cruz, decía que el juez sólo puede aplicar el derecho que le suministren las partes. Decía el art. 369: "Las sentencias contendrán decisiones expresas, positivas y precisas, y recaerán sobre las cosas litigadas por las partes, y *en la manera en que han sido demandadas*, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso".

Rige todavía en este texto la obligación de que el juez dicte sentencia con arreglo al derecho que le han propuesto las partes. Como se sabe, en el antiguo proceso griego, el derecho era objeto de prueba, y el juez sólo podía fallar aplicando el derecho invocado y probado por los litigantes (18).

De este régimen se salió ya en el siglo XIX, reforzándose la vigencia del precepto *jura novit curia*. Según él, el juez aplica el derecho que cree justo y aplicable sin estar atado por los errores de planteo o invocación de los ligandos

(17) Sobre todo este movimiento, muy ampliamente, RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1927 (t. 1), y 1935 (t. 2). En el primer volumen se analiza el problema en tono doctrinario; en el segundo, enfrente a los casos prácticos de discrecionalidad. Desde otro punto de vista, pero con especial interés respecto de la actividad de las partes, AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932.

(18) Sobre el proceso griego primitivo, y sobre este aspecto en particular, debe recordarse el excelente libro de PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova, 1933.

tes. Este punto es hoy cosa pacíficamente admitida en toda la doctrina y jurisprudencia americana.

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido un fenómeno sumamente curioso en esta materia, y al que no le conozco precedentes.

El Código de Procedimiento de la provincia de Santa Fe, contiene una disposición (art. 206) que dice: "No se dará curso a la transacción sin la justificación del pago de las costas". Para quien quiera mirar las cosas con un poco de distancia, se advierte aquí un fenómeno muy de nuestro tiempo; lo que Josserand llamaba la penetración del derecho fiscal en el derecho público y privado. Es una cosa completamente distinta a todo lo anterior; ya no tiene que ver ni con la voluntad privada ni con la justicia como servicio público, sino que es el Estado, impaciente acreedor, que limita los efectos de la transacción hasta que no se justifique el pago de las prestaciones procesales.

El mundo de problemas que hay detrás de esta norma, lo advertirán ustedes. Por ejemplo: ¿qué valor tiene la transacción celebrada entre las partes y no aprobada por el juez? ¿Vale como contrato entre partes y no vale como acto que pone fin al juicio? ¿O será, por el contrario, un contrato sometido a la condición suspensiva de que no vale sin la aprobación, o a la condición resolutoria de que se resuelve si no es aprobado judicialmente? En fin, un mundo nuevo, como ustedes ven, que se abre dentro de esta penetración cada día más invasora del derecho tributario, financiero y fiscal ⁽¹⁹⁾.

(19) Sobre este movimiento, JOSSERAND, *Un ordre juridique nouveau*, en *D. H.*, 1937, "Chronique"; *Le contrat dirigé*, en *D. H.*, 1933; *L'essor moderne du concept contractuel*, en *Recueil Geny*, t. 2, pág. 333; *Apperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, en *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, pág. 1. Para la réplica, como resumen, MORIN,

5. *El principio del impulso procesal a cargo de la parte.*

En materia de impulso procesal, existen, teóricamente, dos posibilidades: o el proceso se mueve y adelanta a expensas de la voluntad particular, o se mueve a expensas de la actividad de los órganos del Estado.

Los alemanes llaman con mucha precisión *Parteibetrieb*, al impulso realizado por la parte; y *Offiziellbetrieb* al impulso realizado por los órganos del Estado. En definitiva, el juicio es una relación continuativa y en marcha desde la demanda hasta la sentencia. Hay que remontar el proceso (no en el sentido de remontar hacia arriba, sino en el sentido de "remonter", que dicen los franceses: darle cuerda para que ande y llegue hasta su destino).

¿Quién realiza esa obra de impulso? Toda la legislación de cuño español, admite el impulso procesal a expensas de la voluntad de las partes. Normalmente, en el siglo XIX, los términos no son perentorios. Sólo se provocan las caducidades de los derechos procesales mediante acuse de rebeldía de las partes; y no se puede pasar a la otra etapa del juicio sin haber provocado la caducidad de los derechos de la etapa anterior.

Sin embargo, esta tendencia a dejar librado el impulso del juicio a la voluntad de la parte, va perdiendo terreno cada día. Ya son muchos los códigos que establecen como norma la perentoriedad de los plazos procesales. Y ya son también muchos los que establecen que vencido un plazo procesal se pasa de oficio a la etapa subsiguiente sin necesidad de pedido de las partes. En este sentido, la propia legislación española en la zona del Protectorado de Marruecos, había establecido el principio del impulso de oficio.

Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts, en Rev. trim. dr. civ., 1937, pág. 553.

Para expresar este principio en su forma más técnica, podríamos hacerlo con el texto de los arts. 113 y 114 del Código de Costa Rica, reformado en 1937: "113. Transcurrido el término señalado a una parte para cualquier traslado, actuación o diligencia, sin haberlo evacuado, se dará a los autos el curso que corresponda, de oficio o a instancia de parte si fuere necesaria". Y el 114: "Las peticiones, gestiones o presentaciones hechas fuera de los términos señalados por la ley o por los tribunales no surtirán efecto alguno, salvo que la ley disponga lo contrario o que exija acusar rebeldía" ⁽²⁰⁾.

6. *El principio de racionalidad de la prueba.*

El tema de la racionalidad de la prueba adquiere en el derecho procesal hispano-americano un vivo y muy explicable interés técnico. Clásicamente existieron, como vimos en la clase de ayer, dos concepciones opuestas en materia de apreciación de la prueba. En el sistema romano, la regla era la racionalidad absoluta. En el germánico la idea dominante es la de que la divinidad no puede condenar a un inocente y que el juicio de Dios es palabra definitiva. El juez sólo homologa o aprueba el resultado de la lucha judicial, del juramento del litigante o de sus conjurados, de la prueba del agua hirviendo, del hierro al rojo, etc., en la cual está la natural expresión de la divinidad.

Con palabras modernas, llamaríamos al sistema romano, *de la libre convicción*, y al sistema germánico, *de la prueba legal*.

⁽²⁰⁾ El interés de la reforma de Costa Rica es muy considerable para el jurista americano. Sobre la reforma, en particular, PICADO, *Explicación de las reformas al Código de Procedimientos Civiles*, San José 1937.

La legislación hispano-americana tiene en este punto una orientación superior a la de las dos posibilidades clásicas.

Yo creo que la legislación española de 1855, pasada a muchos códigos americanos en este punto, ha creado una tercera figura intermedia de carácter científico, que supera las posibilidades de la prueba legal y de la prueba racional. Es el principio de la apreciación racional de la prueba, con arreglo a *los principios de la sana crítica*.

¿Qué es la sana crítica? ¿Es prueba legal; es decir, son reglas lógicas o empíricas elevadas a la jerarquía de reglas jurídicas? ¿O, por el contrario, es prueba discrecional, salida natural de la conciencia del magistrado hacia la apreciación de los hechos?

No es ni una cosa ni otra, según mi particular modo de ver.

Las reglas de la sana crítica son una categoría intermedia que no tiene ni la rigidez propia de la prueba legal, ni la excesiva inestabilidad de la prueba de conciencia.

La ley española de 1855, tomó este texto de una disposición administrativa del reglamento de lo contencioso-administrativo ante el Consejo de Estado español, de algunos años antes. Pero aún tomando las palabras sin determinar su exacto sentido, ha sido de fecundidad tan admirable, que los autores más recientes consideran que en el concepto de reglas de la sana crítica de apreciación de la prueba testimonial, está consignado al principio más avanzado en esta materia ⁽²¹⁾.

Creo útil explicar este concepto por comparación con la prueba legal y con la prueba de libre convicción. Así:

(21) Así GORPHE, *La critique du témoignage*, 2ª edic., París, 1937, pág. 34. Ampliamente, sobre todo este problema, WIGMORE, *The science of judicial proof*, Boston, 1937.

en la prueba legal el legislador le dice al juez: "Tú fallas como yo te lo digo". En la Partida III, por ejemplo, que está dominada de una manera absorbente, incomprensible, por el principio de la prueba aritmética, el legislador establece que dos testigos concordantes sin tacha hacen plena prueba; que para impugnar un documento privado, se necesitan tres testigos; para impugnar un documento público, hacen falta cuatro; para impugnar un testamento, hacen falta siete; para impugnar el testamento de un ciego, hacen falta ocho testigos. El criterio aritmético en materia de prueba, significa tanto como que el legislador ata las manos del juez y le impone fallar como él se lo ordena.

En el principio de la libre convicción, por el contrario, el legislador da un permiso en blanco al juez, y le dice: "Tú fallas como tu conciencia te lo diga: yo no tengo reglas. Si diez testigos te dicen que un libro es negro y tú lo ves rojo, tú puedes decidir que el libro es rojo. La sentencia sale como tu conciencia te lo indica".

Pero en la sana crítica, aparece a flor de razonamiento una categoría intermedia. El legislador le dice al juez: "Tú fallas con arreglo a principios lógicos y de experiencia, ordenados de acuerdo con las reglas que hoy se admiten para juzgar las cosas; es decir, de acuerdo con los principios admitidos por la lógica y de acuerdo con las máximas de experiencia que nos da la observación diaria de la vida".

Esta tercera categoría racional, inductiva-deductiva, supera todas las posibilidades anteriores. Personalmente creo que esta característica del derecho procesal hispano-americano, aun dentro de todas nuestras deficiencias en materia de prueba, es uno de los puntos más interesantes que podemos exhibir a la ciencia contemporánea ⁽²²⁾.

⁽²²⁾ Esta conclusión es mero resumen de un trabajo de otra índole que bajo el título de *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la*

7. *El principio del proceso escrito.*

El último principio de este desarrollo, *la escritura*, o mejor dicho la elección entre oralidad y escritura, parece ser la grave cuestión del derecho procesal presente.

Habíamos visto en la clase de ayer, de qué manera el Código de Procederes Santa Cruz, recogió la herencia del juicio escrito (y agregábamos, “desesperadamente escrito”) impuesto por razones derivadas hasta de la propia estructura geográfica del nuevo continente americano.

Pero este es el pasado, consecuencia del coloniaje. Hoy, frente al dilema de oralidad o escritura, hay necesidad de mirar las cosas en otra dimensión.

Este problema no es, como parece, la lucha entre los oradores y los escribas. Pienso, por el contrario, que los oradores son los enemigos del juicio oral y que los escribas son los conspiradores del juicio escrito. Hay algo más hondo, dentro del problema, que pone en juego la salud moral y política del derecho procesal, que presiona sobre la solución.

Para plantearlo en los términos más simples posibles, diría que el proceso oral reposa sobre estos dos fundamentos: la autoridad del juez y el contralor público sobre la justicia. Todo lo demás es episódico; el hablar o el escribir es la periferia de las cosas; lo fundamental es que el juez gobierne el proceso y encauce la voluntad de las partes, por un lado; y que el pueblo haga el contralor sobre esta actividad fundamental del Estado, por otro (23).

prueba testimonial motivó una conferencia en la Facultad de Derecho de Buenos Aires y que aparece publ. en *J. A.*, núm. 680 y en *Rev. D. J. A.*, Montevideo, octubre de 1940. Su texto, debidamente actualizado, aparecerá en el tomo segundo de estos *Estudios*.

(23) Una anotación bibliográfica del tema oralidad-escritura aún reducida a la literatura de los últimos años, sería embarazosa. Tan abundante es el número de ensayos que ya comienzan los intentos de uni-

En el proceso americano, el primero de esos dos supuestos, fracasa. El juicio por el cual nos regimos todavía, es el juicio del recelo y de la desconfianza en el juez; es el juicio de las recusaciones que todavía se pueden hacer hasta sin causa; de los recursos; de la queja; de los impedimentos; es el juicio colmado de actos tendientes a contralor hasta el más insignificante desvío del juez, en las formas impuestas por el procedimiento ⁽²⁴⁾. Y muchas veces, puede afirmarse aunque la comprobación sea un poco amarga, entran en función solamente los pequeños engranajes de contralor sobre el juez y fracasa, y pasa a un segundo plano, la gran pieza

ficación. Puede verse en este sentido, *Proceso oral*, edit. por *Revista Forense*, Río de Janeiro, 1940, recopilación de escritos de FRANCISCO MORATO, PEDRO BAPTISTA MARTINS, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, CHIOVENDA, FRANCISCO CAMPOS, CALAMANDREI, BILAC PINTO, NOÉ AZEVEDO, EDUARDO AUGUSTO GARCÍA, GUILHERME ESTELITA, EDUARDO J. COUTURE, GABRIEL DE REZENDE FILHO, ROBERTO LYRA, WOLFGANG BERNHARD, GIOVANNI CRISTOFOLINI, G. MARANINI, HERMES LIMA, SABOIA DE MEDEIROS, LUIS MACHADO GUMARAES y SEIGMUND HELLMANN. Un excelente planteo de perspectiva histórica, es el de MILLAR, *The formative principles...*, pág. 49. Una defensa del sistema escrito, se esboza en la *Exposición de Motivos* del Proyecto argentino de la Comisión presidida por el Dr. Nazar Anchorena. Un curioso regreso de la oralidad hacia la escritura, se ha advertido en Costa Rica, según la reciente reforma explicada por PICADO, *Explicaciones...*, cit., pág. 26 y sigts. Posteriormente a estas páginas hemos destinado al tema oralidad-escritura un amplio desarrollo en la *Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, pág. 62 y sigts.

(24) Al jurista extranjero que deseara conocer el enjambre de los recursos en el derecho procesal hispanoamericano, le bastaría compulsar las páginas, meramente esquemáticas pero muy elocuentes, que a este tema han destinado ALCALÁ-ZAMORA, *Los recursos en nuestras leyes procesales*, en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1934, respecto del derecho español, y ALESSANDRI, *Los recursos procesales*, 2ª edic., Santiago, 1937, para la legislación chilena.

maestra que es el principio de responsabilidad de los magistrados.

La oralidad, para ser implantada, tiene necesidad de crear un estado de confianza en el juez. Se apoya en un principio de fe; y la fe en el derecho, no es una cosa que viene de arriba a abajo, sino que nace de abajo hacia arriba; que no se impone por acto de autoridad del Estado, mediante un código de tal o cual estructura, sino que nace de la conciencia misma del pueblo, hecha de seguridad en el honor y rectitud de sus magistrados.

El otro fundamento, el del contralor público de la justicia, reposa sobre una admirable tradición democrática.

En el juicio oral, los protagonistas no son ni el juez ni las partes. Yo diría que como en las óperas rusas, el protagonista es el pueblo; él es quien está sosteniendo con su aliento, día a día, la vida misma de la justicia.

8. *Grandeza y fracaso del individualismo en el campo del derecho procesal.*

Este es el esquema en gran visión de conjunto, del derecho procesal que nos gobierna. ¿Qué conclusión se saca de él?

La siguiente: todo este sistema tiene como principio, el de la igualdad de las partes ante la ley. El principio de autonomía de la voluntad, que todavía está regando y anegando todos los surcos del derecho procesal civil, no es otra cosa que la expresión del libre querer como posibilidad de igualdad de los individuos ante el orden jurídico.

Sin embargo, este precepto, cuya delimitación ya se ha advertido en todos los otros órdenes del derecho, incluso del derecho privado, subsiste, todavía, en el derecho procesal civil. Esa es su grandeza y su quiebra. Si hoy debemos ha-

blar de una crisis del derecho procesal civil, es a expensas derecho vigente.

Si quisiéramos buscar ejemplos, habremos de hallarlos con mucha facilidad en todos aquellos casos en los cuales el principio de igualdad es un puro principio teórico, en contraste con la realidad de la vida. Se puede ver de qué manera todo el sistema del proceso individualista desfallece, en aquellos casos en los cuales no hay igualdad ante la ley. Hoy percibimos cómo este sistema cruje y se rompe frente al obrero indefenso que litiga contra el industrial poderoso; frente al menor desamparado que litiga frente al padre que lo ha abandonado; frente al individuo aislado que litiga con el Estado omnipotente; frente a la mujer que tiene los necesarios escrúpulos de su pudor y de su virtud, ante el marido que la ofende y que la ultraja en la vida del hogar.

Allí no hay igualdad ante la ley. No es igual el hijo desamparado que el padre que lo abandona; el súbdito que el Estado; el obrero que el patrón. ¿Y qué ocurre entonces? Ocurre, simplemente, que ha nacido al margen y a espaldas, diría, del proceso civil codificado, un derecho procesal del trabajo; un derecho procesal de los menores; un derecho procesal contencioso-administrativo; un derecho procesal de amparo de la mujer.

La insuficiencia del sistema queda demostrada, simplemente, con la existencia de numerosos regímenes de excepción frente al derecho procesal individualista de mediados del siglo XIX.

9. Conclusiones.

Este es el estado de cosas que la presente generación tiene que afrontar.

Es necesario, frente a la quiebra de un sistema que se derrumba, construir todo un nuevo derecho procesal. La crisis del derecho individualista ya es evidente.

Ante esa evidencia hoy está de moda hablar mal de él. Efectivamente, se puede hablar mal de ese sistema a cubierto de riesgos y con mucha facilidad. Sin embargo, había en el individualismo algo noble y superior. Si tuviera que expresarlo con muy pocas palabras, diría que al individualismo le queda como símbolo de grandeza y de angustia, el famoso título dramático: "Por ser con todos leal, ser para todos traidor". El individualismo que, como enseña Vaz Ferreira, no fué nunca un dogma ni una teoría, sino una mera abstracción, un esquema verbal, un modo de querer y de pensar, quiso dar un derecho igual para todos, y no reparó que en la vida no todos eran iguales. Hoy estamos frente a la ansiedad del hombre presente que siente la crisis de la justicia.

Todavía hay algo fundamental que contemplar, y que esos derechos procesales de excepción no pueden satisfacer. Cuando un hombre honrado litiga contra un pillo, no hay igualdad ante la ley. A éste le están permitidas todas las armas de lucha; a aquél sólo las inofensivas. Se me dirá que esto es tan antiguo como el mundo y que la Escritura decía: "Si alguien te pone pleito para quitarte tu manto, entrégaselo".

Pero esto es virtud y no justicia. Al hombre sediento de justicia hay que darle una respuesta.

Trataremos de darla en la clase de mañana.

TERCERA CONFERENCIA

EL FUTURO

"The future of democracy, proclaims the new philosophy, is not hopeless, but on the contrary very promising. As a measure of that promise, let be noted that the highest standards of living in the world to-day, both ideal and real are to be found in the democratic countries".

(CHESTER C. MAXEY: "Political philosophies").

1. *La crisis del individualismo y los intentos de superación.*

En la clase de ayer habíamos visto cómo, luego de una larga trayectoria histórica, el individualismo, que da el sello y el signo de la codificación procesal hispano-americana, había quebrantado sin proponérselo, el primitivo equilibrio entre el individuo y el orden jurídico.

El principio de igualdad del hombre ante la ley, decíamos, había tenido una especie de polarización en el principio de igualdad de las partes en el proceso. Todo el sistema aparece ordenado en función de ese principio de igualdad. Pero cuando esa igualdad es sólo un postulado teórico, decíamos, cuando litiga el individuo frente al Estado, el hijo frente al padre que lo abandona, la mujer, revestida de los necesarios escrúpulos de su pudor, frente al marido infame, no hay igualdad ante la ley; cuando litiga el hombre honrado contra el hombre de mala condición, no hay igualdad ante la ley. Y cuando empieza a surgir, lentamente, esa especie de desacuerdo, que se ha dado en llamar la crisis de la justicia, es porque las formas se van devorando la vida y porque se ha roto el equilibrio entre el individuo y el orden .

En esta situación nos decíamos: al hombre inquieto que

nos pregunte dónde está la justicia, tendremos que darle una respuesta. Pero es que, en verdad, esta respuesta no se ha dado en una palabra única. Desde distintos sectores del pensamiento, se ha tratado de responder de distinta manera.

Aspirando a una ordenación, simplemente pedagógica, prefiero dividir esas respuestas en función a sus directivas esenciales. Por un lado, lo que podríamos llamar el derecho procesal de los países democráticos, que han aspirado a superar el liberalismo sin abandonar sus postulados esenciales. Por otro, la doctrina de los gobiernos que reposan sobre el principio de concentración o de refuerzo del poder, que ha creído que no es posible operar sobre las bases mismas del liberalismo, sino construir *ex novo* una doctrina íntegra de derecho procesal.

¿Cómo son esos dos tipos de respuestas? Intentaré expresararlo en líneas muy generales.

2. *Expresiones del derecho procesal en los países de organización democrática.*

El derecho procesal de los países de orientación democrática, no ha podido dar, en realidad, una fórmula; ha dado soluciones; soluciones ocasionales, de emergencia, tendientes a reparar los grandes, los más violentos desequilibrios, pero sin tocar la estructura misma del sistema. Cuando las paredes del edificio se resquebrajan, no se va a los cimientos sino que se compone simplemente la pared.

Quisiera dar la sensación de cómo es esto, acudiendo a una serie de soluciones que tomo del derecho de mi país. Esto, comprensiblemente, porque ese derecho es el que me resulta más familiar; pero estoy seguro que en todos los países democráticos pueden encontrarse casos semejantes.

He de utilizar como ejemplo, la solución a las mismas situaciones que acababa de mencionar.

Una de las más agudas crisis del derecho procesal individualista es la creada por la condición del obrero frente al industrial. Ya la doctrina del derecho civil había dicho a fines del siglo pasado, que el principio de la culpa era injusto para solucionar el problema de los accidentes del trabajo. Pero quedaba, todavía, el derecho procesal, que establecía todo un sistema de litigio entre el industrial y el obrero. Y no en función del principio de derecho sustancial o material, sino en función del derecho procesal, vuelve a romperse otra vez la igualdad. Los industriales dicen que ellos son víctimas del obrero o de quienes lo patrocinan; y no pagan las indemnizaciones, y las compañías de seguros, litigan. Los obreros, por su parte, dicen que ellos son víctimas de los industriales o de los aseguradores, y entonces, reclaman más de lo que tienen derecho, para que les toque lo justo en el resultado definitivo. Una sorda alianza de explotadores de ambos bandos, mantiene aún ardiente la angustia de este problema.

En el derecho uruguayo, se ha ensayado con resultado una solución bastante ingeniosa. El Estado ha dicho: de aquí en adelante, el asegurador en materia de accidentes del trabajo, soy yo. Y ha creado el Banco de Seguros del Estado, donde está asegurada toda la industria, y que ha hecho tradicionalmente la política del no litigar. Las últimas estadísticas, por ejemplo, que he tenido ocasión de manejar, dan en trámite en estos momentos sólo unos pocos centenares de litigios de accidentes del trabajo para todo el país. Los que sostiene el Banco de Seguros no exceden de veinte ⁽²⁶⁾.

(26) Más ampliamente sobre este punto, *Los accidentes del trabajo y el Banco de Seguros del Estado en el Uruguay*, en *Véritas*, Buenos Aires, abril de 1940, pág. 257. En la Argentina, merece destacarse

El otro ejemplo: el derecho de los menores. Todo el sistema de la ley está organizado en protección al menor, porque si el menor tiene que seguir un juicio de alimentos contra su padre, y éste dura semanas, meses o años, el hambre llega antes que la sentencia, y entonces no hay justicia, sino iniquidad. En nuestro derecho, el Código del Niño, ha creado un sistema procesal por virtud del cual, el juez, en 24 horas, puede asegurar, con audiencia de ambas partes, al menor, sus alimentos (26).

En materia de divorcio: la ley había dicho a la mujer como anunciándole su liberación, que el vínculo matrimonial podía ser disuelto cuando hechos graves provocaran la quiebra real del hogar. Sin embargo, sólo el marido tenía las manos libres para probar el adulterio, las riñas y disputas de la vida conyugal, o esos otros hechos íntimos, desgarradores y dolorosos, porque, al fin y al cabo, en esa prueba él va perdiendo bien poca cosa. En cambio, la mujer, ¿cómo prueba la perversión del marido, los intentos de entregarla a la vida de inconducta, la sevicia? La igualdad era sólo una suposición.

El legislador dijo entonces: la manera de restablecer la

un estudio de THOMPSON, *Posibilidad de instituir el monopolio del Estado en seguros*, publ. en *Trabajos de seminario de la Facultad de Ciencias Económicas y Comerciales y Políticas de la Universidad del Litoral*, t. 13, págs. 311 y sigts. Como referencia de la política social del Banco de Seguros del Estado, es digno de enunciar que el propio Banco se ha dirigido al Parlamento solicitando la mejora de la condición del obrero accidentado mediante un nuevo sistema legal. Sobre esto, *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, publ. del Banco de Seguros del Estado, Montevideo, 1939.

(26) Puede consultarse sobre este punto la *Exposición de motivos* del Código del Niño, edic. oficial de 1934, págs. 14 y sigts. Sobre este Código, en general, DEL CAMPO, *El Código del Niño. Algunos aspectos de la reforma*, Montevideo, 1937.

igualdad, es dar a la mujer la posibilidad del divorcio por su sola voluntad. Cuando una mujer, durante un año y medio persiste en su propósito de divorciarse, y lo manifiesta personalmente al juez, es porque hay motivos profundos y suficientemente graves como para considerar que el matrimonio está prácticamente destruido. Y se decretó el divorcio, también, exclusivamente, por voluntad de la mujer, sin prueba y sin conminación a ventilar el desastre moral ante los estrados judiciales ⁽²⁷⁾.

Todo esto, insisto, no es la respuesta de un derecho procesal democrático frente al derecho individualista del siglo XIX; pero yo creo poder asegurar que en la subyancia de todas estas soluciones de emergencia, hay una respuesta implícita, que es la de señalar que el sentido del orden jurídico en el proceso es la restauración del equilibrio que debe existir en los individuos ante la ley, mediante compensaciones, reparaciones y privilegios.

Porque la desigualdad se cura solamente con otras desigualdades.

3. *Orientación general de los países de organización totalitaria.*

Frente a esta respuesta, que es, aparentemente, una falta de respuesta, los países que sostienen la concentración del poder, han dicho su doctrina en palabras suficientemente claras.

⁽²⁷⁾ Para los fundamentos, ARENA, *Matrimonio y divorcio*, opúsculo conteniendo sus discursos en el Senado informando la ley 9 de septiembre de 1913. Asimismo, TOMÉ, *Legislación del divorcio*, recopilación de antecedentes y jurisprudencia. He intentado una construcción de este régimen, excluyendo el problema sociológico y encarando sólo la técnica procesal, en *El divorcio por voluntad de la mujer*, tesis de profesorado, Montevideo, 1931.

Si se buscara en la doctrina fascista, nacional-socialista o comunista, un común denominador ideológico, se podría encontrar en el concepto de que el derecho procesal civil es un fenómeno fundamentalmente político y su sistema debe estar profundamente vinculado al sistema general del orden político, porque el Estado se sirve del proceso para la realización de sus fines.

Sin embargo, hay diferencias de planteo entre las tres orientaciones políticas que acabo de mencionar.

Por escrúpulo científico, trataré de demostrar en la forma más clara posible, qué diferencias existen en esos tres regímenes, desde el punto de vista del derecho procesal.

4. *El derecho procesal del Estado fascista.*

El fascismo tiene como documento, casi diríamos como manifiesto oficial, de su derecho procesal civil, la Relación del proyecto preliminar del ministro Solmi, de 1937 (28).

Cuando se estudia este proyecto y su relación oficial, se descubren estos cinco puntos fundamentales:

Primero, el carácter político del derecho procesal civil. Dice la Relación, que el derecho procesal se presenta al Espolítico, porque el Estado se sirve del proceso para la realización de sus fines.

(28) *Ministero de Grazia e Giustizia. Codice di Procedura Civile. Progetto preliminare e relazione*, Roma, 1937. Entre los muchos y excelentes estudios sobre el proyecto, deben destacarse los de CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare di Codice di Procedura Civile*, Milán, 1937; CALAMANDREI, *Parere della Facoltà di Giurisprudenza (di Firenze) a S. E. il Ministro della Giustizia sul progetto preliminare del Codice di procedura Civile*, Florencia, 1937; LIEBMAN, *Osservazioni sul progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, Parma, 1938; GOLDSCHMIDT, *Bemerkungen zum Italianischen Zivilprozessentwurf*, en *Annuario di Diritto Comparato e di Studio Legislativi*, Roma, 1938.

Segundo: la base de este sistema, es la restauración del principio de autoridad. El Estado reasume en el proceso civil, la condición de preeminencia que le corresponde dentro de todo el sistema político italiano .

Tercero: el proceso no sirve a la satisfacción de intereses particulares sino al aseguramiento de fines públicos. El proceso sirve a las partes, pero sirve, sobre todo, a la tutela de un altísimo interés público, que es esencial a la vida del Estado Fascista, el cual, tanto en las relaciones sociales como en las relaciones jurídicas, quiere ser un estado de justicia.

Cuarto: una tendencia a la conciliación. En lugar de la solución rigurosamente jurídica de cuño romano, se elige, en este momento, la justicia de conciliación, característica del proceso germánico primitivo, en aquellas etapas de evolución que contemplamos en la primera clase.

Y por último, la moralización del proceso; es decir, el escrúpulo de la verdad y el ansia de que el proceso no sea un instrumento de acción injusta sino un verdadero receptáculo de sinceridad, de probidad y de verdad.

Este proyecto ha caído en desgracia hace algunos meses, y ha sido eliminado de la consideración científica, luego de haber sufrido serias impugnaciones de las Facultades de Derecho. La renuncia del ministro fué seguida del nombramiento de una nueva comisión constituida por los profesores Carnelutti, Calamandrei y Redenti, que está redactando en estos momentos, si el fragor de los hechos se lo permite, un nuevo proyecto de Código de Procedimiento Civil.

5. *Corriente del pensamiento procesal en el Tercer Reich alemán.*

Vamos a ver ahora la doctrina nacional-socialista.

Este tema es delicado, y quisiera tocarlo con el mayor escrúpulo posible.

Existió en el período que va entre 1935 y 1939, una abundante doctrina alemana de derecho procesal civil, tratando de configurar las bases políticas de este nuevo derecho, de acuerdo, desde luego, con el ideario nacional-socialista.

Una dogmática que ha perdido la austeridad, la grandeza y la hondura de la insuperable dogmática alemana del siglo XIX, trata de expresar cuál es el ideal nacional-socialista, frente a este fenómeno, que también para ellos es esencialmente político ⁽²⁰⁾.

Me preocuparé de fijar las ideas esenciales, señalando en lo posible su evolución y eliminando detalles.

⁽²⁰⁾ Entre los escritos más significativos de este movimiento en el campo del derecho procesal, deben enunciarse, RATZ, *Gundsätze eines neuen Zivilprozesses*, en *Archiv. für Zivilistische Praxis*, 1935, págs. 1 y sigts.; SEYDEL, *Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprocesses*, en *Deutsches Recht*, 1935, págs. 504 y sigtes.; FREMLER, *Etwas über Führertum in der Rechtspflege*, en *Schriften der Akademie für deutsches Recht*, 1935 (excelentes resúmenes y vista de conjunto de ROBERTO GOLDSCHMIDT en *Riv. D. P. C.*, 1936, I, 135); ROTHENBERGER, *Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht*, en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1937, pág. 637; HUEBER, Ministro austriaco de Justicia, *Grundfragen der Rechtsangleichung*, en *Zeitschrift der Akademie...* 1938, pág. 220; BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, también en *Zeitschrift der Akademie...*, 1938, pág. 583; KERN, *Die Selbstverwaltung der Gerichte*, en la misma publicación aludida. 1939, pág. 47. Estos estudios tratan de señalar las directivas políticas del nuevo derecho procesal alemán. De orden técnico existe una abundante literatura que, como la anterior, es objeto de reseñas de CALAMANDREI, en *Riv. D. P. C.*, 1938, I, 130 y 265 y 1939, I, 293.

Primer principio: la reforma del proceso civil, de carácter esencialmente político, forma parte de un vasto movimiento general de doctrina que sus autores llaman *Kampf wieder das subjektive Recht*, la lucha contra el derecho subjetivo. Sólo es este un aspecto particular de ese movimiento.

Segundo: en esa lucha hacia la abolición del derecho subjetivo, sucumbe hasta el Estado, que no es ya más considerado, en la doctrina reciente, como una persona jurídica de derecho subjetivo. Por el contrario; a diferencia de la doctrina fascista, la base, el receptáculo mismo del derecho, no es el Estado sino *el pueblo*. El derecho nacional-socialista es, según sus propios definidores, un estado de conciencia popular. Como el derecho reside en el pueblo y hay que interpretarlo, porque el pueblo no tiene físicamente un órgano único de expresión, se admite que el intérprete de la voluntad popular, es el *Führer*. Las palabras literales de Seydel, que es el que ha llevado más lejos este desarrollo son: "Se debe partir del concepto del pueblo como comunidad viviente en el cual el ciudadano reviste la condición de miembro; y ver en el derecho la ordenación de la vida de esta comunidad. Propósito del procedimiento civil, sería el mantenimiento del orden en la comunidad. El juez no sería más un medio que el Estado pone a disposición de las partes para decidir sus conflictos privados, sino un representante soberano de la ley, y, en consecuencia, uno de los más importantes ejecutores de la voluntad del *Führer*. No se halla por encima de las partes como órgano neutral sino como miembro activo de la comunidad, inspirándose en los sentimientos de esa comunidad a la que sirve y pertenece" (30).

Tercero: este principio del pueblo como comunidad vi-

(30) SEYDEL, *Gedanken...*, cit.

viente, que necesita un intérprete, ha llevado a lo que se ha dado en llamar "doctrina del *Führerprinzip*", según la cual el juez es el *Führer* dentro del proceso. Esta doctrina, sin embargo, que pareció destinada a triunfar, no pudo soportar algunos embates fundamentales. Uno de ellos, por ejemplo, el de que no puede haber en Alemania tantos *Führer* fieles intérpretes del derecho. Pero, en cambio, la doctrina ha buscado nuevas bases para una derivación del principio.

Por un lado en un ensayo de Rothenberger de 1937 ⁽³¹⁾, se sostiene, tomando como punto de partida el ya mencionado, que el derecho pronunciado o declarado por el juez en la sentencia, siempre, aunque emane del órgano definitivo de la justicia, el *Reichsgericht*, admite una especie de recurso jerárquico. Si el ciudadano se queja ante el *Führer* de que la sentencia es injusta, el *Führer* considera esa sentencia y disuade al ciudadano si éste se equivoca, o señala al tribunal los inconvenientes que para el ideario nacional-socialista tiene su sentencia.

Otra derivación más honda corresponde a Freisler, que en 1938 ⁽³²⁾, sostiene como nuevo aspecto de la doctrina, que el derecho es el reflejo de la conciencia popular, *tal cual es interpretada por el Führer*. No se trata ya de que no haya otro derecho que el que vive en la conciencia popular, sino que el *Führer* es el intérprete auténtico y único de ese estado de conciencia. El proceso tiende a que se declare el derecho a través de la única expresión posible, que

(31) ROTHENBERGER, *Richterliche Unabhängigkeit...*, cit.

(32) FREISLER, *Nazionalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, opúsculo de 1938. A su respecto, ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente*, en *Riv. D. P. C.*, 1939, I, 220, se esfuerza en señalar las diferencias entre la doctrina italiana y alemana sobre este problema.

es la del *Führer*. Se ha derivado todo el orden jurídico procesal civil hacia el principio del *Rechtsfinder*. El *Führer* es el investigador o el buscador del derecho para tratar de extraerlo en la forma más pura posible de la conciencia popular. Esto supone, evidentemente, la supresión del derecho como norma, y la existencia de un derecho ocasional para cada caso concreto.

La culminación de la doctrina, fué la opinión de Baumbach⁽⁸³⁾, según la cual, había que suprimir la jurisdicción, quedando absorbida por lo que hoy llamamos "jurisdicción voluntaria"; suprimir la justicia para transformarla en un poder administrativo a fondo discrecional. La doctrina de Baumbach, sin embargo, no ha hecho camino.

Esta es la doctrina procesal alemana hasta el 1º de septiembre de 1939. El 1º de septiembre de 1939, el *Führer* dijo, en su calidad de jefe de gobierno, que no era el derecho sino los hechos los que entraban a funcionar.

6. *La doctrina comunista.*

Veremos, en muy breves trazos, la doctrina comunista. El tema se resiente de lo limitado de la información. La doctrina comunista no ha prestado a los problemas del derecho procesal civil una consideración muy honda ni muy profunda. A diferencia de lo que ocurre con otras ramas del derecho, y en especial del derecho penal, la bibliografía de este punto es exigua y poco autorizada⁽³⁴⁾.

(83) BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige* ..., cit.

(34) Una buena exposición de la doctrina soviética (no ya del derecho procesal, sino en todos sus detalles) es la de DE CASTRO, *Principios de derecho soviético*, con una excelente introducción de JIMÉNEZ DE ASÚA y una breve pero significativa página relativa al derecho procesal, de BECEÑA, Madrid, 1934. En un estudio reciente de CALAMAN-

Pueden, sin embargo, sentarse algunas premisas esenciales.

Primera: no puede, aquí tampoco, hablarse de derecho subjetivo; la labor del tribunal consiste en la apreciación, caso a caso, de la legitimidad de los intereses en conflicto. Es, según Wolfson (35), "la afirmación de la conducta del ciudadano en los principios propugnados por el Estado Soviético". El derecho adquirido o preconstituído se reemplaza por una consideración política ocasional, que es la negación misma --dentro de los conceptos tradicionales-- del derecho.

Segunda: depositario último del derecho, no es el Estado ni el pueblo, sino una parte de este último: la masa trabajadora. Para tal fin, no es menester asegurar la independencia de los jueces, sino, por el contrario, hacerlos partícipes de esos intereses a través del Tribunal Supremo Revolucionario.

Tercera: queda abolida o reducida al mínimo la iniciativa privada, cuando en el conflicto están en juego los intereses de la masa trabajadora. El Ministerio Público tiene facultades para demandar aunque el titular del derecho o acreedor no demande; el fruto del juicio queda así expropiado y pasa al patrimonio público. Una verdadera subro-

DREI, *La relatività del concetto di azione* se incluye una vivaz exposición del derecho procesal comunista de los últimos años, extrayendo de él líneas generales que serán aquí utilizadas. Refiere, en especial, los libros de MAURACH, y un estudio de FREYMAN (*Riv. D. P. C.*, 1939, I, 45).

(85) EN DE CASTRO, *Principios...*, pág. 217. En cuanto a las dificultades de formación de un nuevo derecho procesal revolucionario ruso, conservan todavía interés las páginas de RICCA BARBERIS, *Procedura civile e bolscevismo*, en su libro *Sul diritto della guerra o del dopoguerra*, pág. 299, escritas el año mismo de la codificación procesal (1924).

gación del derecho privado, en función de intereses de contenido político.

Cuarta: una asimilación día a día creciente entre el juicio civil y el penal, va eliminando las características del primero para confundirlas con las del segundo. El art. 5 del Código de Procedimientos releva al juez de fallar sobre los hechos controvertidos y sobre las pruebas producidas: tiene facultades para expedirse sobre otros hechos y sobre otras pruebas.

Quinta: las garantías derivadas de la ciencia jurídica del juez han sido sustituidas por el conocimiento intuitivo del derecho. Uno de los doctrinarios de los primeros momentos de la revolución comunista ha llegado a sentar que, siendo el derecho una sustancia depositada en la clase revolucionaria, no era necesaria para expresarla ninguna preparación especial. Los jueces, concluye, ofrecen más garantías cuanto más analfabetos ⁽³⁶⁾.

Evidentemente, estas premisas enunciadas de manera esquemática, no pueden constituir una exposición científica del argumento. Pero me parecen suficientes para destacar, en líneas generales, su contacto y su separación con las otras doctrinas semejantes.

7. *Confrontación de las diversas orientaciones.*

Y aquí termina esta somera exposición de las respuestas.

He tratado de enunciarlas con la máxima objetividad que me es dada, para poder enfrentarlas con absoluta independencia.

Pienso que sería calumnioso para la ciencia del derecho,

⁽³⁶⁾ GALIN, *Tribunali e pene nella Russia Rivoluzionaria*, páginas 44 y 45.

afirmar que el fin de diecisiete siglos de recorrido puede estar contenido en estas respuestas. Hay necesidad de ver qué es lo que existe dentro de esta aparente antítesis entre la respuesta tan inconexa de los gobiernos de fondo democrático y de las respuestas de los gobiernos autoritarios.

También aquí tenemos que romper la corteza y las apariencias para entrar al fondo vivo del asunto.

A las soluciones democráticas les falta rigor; les falta sentido constructivo; lo que los italianos llaman *il preggio della linea*, la preocupación estética de realizar un orden jurídico armónico y puro. Pero, sin embargo, hay debajo de estas fórmulas inconexas, una inquietud y un ansia de justicia.

La democracia no se puede contentar con el individualismo, porque él, en sí mismo, significa una verdadera desnaturalización de la democracia. Este punto parece absolutamente claro, siempre que haya acuerdo en los conceptos desenvueltos en la clase anterior.

En nuestro país, dos pensadores, por lados distintos, sin proponérselo, han dado lo que en mi pensamiento es la palabra que se puede decir sobre este punto.

Rodó, decía ya a principios del siglo, por labios de Próspero, en "Ariel", que la democracia no es el rasero nivelador, sino que cuando la democracia haya allanado y emparejado las desigualdades injustas, recién entonces estará en el punto de partida necesario para realizar su destino.

Vaz Ferreira, a su vez, ha dicho que frente a los problemas sociales hay que descartar las fórmulas de igualdad para considerar fórmulas de compensación. Dice él: debe darse a los inferiores una especie de *handicap* que los ponga en la misma línea con los que no lo son; y señalarles para la vida un mismo punto de partida; y de allí en adelante, la libertad.

En cambio, cuando en el derecho de los países que procuran el refuerzo del poder, se dan estas fórmulas que hemos examinado, el que bien piensa y mira a fondo, advierte que, en realidad, se está escamoteando el problema.

Toda doctrina que resuelva el problema del proceso a expensas del juez, renuncia implícitamente a ser una solución, para constituirse en una evasión.

Decir que el problema procesal se resuelve invistiendo al juez de los plenos poderes discrecionales de un jefe de estado autoritario, reforzando al máximo su autoridad, significa dejar las cosas en su punto anterior. Porque entonces, de allí en adelante, el problema será el juez. En el momento mismo en que las formas dejan de ser una inquietud, el juez comienza a ser algo inquietante. El juez es, al fin de cuentas, un hombre. Puede suponérsele bueno y bien intencionado. Pero para saber lo que en definitiva ese hombre vale, como expresión definitiva del derecho, hay necesidad de investigar este punto fundamental: *lo que ese hombre significa dentro del sistema político al que sirve.*

Sin perjuicio de la conclusión que habré de exponer, parece indispensable investigar primero si el juez es un hombre libre dentro del sistema político dominante. Si es absolutamente independiente, si los organismos a fondo político no pueden influir sobre él y sobre su carrera, ni directa ni indirectamente, toda posibilidad de solución existe. Si los poderes a fondo político pueden decidir de su destino como hombre, toda esperanza está perdida.

Pero esto requiere una conclusión más a fondo.

8. Conclusiones.

La antítesis del individualismo y la doctrina totalitaria, puede plantearse en este punto en pocas palabras.

Para expresarla con la simplicidad de un esquema, yo la formularía así: *en el derecho procesal civil individualista, el sistema es un instrumento del hombre; en el derecho totalitario, el hombre es un instrumento del sistema.*

¿Y qué decidir? ¿Debe ser el sistema instrumento del hombre, o debe ser el hombre instrumento del sistema?

Esta es la encrucijada de nuestro tiempo. A todos se nos presenta, en general, como el problema angustioso de nuestro propio destino.

Yo pienso, sin embargo, que hay que defenderse de los dilemas.

Hace poco, Bernanos, en el famoso panfleto *Scandale de la verité*, planteaba como dilema angustioso de nuestra generación: ¿Vale más el honor que la vida? ¿Vale más la vida que el honor? El que no se haya planteado este dilema, dice, no ha sabido nunca lo que es la vida ni lo que es el honor.

Sin embargo, acaso sea necesario proponerse la duda de saber si el dilema existe. ¿Por qué no agotar todos los esfuerzos humanos para lograr *la vida con honor*?

Frente a este problema del hombre instrumento del sistema o del sistema instrumento del hombre, también hay que esforzarse por superar la antítesis, y buscar el equilibrio del hombre *en el sistema.*

El derecho procesal de la democracia debe eliminar las bases del individualismo, y formular todo un sistema que sea la expresión misma de este régimen, que es el de la defensa de nuestra propia condición humana. El hombre es un fin en sí y no un medio del que puedan servirse otros hombres, y ese hombre sólo se concibe subordinando sus propias dignidades a los requerimientos del bien común y no del bien de otro individuo.

Por dramático que sea, debemos decidir nuestro destino

justamente ante la angustia de un mundo que se está derrumbando. Pero frente al desastre necesitamos de nuestra máxima serenidad. El justo equilibrio entre el poder y el hombre seguirá siendo, por siglos, la única fórmula viva del derecho.

Y como según el Evangelio todo se explica por parábolas, quisiera poner fin a este curso con una parábola que dijera lo más íntimo de mi sentimiento. En un drama nativo de mi país, un hombre de la tierra, que cree en la redención por el trabajo, reúne a sus amigos para luchar contra todas las adversidades; contra la adversidad de la naturaleza, de la organización social, de la debilidad de la especie humana. Y al fin del drama, en medio del inmenso desaliento de la tierra perdida, los hombres abandonan a su conductor: unos regresan, confesando su fracaso, hacia el pasado; otros cortan alambrados, siguiendo las sendas del delito; y queda el protagonista, solo, en medio del derrumbe de sus ilusiones, para clamar su esperanza con estas palabras: "Esperen... que tal vez haya uno que conozca el camino de todos".

15. CONDENA EN COSTAS AL VENCEDOR

SUMARIO: 1. Alcance de la tesis. — 2. Responsabilidad procesal objetiva. — 3. Responsabilidad procesal subjetiva. — 4. Modalidad especial de la legislación uruguaya. — 5. Las costas impuestas al vencedor.

CONDENA EN COSTAS AL VENCEDOR.

1. *Alcance de la tesis.*

La tesis de que el Tribunal pueda imponer las costas a quien ha vencido en el juicio, es teóricamente impresionante (1).

Que el que triunfe, que el que tenga razón y la vea reconocida en la sentencia, resulte condenado a pagar los gastos del proceso, es algo de pesadilla si se plantea en términos puramente teóricos. Pero la jurisprudencia tiene una sabiduría superior a la del común de los mortales y lo que en lógica jurídica parece un error, no lo es conforme se penetra en las interioridades del caso.

Este tema de la imposición de costas al vencedor ha preocupado a la doctrina más de una vez (2). Pero no tiene.

(1) Así ocurrió, p. ej. en el caso publicado en *Rev. D. J. A.*, t. 43, p. 333.

(2) Cfr. los estudios de SENTÍS MELENDO, *La imposición de costas al vencedor*, en *Revista de derecho privado*, Madrid, 1935, p. 48, y *Costas. Posibilidad de imponerlas al vencedor*, en *Rev. D. Pr.*, 1944, II, p. 356. REIMUNDIN, *El concepto de litigante vencido a los efectos de la condena en costas*, en el volumen de *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alstna*.

que nosotros sepamos, una consideración particular dentro del campo de nuestro derecho.

2. *Responsabilidad procesal objetiva.*

El problema de la condena en costas se plantea en los siguientes términos:

desde que el proceso tiene un costo, éste debe recaer sobre alguno de los litigantes;

lo lógico es que este costo recaiga sobre el litigante que no tiene razón;

sin embargo, en circunstancias de excepción, la justicia impone repartir proporcionalmente entre ambos litigantes el costo del proceso.

El principio de que el que pierde paga constituye un precepto de responsabilidad análogo al de la responsabilidad civil, según el cual el que rompe paga. El proceso es un precioso instrumento de justicia, pero de manejo peligroso. El que acude a él, debe hacerlo asistido de razón. El daño que cause en caso de litigar sin derecho, debe estar preceptivamente a su cargo ⁽³⁾.

Puede aquí hablarse de una responsabilidad *objetiva* en el mismo sentido en que habla de responsabilidad objetiva la doctrina de derecho civil. Prescindiendo de toda consideración subjetiva, lo que se tiene en cuenta es, solamente, la circunstancia de la derrota. El costo del proceso, se dice, no debe gravitar, ni directa ni indirectamente, sobre aquel que tiene razón.

⁽³⁾ CARNELUTTI, *Responsabilità per l'esecuzione del sequestro*, en *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1928, t. 2, p. 319.

3. *Responsabilidad procesal subjetiva.*

Al lado de la idea de una responsabilidad objetiva, surge la idea de una responsabilidad procesal *subjetiva*.

La derrota, se dice, no siempre significa que el litigante carece de razón. Muchas veces, circunstancias procesales de carácter contingente deciden la suerte del litigio. El heredero que ignora el derecho del causante; la excepción de prescripción alegada por el deudor; el fallecimiento de testigos que sabían los hechos; la pérdida de un documento decisivo; la variación brusca e inesperada de la jurisprudencia, etc., son otras tantas circunstancias que pueden transformar en derrotado a quien estuvo en litigio de buena fe, desde el primer momento. No todo derrotado es un *improbus litigator*.

La teoría de la responsabilidad objetiva es demasiado ciega, pues se abstiene de considerar todas las circunstancias inherentes a la buena fe, en aquellos casos en los cuales un litigante ha sucumbido por circunstancias que no estaba en sus manos superar (4).

No ha faltado una tercera posición, muy consistentemente sostenida, según la cual pueden imponerse las costas al vencedor cuando el juicio ha sido promovido innecesariamente o cuando las defensas, aunque procesalmente admisibles, no lo eran sustancialmente (5).

(4) Sobre ambas formas de responsabilidad procesal, CHIOVENDA, *La condena en costas*, Madrid, 1938; CARNELUTTI, *Sistema*, trad. esp., t. 2, p. 112. Con relación a nuestro derecho, además del estudio general de GALLINAL, *Sentencias*, p. 133, ROMPANI, *Los gastos procesales y los daños y perjuicios*, en *Rev. D. J. A.*, t. 37, p. 42; SACARELO Y FUENTES, *Rev. D. P. P.*, t. 1, p. 105; CARNELLI, *Cuestiones de procedimiento civil*, p. 349.

(5) SENTÍS MELENDO, *La imposición de costas al vencedor*, cit.

4. *Modalidad especial de la legislación uruguaya.*

La gran mayoría de las legislaciones adopta el principio de la responsabilidad objetiva, resumido en el aforismo de que "el que pierde paga", para los juicios especiales, para los incidentes y en particular, para el juicio ejecutivo en el cual siempre se ponen a cargo del deudor todos los gastos de la ejecución ⁽⁶⁾.

Las legislaciones europeas y buena parte de las americanas, consagran, para el juicio ordinario, el principio general de que las costas son siempre a cargo del vencido; pero ponen al lado de este principio una especie de válvula de seguridad, permitiendo al juez relevar al vencido de una parte de las costas. Esta es la solución de los arts. 201 y 202 de nuestro Proyecto de Código de Procedimiento Civil.

Pero el Código Civil uruguayo ha tomado un sendero diferente. La fórmula del art. 688: C. C., consagra, a nuestro modo de ver, el caso más nítido de responsabilidad subjetiva que existe en el derecho procesal comparado.

Este texto que, como es sabido, es tomado de la ley hipotecaria de Narvaja ⁽⁷⁾, entronca con el derecho colonial y con el derecho intermediario. En un precioso documento ⁽⁸⁾

⁽⁶⁾ C. P. C., 880. Ha disentido con esta interpretación, CARNELLI en el estudio arriba citado. No obstante, su documentada exposición sólo ha encontrado fugaz acogida en algún caso aislado de jurisprudencia, pudiendo considerarse pacífica la que sostiene la condena preceptiva del vencido.

⁽⁷⁾ Ley sobre hipotecas, privilegios y graduación de acreedores, de 27 de mayo de 1865.

⁽⁸⁾ NARVAJA, *La diferenciación de los conceptos de costas y costos en la doctrina y en las fuentes de nuestra legislación*. Fragmentos de un alegato forense, publicado primero en un opúsculo hoy de muy difícil hallazgo y reproducido luego en *Jur. A. S.*, t. 18, p. 679.

Narvaja mismo señaló las raíces de ese texto y las razones de su supervivencia en el derecho civil moderno.

El art. 688: C. C., y con él el 466: C. P. C., distinguen tres grados de la responsabilidad procesal.

El *primer grado*, es la *buena fe*, la situación de los que, aun en el error, litigan creyéndose asistidos de alguna razón. El juez puede, prescindiendo del triunfo o de la derrota, poner a su cargo los gastos particulares y la mitad de los comunes.

El *segundo grado*, lo constituye la *ligereza culpable*. En un fallo inédito del Dr. Armand Ugón, siendo Juez Letrado de 5º Turno, dictado en autos "Zúñiga v. Sámano de Zúñiga", se asimila la ligereza culpable a la infracción de los deberes de un buen padre de familia. Debe admitirse que un buen padre de familia, prudente, razonable y reflexivo, no promovería un litigio injusto, sin antes meditar sobre el alcance de su actitud. La ligereza culpable queda asimilada, así, a la irreflexión, a la falta de tacto y de prudencia, a la ausencia de ponderación en calcular las consecuencias de los propios actos. En este caso, el juez impone las costas, o sea, en términos generales, los gastos de actuación y prestaciones aranceladas.

El *tercer grado* de la responsabilidad lo constituye la *malicia que merece la nota de temeridad*. La Corte ha precisado en alguna oportunidad este concepto diciendo que la malicia que merece la nota de temeridad es la *conciencia de la propia sinrazón*. El litigante temerario litiga sabiendo bien que no tiene motivos para litigar. No es sólo un litigante malicioso; es, además, un temerario, vale decir, inconsiderado, imprudente, arrojado a los peligros sin meditar sus consecuencias, carente de fundamento, razón o motivo. En este caso, el juez le impone las costas y costos, que son la

máxima prestación procesal prevista en nuestro derecho positivo.

Ahora bien: cuando se examinan estos tres grados, de la responsabilidad procesal, se advierte que vienen a coincidir de una manera verdaderamente simétrica con los tres grados de la responsabilidad general.

La más reciente construcción de este tema (⁹), ha graduado la responsabilidad en una triple escala inherente al orden subjetivo: la buena fe, la culpa y el dolo. El que actúa con buena fe hace el mal sin saberlo y sin proponérselo; el que actúa con culpa, hace el mal sin quererlo pero debiendo haberlo previsto; el que actúa con dolo, hace el mal sabiendo que lo hace y queriéndolo hacer.

¿Qué otra cosa que buena fe, culpa y dolo son el considerarse asistido de alguna razón, la ligereza culpable y la malicia temeraria?

Podrían estas nociones yuxtaponerse como en un calco. El que actúa en el juicio creyéndose asistido de razón, actúa de buena fe; el que actúa con ligereza, lo hace con culpa; el malicioso temerario, lo hace con dolo.

Ha venido a ocurrir, así, que nuestro texto de la ley hipotecaria de mediados del siglo XIX, abrevado a su vez en fórmulas del siglo XVII y XVIII, viene a estar *a la page* con respecto al último esquema de la teoría de la responsabilidad.

5. *Las costas impuestas al vencedor.*

Esto admitido, se desemboca en la pregunta fundamental de todo este argumento: ¿consiente el art. 688: C. C.

(⁹) CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 359.

que se impongan, en algún caso de excepción, las costas al vencedor?

Vayamos por partes.

El texto del art. 688 dice claramente que "el juez puede no hacer condena especial en costas o imponerla *al vencido*". Del vencedor no dice ni una palabra. El art. 466: C. P. C. no dice que deba imponerlas al vencido, pero dice que debe imponerlas "según corresponda, con arreglo a lo dispuesto en el art. 688: C. C."

No faltan textos, sin embargo, que impongan el todo o una parte de las costas al vencedor. Tal el caso del art. 914: C. P. C., relativo a las pretensiones desestimadas del ejecutante. En materia de rebeldía, no constituye una paradoja, frente a la disposición del art. 847, que algún fallo imponga las costas al rebelde que resulta absuelto de la demanda ⁽¹⁰⁾. En los casos de *pluspetitio*, es decir, en aquellos en los cuales el actor demanda mucho más de lo que tiene derecho a demandar, bien puede mediar una condena si su pretensión es exorbitante y resulta en parte acogida y en parte rechazada.

En el caso que ha decidido el Tribunal de Apelaciones de 2º Turno, ya aludido ⁽¹¹⁾, los jueces se encontraron frente a un caso que para el demandado no tenía más salida que la vía judicial.

Demandado para el reconocimiento de la filiación, el padre no podía ni por contrato, ni por instrumento o escritura pública, suministrar una prueba que sólo en la vía supletoria judicial podía ser dispensada. Compareció al juicio y se allanó a la demanda. Si se hubiera tratado de un asunto patrimonial, su confesión habría dispensado de tener que

⁽¹⁰⁾ Fallo del Dr. Pucurull, en *Rev. D. P. P.*, t. 12, p. 40.

⁽¹¹⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 43, p. 333.

seguir el juicio, a estar a lo dispuesto en el art. 322: C. P. C. Pero tratándose de asunto no patrimonial el proceso era la única salida.

Y cabe, entonces, preguntarse: ¿quien así se ha comportado es *un vencido*?

Vencido quiere decir derrotado; el vencido es el que vió desestimarse su pretensión, fracasar su intento, sucumbir sus propósitos. En el caso que el Tribunal tenía ante sí, el demandado no era, propiamente, un vencido, porque su pretensión no se vió desestimada ni sus propósitos fracasados. No puede decirse que fuera un vencedor; pero mucho menos puede decirse que fuera un derrotado.

Ahora bien: en un litigio en el cual las dos partes no tienen intereses opuestos, sino coincidentes, no puede hablarse, estrictamente, de vencidos ni vencedores. Las disposiciones de la jurisdicción contenciosa no son aplicables. ¿El caso no debe regirse, en el sentido procesal formal, por los principios de la jurisdicción voluntaria, en la cual todos los gastos son de cargo del peticionante que se sirve del proceso?

Esto es, en último término, lo que implícitamente ha sostenido el Tribunal. Si el procedimiento de prueba supletoria del estado civil, aun en juicio ordinario, fué seguido íntegramente en beneficio del actor, lo justo es que sea él quien cargue con los gastos. El art. 688: C. C., no es de aplicación al caso.

Una situación idéntica se ha planteado ya con anterioridad en las demandas por declaración de prescripción adquisitiva. Aparentemente, tratándose de jurisdicción contenciosa, los gastos del juicio de prescripción deberían ser a

cargo del demandado. Sin embargo, la jurisprudencia los pone a cargo del actor ⁽¹²⁾.

En esos casos, el demandado no es un vencido. Lo será si deduce oposición y ésta obliga al actor a hacer gestiones y procedimientos innecesarios. Pero en tanto la actitud del demandado no le dé carácter beligerante, los gastos deben ser puestos a cargo del actor.

¿Victoria a lo Pirro? No. Simplemente, aplicación de los principios del enriquecimiento indebido. El actor remueve mediante el proceso los obstáculos que turbaban el libre goce de su derecho. Es natural, pues, que él lo pague. No ya por aplicación de la máxima de la responsabilidad de que "el que pierde paga", sino por la aplicación del principio contenido en el art. 1308: C. C., que consagra la compensación en caso de enriquecimiento sin causa. Nada imponía al demandado la fatiga de acudir al proceso a allanarse a la demanda, como no fuera el interés del actor.

El proceso no constituye un modo de enriquecerse, sino la única forma que el Estado reconoce como indubitable para que cada uno pueda conservar lo suyo sin sacrificio injusto de los otros.

(12) *Jur. A. S.*, c. 2630; *Rev. D. J. A.*, t. 29, p. 531; sobre este tema, ampliamente, el estudio publicado en el t. II, p. 313 de esta obra; en especial, § 362.

ÍNDICES

ÍNDICE SUMARIO

Prefacio	Pág. 7
----------------	-----------

PARTE PRIMERA

TUTELA CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA

<i>LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO CIVIL</i>	19
<i>INTRODUCCIÓN</i>	19
<i>CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS</i>	19
1. La Constitución y sus textos reglamentarios	19
2. Alcance de esta investigación	21

CAPÍTULO 1

ACCIÓN Y DERECHO DE PETICIÓN

3. El concepto de acción	24
4. Individuo y autoridad	27
5. Carácter cívico de la acción civil	32
6. La acción como fórmula típica del derecho constitucional de petición	34
7. Antecedentes de esta tesis	38
8. Trascendencia constitucional de esta tesis	41

CAPÍTULO II

EXCEPCIÓN Y DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

	PÁG.
9. Acción y excepción	45
10. Carácter cívico de la excepción	47
11. <i>Law of the land</i> y <i>due process of law</i>	50
12. El problema de la excepción en nuestro tiempo	52
13. La excepción como instrumento técnico de la garantía del "debido proceso"	55

CAPÍTULO III

ACTOS PROCESALES Y "DEBIDO PROCESO"

14. Alcance procesal del <i>due process</i>	58
15. La garantía de "su día ante el tribunal"	59
16. Los actos procesales y la garantía de defensa en juicio	60
17. La garantía de petición	63
18. La garantía de afirmación	64
19. La garantía de prueba	65
20. El principio de igualdad ante los actos procesales	66

CAPÍTULO IV

SENTENCIA Y JURISDICCIÓN

21. Forma y contenido de la sentencia	69
22. Evolución del pensamiento jurídico	69
23. Constitución, ley y sentencia	74
24. Declaración y creación en la sentencia	76
25. Confrontación	80

CAPÍTULO V

CONSTITUCIÓN Y LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

26. La sentencia como expresión jurisdiccional	83
27. Garantías constitucionales de la jurisdicción	84
28. Garantía de independencia	87
29. Garantía de autoridad	89
30. Garantía de responsabilidad	90

CAPÍTULO VI

PROCESO Y POLÍTICA

	Pág.
31. Recapitulación	93
LA TEORÍA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS PLENARIOS	99
1. Cosa juzgada latina y anglo-sajona	99
2. Alcance de este estudio	100
3. Garantías constitucionales de la legislación	100
4. Garantías constitucionales de la jurisdicción	103
5. Experiencia de la casación y de los fallos plenarios	104
6. Consecuencias de la tesis de la obligatoriedad de los fallos plenarios	107
PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA GRA- TUITA EN CASO DE POBREZA	111
1. El texto constitucional	111
2. El ejercicio abusivo de la auxilioria de pobreza	111
3. La justicia gratuita en la constitución	113
4. Principios económicos del proceso civil	115
5. La solución constitucional	117
6. Resumen de la solución	118
7. Apreciación crítica	119

PARTE SEGUNDA

MAGISTRATURA Y JUSTICIA

NOMBRAMIENTO Y PROMOCIÓN DE MAGISTRADOS ..	127
1. Tesis de este estudio	127
2. La experiencia histórica	127
3. Elección de los miembros de la Suprema Corte	131
4. Selección de los jueces	133
5. Críticas al sistema del concurso	135
6. Promoción y traslados de jueces	136
7. La carrera judicial	137
8. Perfeccionamiento del sistema	138
9. El concurso de méritos para la promoción	139

	PÁG.
LA JUSTICIA INGLESA	145
1. Propósito	145
2. Finalidad de este estudio	146

CAPÍTULO I

EL JUEZ INGLÉS

3. La elección del juez	147
4. La solución inglesa	147
5. Magistratura y política	148
6. La independencia moral del juez	150
7. La independencia económica del juez	151
8. La autoridad del juez	152
9. Publicidad de la justicia	153
10. La dirección del proceso	154
11. La inapelabilidad de las interlocutorias	155
12. La justicia como realización humana	156

CAPÍTULO II

EL "COMMON LAW"

13. El destino del <i>common law</i>	157
14. <i>Common law</i> y derecho civil	158
15. Espíritu y técnica del <i>common law</i>	160
16. Comparación con el derecho civil	162
17. Precedentes y principios	163
18. Justicia y autoridad	164
19. La organización de la justicia inglesa	165
20. El jurado y la equidad	167

CAPÍTULO III

EL SENTIDO POLÍTICO DE LA JUSTICIA INGLESA

21. Justicia y política	169
22. La justicia como política de la libertad	170
23. Política del proceso penal	171
24. Política del proceso civil	172
25. Las reformas procesales inglesas	173
26. Conclusión	175

H. F. STONE Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS	Pág. 179
1. Un juez	179
2. Stone en la Suprema Corte	182
3. La muerte de Jin juez	185

PARTE TERCERA

CASOS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

INCONSTITUCIONALIDAD POR PRIVACIÓN DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO	193
1. La garantía constitucional del debido proceso	193
2. El procedimiento administrativo como debido proceso ..	195
3. Una ley inconstitucional	196
4. El debido proceso y las necesidades de la Administración .	200

ACTOS ADMINISTRATIVOS SIN CONTRALOR JURISDICCIONAL	205
1. La fijación judicial de los honorarios médicos	205
2. Evolución del procedimiento	206
3. Régimen de la fijación administrativa	206
4. Régimen de asesoramiento	208
5. Régimen de la fijación judicial	210
6. Constitucionalidad del régimen vigente	212
7. Necesidad del debido proceso	214

EL RECURSO DE QUEJA POR APELACIONES DENEGADAS POR LA ADMINISTRACIÓN	219
1. Actos privativos y discrecionales de la Administración .	219
2. Denegación de recursos por la Administración	220
3. Contralor jurisdiccional y recursos	221

CONCILIACIÓN Y TRANSACCIÓN	225
1. Obligatoriedad constitucional de la conciliación	225
2. Capacidad legal para conciliar	226
3. La conciliación como acto procesal y como convenio entre partes	229
4. Conciliación y transacción	230
5. Necesidad de la conciliación	232

	PÁG.
<i>CONCILIACIÓN Y TÍTULO EJECUTIVO</i>	237
1. Valor de las actas de conciliación	237
2. El "elemento volitivo" en los títulos de ejecución	238
3. Eficacia ejecutoria de las actas de conciliación	239
4. Confesión, conciliación y ejecución	241
 <i>LA JURISDICCIÓN NACIONAL Y LOS EMBARGOS DECRETADOS POR JUECES EXTRANJEROS</i>	 245
1. Planteo	245
2. Disposiciones del Tratado relativas a embargos extraterritoriales	246
3. El espíritu del Tratado	247
4. La jurisprudencia y el Tratado	248
5. Naturaleza jurídica del embargo	252
6. Caracteres del embargo	253
7. Embargo y jurisdicción	254
8. Fines del embargo	255
9. El embargo en el derecho internacional privado	256
10. El principio de competencia internacional como presupuesto de las medidas cautelares	258
11. Ejecución y orden público	259
12. El régimen de los bienes en el Tratado de Montevideo	261
13. Limitaciones a la disponibilidad de los bienes en el Tratado	263
14. Conclusiones	264

PARTE CUARTA

TRANSFORMACIONES POLÍTICAS DE LA JUSTICIA CIVIL

<i>ALGUNAS NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO</i>	271
1. Propósito	271

CAPÍTULO I

LOS FUNDAMENTOS

2. Ideas políticas de la codificación procesal vigente	272
3. Pensamiento social de las leyes procesales	273
4. La igualdad ante la ley procesal	274

CAPÍTULO II

EL MÉTODO

	PÁG.
5. La igualdad por compensación	275
6. La jurisdicción especial	276
7. La equidad	277
8. Extensión de los resultados del proceso	277
9. Revisión de los fallos	278
10. Resumen	278

CAPÍTULO III

LA TÉCNICA

11. La competencia	279
12. La conciliación	282
13. El contenido de la sentencia	283
14. La cosa juzgada	287
15. Conclusiones	288

TRAYECTORIA Y DESTINO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL HISPANOAMERICANO

291

PRIMERA CONFERENCIA. — El pasado

291

1. Propósito	291
2. El derecho procesal de España, provincia de Roma	292
3. El derecho procesal de las tribus invasoras	293
4. La fusión. El Estado Visigótico. El Fuero Juzgo	295
5. El derecho procesal popular y local durante la Edad Media española	299
6. La legislación procesal de Alfonso el Sabio	303
7. La codificación americana	304
8. Conclusiones	307

SEGUNDA CONFERENCIA. — El presente

308

1. Conceptos del proceso civil dentro del pensamiento individualista liberal del siglo XIX	308
2. Principios fundamentales de esta concepción	310
3. El principio de bilateralidad	310
4. El principio dispositivo	313
5. El principio del impulso procesal a cargo de la parte	317

	Pág.
6. El principio de racionalidad de la prueba	318
7. El principio del proceso escrito	321
8. Grandeza y fracaso del individualismo en el campo del derecho procesal	323
9. Conclusiones	325
<i>TERCERA CONFERENCIA. — El futuro</i>	326
1. La crisis del individualismo y los intentos de superación .	326
2. Expresiones del derecho procesal en los países de organización democrática	327
3. Orientación general de los países de organización totalitaria	330
4. El derecho procesal del estado fascista	331
5. Corriente del pensamiento procesal en el Tercer Reich alemán	333
6. La doctrina comunista	336
7. Confrontación de las diversas orientaciones	338
8. Conclusiones	340

ÍNDICE DE AUTORES

	PÁG.		PÁG.
A			
ABBOTT	182	BARAQUERO	100
ABDALA	118	BAUMBACH	333, 336
ACUÑA ANZORENA	44	BECEÑA	135, 336
ALADIO	114	BELING	75
ALCALÁ ZAMORA	312	BELLOT	272
ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 31, 44, 59, 93, 105,	303	BELTRÁN	207
ALESSANDRI	322	BENTHAM	161
ALPONSO EL SABIO	164	BERARD	74
ALLORIO, 253, 255, 335		BERLET	92
ALSINA, 29, 30, 31	242	BERNANOS	341
ALVAREZ CORTÉS	253	BERNHARDT	322
ARCOS FERRAND, 42, 199, 207, 208, 209	213	BESTA	79, 253
ARENA	330	BETTI	293
ARISTÓPANES	70	BIDDLE	180, 181
ARISTÓTELES	70	BIELSA	91, 201
ARMAND UGÓN 100, 207, 208, 209		BILAC PINTO	322
AUGENTI	315	BLANCO ACEVEDO 205, 210, 212	
AYALA	309	BLOMEYER	253
AZEVEDO	322	BODENHEIMER	41
B			
BACCARA	256	BOLAFFI	55
BALL	174	BONILLA Y SAN MARTÍN	303
BAPTISTA MARTINS,	27, 322	BONNET	211
BARTLETT	183	BORCHARD	180
BARTOLONI FERRO	30	BORCHT, VAN DER	116
		BOSCH	72
		BRANDEIS	180
		BRIGNOLE	253
		BRUNIALTI	59, 40
		BUEN, DE	280
		BÜLOW	76
		BURDICK	36, 59

C		PÁG.	PÁG.
CABONAT	274	DAMONTE TABORDA	92
CALAMANDREI, 79, 103, 104, 105, 116, 215, 233, 254, 281, 284, 285, 314, 322, 331, 332, 333, 336, 337		DANA MONTAÑO	130, 135, 141
CALOGERO	79, 104	DASSEN	102
CAMPO, DEL	329	DE BUEN	280
CAMPOS	322	DE CASTRO	280, 336, 337
CARBAJAL VICTORICA	210	DE DIEGO	296, 300
CÁRDENAS	57	DE LA CUEVA	281
CARDOZO	179, 180, 185	DE LA HOZ	237, 250
CARLOS	130, 136	DE LAS LEYES, J.	303
CARNACINI	253, 260	DEL CAMPO	329
CARNELLI	51, 262	DEL CASTILLO	114, 251
CARNELUTTI, 31, 43, 44, 55, 230 233, 254, 258, 282, 284, 286, 331, 332		DEL VECCHIO	46
CARETTE	249	DELLEPIANE	132
CARRILLO	77	DEMARÍA	57
CARRÍO	257	DE MARÍA	262
CASASUS	115	DEMICHELI	220
CASTILLO, DEL	114, 251	DE PAGE	35, 71
CASTORENA	281	DE REZENDE FILHO	322
CASTRO, DE	280, 336, 337	DESLINIÈRES	67
CASTRO FÚNES	84	DEVEALI	102
CERDEIRAS	207, 208, 209	DIANA	251
CIBILS LARRAVIDE	251	DÍAZ DE GUILJARRO	262
COLOMBO, C. J.	103	DÍAZ MINGUEI	250, 261
COLOMBO, L.	44, 92	DIEGO, DE	296, 300
COLOMNI	273	DOROTEU	164
CONDE DE LA CAÑADA	222	DOS REIS, J. A.	322
CONIGLIO	253	DOUGLAS	186
COOLEY	36	DOWLING	182, 183, 184
CORSINI	282	DUCOUDRAY	83
COWWIN	50, 57, 194	DUGUIT	37, 38, 274
COSSIO	32, 72		
COSTA	55, 99, 293	E	
COSTA GUTIÉRREZ	250, 261	ELLAURI	128
COUTURE	118, 322	ENSOR	135
CRISTOPOLINI	322	ERSKINE MAY	40
CUEVA, DE LA	281	ESCOBEDO	55
		ESPINOSA	99
		ESQUIVEL OBRIGÓN	64
		ESTELITA	27, 322
		EVANS HUGHES	180
CH			
CHIOVENDA, 8, 44, 55, 128, 155, 253, 260, 285, 293, 295, 313, 314	322	F	
		FAULKNER	183
D		FERRER	35
D'AGUESSEAU	147	FIGUEROA	260
D'ALESSANDRO SAULLO	263	FOLIX	264
		FRANQUVILLE	40
		FRISLER	333, 335

	Págs.
FREYMAN	337
FURRIOL	199, 210
FUZTER HERMAN	35, 78

G

GAIUS	52, 71
GALIN	338
GALLIAND	57
GALLINAL	39, 45, 230
GÁLVEZ	247, 249, 264
GARCÍA	92
GARCÍA, E.	260
GARCÍA, E. A.	322
GARCÍA ACEVEDO	114
GARCÍA GOYENA	100
GARCÍA MAYNEZ	77, 260
GARD Y SAN JUAN	249
GÉNY	284, 316
GIGNOUX	254
GIL	249
GERARD	293
GIURIATI	92
GLASSON	93
GOLDARACENA	207, 208, 209
GOLDSCHMIDT, 31, 61, 106, 135, 256, 310	331
GOLDSCHMIDT, R.	333
GÓMEZ ORBANEJA	135
GORPHE	319
GOTTSCHALK	274, 283
GOUTET	228
GRAHAM	57
GÖTE	253

H

HALSBURY	171
HAMILTON	74, 90, 129
HAURIQU	38, 153, 194
HAYNES	57
HEINITZ	99
HELLMANN	322
HERNÁNDEZ RON	280
HINOJOSA	296
HOLMES	180
HOUGH	57
Hoz, DE LA	237, 250
HUESER	333

J

	Págs.
IBÁÑEZ FROCHAM	301, 306
IMAZ	64, 196, 200
IVANISSEVICH MACHADO	183

J

JAEGER	284, 288
JANNELLI	135
JARDI ABELLA	39, 115
JÉZE	38, 116
JIMÉNEZ DE ARECHAGA	92, 297
JIMÉNEZ DE ASÚA	120, 350
JOPRÉ	92, 137, 136, 139, 305
JOSSERÁND	316
JUSTINIANO	164

K

KELLER	26
KELSEN	24, 72, 73, 76, 260
KEPNER	183
KERN	333
KLEIN	272
KONEFSKY	183

L

LAGARMILLA	142, 230
LAGES	216
LALLEMAND	128, 130, 135
LAMBERT	51, 57, 149, 295
LAPRADELLE	256, 287
LAYSNEY	215
LAZCANO Y MAZON	23, 33
LEGON	260
LEIBNITZ	77
LENA-PAZ	38
LEVENE	305
LEYES, DE LAS, J.	303
LEYVA, OLEA Y	22
LEGERMAN	29, 77, 290, 331
LEMA	322
LINARES	24, 57
LYRA	322

Ll

LLORENS	312
---------------	-----

M		PÁG.			PÁG.
MG ILWAIN	47, 49, 57,	193	PÁZ		306
MC KECHNER		49	PECACH		58
MAC MILLIAN		163	PICADO	318,	322
MACHADO GUDMARANS		322	PICOT		128
MAITLAND		49	PINTO		249
MANRESA		227	PIÑEYRO		250
MARANINI		322	PODETTI	30,	44
MARÍA, DE		262	POLLOCK		49
MARSHALL	141, 182,	183	PONTES DE MIRANDA		254
MARTÍNEZ GARCÍA	250,	261	PRADIER FODERÉ		264
MARTÍNEZ RUIZ		64	PRIETO CASTRO	135,	310
MAURACH		337	PUGLIATTI		253
MAXEY		326	PUVOL	300,	302
MAYER		296			
MEDINA		254	R		
MÉNDEZ CALZADA		35	RAMÍREZ, C. M.		38
MENÉNDEZ PIDAL	297,	300	RAMÍREZ, J. A.		199
MERCADER		30	RASELLI	285,	315
MILLAR	46, 295,	310, 322	RAYZ		333
MINELLI		251	RAYCES	100,	102
MINGUJON		297	REALE		73
MIRABEAU		153	RÉBORA		90
MIRANDA, PONTES DE		254	RECASÉNS SICHES		82
MONTEKO PAULLIER		250	REDENTI	228,	332
MONTESQUIEU, 22, 71, 77, 83, 129, 163		322	REGULES		225
MORATO		322	REIMUNDIN	44,	118
MORELLI	258,	264	REN, DOS		322
MORIN		316	RENZI SEGURA		221
MOYANO		57	REY	64,	196, 200
			REZENDE, DE		322
N			RICCA-BARBERIS	295,	337
NAPOLEÓN		164	ROCCO	92,	114, 310
NIROTET	256,	257	ROCCO, A.		92
			ROCCO, U.		99
O			RODÓ		339
OGER, ROS DE		117	ROMANO		284
OLEA Y LEYVA		22	ROMERO		251
ORESTANO		293	ROMERO DEL PRADO		249
ORSI		288	ROS DE OGER		117
OSORIO	135,	139	ROSSI		38
OVERTON		57	ROTHENBERGER	333,	335
			ROUSSEAU		215
			RUIZ GUIÑAZÚ		305
			RUTLEDGE		186
P					
PAGE, DE	35,	71	S		
PAINÉ		22	SABOIA DE MEDEIROS		322
PAOLI	70,	315	SACHAËER		104

ÍNDICE DE AUTORES

357

	Pág.		Pág.
SAGARNA	64, 196	TERGO	281
SALEMI	286	TRUERA URBINA	281
SAMPAIO DORIA	22	TWISDEN	49
SÁNCHEZ ALBOANOS	300		
SANJINÉS	306	U	
SAN JUAN, GARD Y	249		
SAYTA	227	UREÑA	303
SAYAGUÉS LASO	225, 249		
SCAGLIONI	253, 260	V	
SCHMIDT	253		
SCHÖNKE	104		
SEgni	280, 287	VACCHELLI	286
SEGURA, RENZI	221	VAN DER BORGHY	116
SELIGMAN	116	VAQUET	264
SEMON	91	VAZ FERREIRA	68, 308, 339
SÉNECA	46	VAZ PINTO	281
SENTÍS MELENDO	30, 103, 242	VECCHIO, DEL	46
SEYDEL	333, 334	VELASCO	129
SILVA	250	VÉSCOVI	114, 251, 261
SKOLFIELD	181	VIDELA ARANGUREN	248
SOLER	75, 102	VIÑAS BALUGUERA	130
SOLÓRZANO	305	VIZIOZ	38, 44
SPEHL	258		
SPOTA	44, 253	W	
STHENDAL	164		
STONE, 177, 179, 181, 182, 183, 185,	186	WATSON	141
STORY	35, 36	WENGER	99, 293
SUÁREZ	211	WIGMORE	157, 158, 319
		WILLOUGHBY, 41, 57, 60, 91, 141, 196, 200	202
T		WOLFSON	337
TENNYSON	8		
TRÓFILO	164	Y	
THOMPSON	329		
TIFFANY	213	YENKS	49
THOT	64		
TISSEMBAUM	273	Z	
TRESIER	93		
TOMÉ	330	ZALDÍVAR	128
TORRES	296	ZEBALLOS	263
TREVES	73		

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS

	Pág.	Pág.	
A			
ACCIDENTES del trabajo	328	ALFONSO EL SABIO. Legislación procesal de...	303
— Teoría de la culpa en materia de	274	ALLANAMIENTO	230
ACCIÓN	22	ALTA CORTE	154, 157
— civil. Carácter cívico de la	32	AFIRMACIÓN. Garantía de...	64
— Concepto de	24	APELACIONES denegadas por la Administración. Recurso de queja por...	217
— y derecho de petición	24	ARBITRARIEDAD judicial	83
— y excepción	45	<i>Audiatur altera pars</i>	46, 47
— como fórmula típica del derecho constitucional de petición	34	AUDIENCIA. Bilateralidad de la...	310
ACTAS de conciliación	237, 239	AUTOCOMPOSICIÓN	230, 282
ACTOS		AUTORIDAD	
— administrativos sin contralor jurisdiccional	204	— Garantía de...	89
— constitutivos	61	— Individuo y	27
— de obtención	60	— del Juez	152
— privativos y discrecionales de la Administración	219	— Justicia y...	164
— procesales y debido proceso	58	AUXILIATORIA	
— procesales y la garantía de defensa en juicio	60	— de pobreza. Ejercicio abusivo de la...	111
— procesales. Principio de igualdad ante los...	66	B	
ADMINISTRACIÓN		BIENES, Régimen de los... en el Tratado de Montevideo	261
— Actos privativos y discrecionales de la...	219	BILATERALIDAD. Principio de	310
— Debido proceso y las necesidades de la...	200	C	
— Denegación de recursos por la...	220	CÁMARA de los Lores	165
— Recurso de queja por apelaciones denegadas por la...	217	CAPACIDAD legal para conciliar	226
		CARÁCTER cívico de la acción civil	32
		— cívico de la excepción	47

	Pág.		Pág.
CARRERA judicial	134, 137	CONTRALOR	
CARTAS rogatorias	246	— jurisdiccional y recursos	221
CASACIÓN	104	CONTRATO colectivo	274
CODIFICACIÓN		CONVICCIÓN. Libre	318
— americana	304	CORTE	
— procesal vigente. Ideas políticas		— de Condado	167
de la	272	— de Justicia. Alta	167
CÓDIGO		COsa JUZGADA	279, 287
— penal	19	— — anglo-sajona	99
— de procederes Santa Cruz,		— — latina	99
305, 315,	321	COSTAS	118
— de procedimientos. Constitu-		— Condena en	43
ción y	19	COSTOS	118
<i>Common law</i> , 25, 147,	157	— de la justicia	21
— y derecho civil, 158,	162	<i>Court of Appeal</i>	166
— Espíritu y técnica del	160	<i>Court of Criminal Appeal</i>	166
— Precedentes y principios del	163	CRISIS del individualismo	326
COMPETENCIA	279	CULPA. Teoría de la . . . en materia de	
— internacional. Principio de		accidentes del trabajo	274
como presupuesto de las medidas			
cautelares	258		
COMUNISMO ruso	169	D	
CONCILIACIÓN, 70, 241, 279,	282	DEBIDO PROCESO	
— como acto procesal	229	— — Actos procesales y	58
— como conveio entre partes	229	— — Excepción como instrumen-	
— Eficacia ejecutoria de las actas		to técnico de la garantía del	55
de	239	— — Garantía constitucional del	193
— Obligatoriedad constitucional de		— — Inconstitucionalidad por pri-	
la	225	vación de garantía del	191
— y título ejecutivo	231	— — legal	50
— y transacción	223, 230	— — necesidad del	214
— Valor de las actas de	237	— — y las necesidades de la ad-	
CONCURSO		ministración	200
— para el ingreso a la judicatura	135	— — Procedimiento administrativo	
— de méritos para la promoción		como	195
de jueces	139	DECISIÓN. Lógica de la prueba y de	
— de oposición para las promociones		la	293
de la magistratura	139	DEFENSAS	55
CONDADO. Cortes de	167	— en juicio. Actos procesales y la	
CONDENA en costas	43	garantía de	60
CONFESIÓN	241	— en juicio. Excepción y derecho	
<i>Conseils de Prud'hommes</i>	282	de	45
CONSTITUCIÓN	74	DENEGACIÓN de recursos por la Ad-	
— y código de procedimientos	19	ministración	220
— La justicia gratuita en la	113	DERECHO	
— y ley orgánica del poder judicial	83	— cívico	22
— y sus textos reglamentarios	19	— civil. <i>Common law</i> y	158, 162
CONTRALOR		— constitucional de petición. Ac-	
— jurisdiccional. Actos administra-		ción como fórmula típica del	34
tivos sin	204	— de defensa en juicio. Excepción	
		y	45

	PÁG.		PÁG.
DERECHO		EMBARGO	
— fiscal	316	— en derecho internacional priva-	
— libre	79	do	256
— de los menores	329	— Fines del	235
— de petición	34	— y jurisdicción	254
— de petición, acción y	24	— Naturaleza jurídica del	252
DERECHO PROCESAL		EQUIDAD	70, 277
— — constitucional	189	— Jurado y	167
— — de España, provincia de Ro-		ERRORES judiciales	91
ma	292	ESCRITURA	321
— — del Estado fascista	331	ESPAÑA	
— — civil hispanoamericano. Tra-		— Derecho procesal de . . . provin-	
yectoria y destino del	289	cia de Roma	292
— — Individualismo en el cam-		ESTADO	
po del	323	— fascista. Derecho procesal del..	331
— — en los países de organiza-		— visigótico	295
ción democrática	327	ESTADOS UNIDOS	
— — en los países de organiza-		— H. F. Stone y la Suprema Corte	
ción totalitaria	330	de Justicia de los	177
— — popular y local durante la		EXCEPCIÓN	22
Edad Media española	299	— Acción y	45
— — del trabajo. Nociones fun-		— Carácter cívico de la	47
damentales de	269	— como instrumento técnico de la	
— — de las tribus invasoras de		garantía del debido proceso . . .	55
España	293	— y derecho de defensa en juicio	45
DESISTIMIENTO	230	EXHORTOS	246
DIRECCIÓN del proceso	154	EXTENSIÓN de los resultados del	
DIVISIÓN de los poderes	21	proceso	277
DIVORCIO. Materia de	329		
DOCTRINA comunista	336	F	
DOCTRINA del <i>Führerprinzip</i>	335	FALLOS	
<i>Due process.</i> Alcance procesal del..	58	— plenarios	104
<i>Due process of law</i>	23, 50, 194	— plenarios. Obligatoriedad de	
		los	97
E		— Revisión de los	278
EDAD Media española. Derecho proce-		FASCISMO italiano	170
sal popular y local durante la	299	FIJACIÓN judicial de los honorarios	
EFICACIA ejecutoria de las actas de		médicos	205
conciliación	239	FRAUDE procesal	45
EJECUCIÓN	241	FUERO juzgo	295
— Elemento volitivo en los títulos		FUERO del trabajo	279
de	238	FUERZA ejecutiva	240, 241
— y orden público	259	FUERZA ejecutoria	240
EJERCICIO abusivo de la auxilioria		<i>Führer</i>	169, 335
de pobreza	111	<i>Führerprinzip.</i> Doctrina del	335
ELEMENTO volitivo en los títulos de		<i>Fumus bonis iuris</i>	112
ejecución	238		
EMBARGO		G	
— Caracteres del	253	GARANTÍA	
— decretado por Jueces extran-		— de afirmación	64
jeros	243	— de autoridad	89

	Pág.		Pág.
GARANTÍA		INDIVIDUALISMO	
— constitucional del debido proceso	193	— liberal	308
— constitucionales de la jurisdicción	84, 103	INDIVIDUO y autoridad	27
— constitucionales de la legislación	100	INTERLOCUTORIAS	
— constitucionales del proceso civil	17	— Inapelabilidad de las	155
— del debido proceso. Excepción como instrumento técnico de la	55	— de prueba	295
— del debido proceso. Inconstitucionalidad por privación de	191		
— de defensa en juicio. Actos procesales y la	60	J	
— de independencia	87	<i>Judge</i>	154, 173
— de petición	63	JUDICATURA. Concurso para el ingreso a la	135
— de prueba	65	JUEZ	
— de responsabilidad	90	— Autoridad del	152
— de "su día ante el tribunal"	59	— Concurso de méritos para la promoción	139
GOBIERNO de los jueces	129	— extranjero. Embargos decretados por	243
		— Gobierno de los	129
H		— Independencia económica del	151
H. F. STONE y la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos	177	— Independencia moral del	150
ETEROCOMPOSICIÓN	282	— Inglés	147
<i>Higb Court of Justice</i>	166	— de Paz	167
HONORARIOS médicos. Fijación judicial de los	205	— Promoción y traslado de	125, 136,
			159
I		— de poderes discrecionales	79
IDEAS políticas de la codificación procesal vigente	272	— Reglas de los	171
IGUALDAD		— Selección de los	133
— ante los actos procesales. Principio de	66	JUICIO. Excepción y derecho de defensa en	45
— ante la ley procesal	274	<i>Jura novit curia</i>	315
— por compensación	275	JURADO y equidad	167
IMPULSO procesal	309, 317	JURISDICCION	
INAPELABILIDAD de las interlocutorias	155	— Embargo y	254
INCONSTITUCIONALIDAD por privación de garantía del debido proceso	191	— Garantías constitucionales de la	84, 103
INDEPENDENCIA		— Órganos de la	293
— económica del juez	151	— Sentencia y	69
— Garantía de	87	JURISPRUDENCIA	226
— moral del juez	150	JUSTICIA	
— del poder judicial	129	— y autoridad	164
INDIVIDUALISMO		— civil. Transformaciones políticas de la	267
— en el campo del derecho procesal	323	— colonial	35
— Crisis del	326	— costo de la	21
		— gratuita en caso de pobreza	109
		— gratuita en la Constitución	113
		— inglesa. La	143
		— inglesa. Organización de la	165
		— inglesa. Sentido político de la	169

	Pág.		Pág.
JUSTICIA		N	
— Magistratura y	123	NOCIONES fundamentales de derecho	
— y política	169	procesal del trabajo	269
— como política de libertad	170	NOMBRAMIENTO y promoción de ma-	
— Publicidad de la	153	gistrados	125
— como realización humana	156		
— Tutela constitucional de la	15	O	
		OBLIGATORIEDAD	
I		— constitucional de la concilia-	
LA JUSTICIA inglesa	143	ción	225
<i>Law of the land</i>	50	— de los fallos plenarios	97
<i>Legis acciones</i>	52	OBTENCIÓN . Actos de	60
LEGISLACIÓN . Garantías constitu-		<i>Offiziellbetrieb</i>	317
cionales de la	100	OPOSICIÓN . Concurso de . . para las	
— procesal de Alfonso el Sabio	303	promociones de la magistratura	139
LEY	74	ORALIDAD	321
— española de 1855	20	ORDEN PÚBLICO . Ejecución y	219
— orgánica del poder judicial. Con-		ORGANIZACIÓN de la justicia inglesa	165
stitución y	83	ÓRGANOS de la jurisdicción	293
— procesal	39		
— procesal. Igualdad ante la	274		
— procesales. Pensamiento social de		P	
las	273	PAÍSES	
— de la tierra	48	— de organización democrática.	
LIBERTAD . Justicia como política de		Derecho procesal en los	327
LIBRE convicción	318	— de organización totalitaria. De-	
LÓGICA		recho procesal en los	330
— de la decisión. Lógica de la		<i>Parteibetrieb</i>	317
prueba y	293	PENALIZACIÓN del proceso civil	313
— de la prueba y de la decisión	293	PETICIÓN	
LORES . Cámara de los	165	— Acción y derecho de	24
		— Derecho de	34
M		— Garantía de	63
MAGISTRADOS . Nombramiento y pro-		POBREZA	
moción de, 125, 136,	139	— Ejercicio abusivo de la auxilia-	
MAGISTRATURA		toria de	111
— Concurso de oposición para las		— Justicia gratuita en caso de	109
promociones a la	139	PODER	
— y Justicia	123	— discrecional. Juez de	79
— y política	148	— judicial. Constitución y ley or-	
<i>Master</i>	154, 173	gánica del	83
MEDIDAS cautelares. Principio de		— judicial. Independencia del	129
competencia internacional como		— División de los	21
presupuesto de las	258	POLÍTICA	
MENORES . Derecho de los	329	— Justicia y	169
MÉRITOS . Concurso de . . para la pro-		— de libertad. Justicia como	170
moción de jueces	139	— Magistratura y	148
MIEMBROS de la Suprema Corte.		— Proceso y	93
Elección de los	131	— del proceso civil	172
MONTESQUEIU . Teoría de	83	— del proceso penal	171

PRINCIPIO	PÁG.	Q	PÁG.
— de bilateralidad	310	QUEJA. Recurso de... por apelaciones denegadas por la administración	217
— de competencia internacional como presupuesto de las medidas cautelares	258		
— dispositivo	313		
— económicos del proceso civil	115		
— de igualdad ante los actos procesales	66		
— del impulso procesal a cargo de la parte	317		
— de racionalidad de la prueba	318		
— del proceso escrito	321		
— de publicidad	21		
— de la sana crítica	319		
<i>Private bill</i>	34		
PROCEDIMIENTO			
— administrativo como debido proceso	195		
— debido	58		
PROCESO			
— civil. Conceptos del... dentro del pensamiento individualista liberal del siglo XIX	308		
— civil. Garantías constitucionales del...	17		
— civil. Penalización del...	313		
— civil. Política del...	172		
— civil. Principios económicos del...	115		
— Dirección del...	154		
— escrito	20		
— escrito. Principio del...	321		
— Extensión de los resultados del...	277		
— penal. Política del...	171		
— y política	93		
— romano-canónico	20		
PROMOCIÓN de jueces y magistrados 125, 136	139		
PROTOMEDICATO o Sub Delegación médica	206		
PRUEBA	309		
— civil	65		
— Garantía de...	65		
— Interlocutoria de...	295		
— legal	318		
— Lógica de la... y de la decisión	293		
— Principios de racionalidad de la...	318		
PUBLICIDAD			
— de la justicia	153		
— Principio de...	21		
		R	
		RECURSO	
		— Contralor jurisdiccional y...	221
		— Denegación de... por la administración	220
		— de queja por apelaciones denegadas por la administración	217
		REFORMAS procesales inglesas	173
		RÉGIMEN de bienes en el Tratado de Montevideo	261
		REGLAS de los jueces	171
		<i>Renvoi</i>	104
		RESPONSABILIDAD	
		— Garantía de...	90
		— procesal	43
		REVISIÓN	
		— alemana	104
		— de los fallos	278
		<i>Right of petition</i>	34
		S	
		SANA CRÍTICA. Principios de la...	319
		SANTA CRUZ. Código de procederes 305, 315	321
		SELECCIÓN de los jueces	133
		SENTENCIA	74, 309
		— Contenido de la...	279
		— Declaración y creación en la...	76
		— como expresión jurisdiccional	83
		— y jurisdicción	69
		SISTEMA	
		— germánico	318
		— romano	318
		SUB DELEGACIÓN MÉDICA. Protomedicato o...	206
		"SU DÍA ANTE EL TRIBUNAL". La garantía de...	59
		SUPREMA CORTE. Elección de los miembros de la...	131
		— de Justicia de los Estados Unidos. H. F. Stone y la...	177
		<i>Supreme Court of Judicature</i>	166

T		Pág.		Pág.
TEORÍA			TRATADO de Montevideo. Régimen	
— de la culpa en materia de acci-			de bienes en el...	261
dentes del trabajo	274		TRAYECTORIA y destino del derecho	
— de Montesquieu	83		procesal civil hispano-americano	289
TERCER Reich alemán. Pensamien-			TUTELA	
to procesal en el...	333		— constitucional de la justicia	15
TEXTOS reglamentarios. Constitución			— jurídica. Seguridad de la...	293
y sus...	19			
TIERRA. Ley de la...	48		U	
TÍTULOS			Uso forense	226
— de ejecución. Elemento volitivo				
en los...	238		V	
— ejecutivo. Conciliación y...	235		VALOR de las actas de conciliación	237
— ejecutivos	240			
— ejecutorios	240		W	
TRABAJO. Fuero del...	279		<i>Weltanschauung</i>	169
TRANSACCIÓN	230, 232			
— Conciliación y...	223, 230		Z	
TRANSFORMACIONES políticas de la			<i>Zivilprozessordnung</i>	272
justicia civil	267			
TRASLADO de jueces. Promoción y...				
125, 136	139			
TRATADO de Derecho Procesal de				
Montevideo de 1889	245			

17. DEL ORDEN PARA INFORMAR "IN VOCE"

SUMARIO: 1. Un cambio de orientación. — 2. El texto legal. — 3. Los antecedentes. — 4. Disposiciones complementarias. — 5. Elementos de doctrina. — 6. Justicia y tradición.

DEL ORDEN PARA INFORMAR "IN VOCE"

1. *Un cambio de orientación.*

En un fallo dictado últimamente ⁽¹⁾, se ha decidido que la iniciativa en el pedido de informe *in voce* prevalece sobre la calidad de apelante o apelado.

De acuerdo con ese principio, y cambiando una orientación normalmente admitida, el abogado del apelado debe hablar antes que el abogado del apelante, si es que expresó con anterioridad a éste, su propósito de informar.

El caso es de un interés poco frecuente en una cuestión tan minúscula como parece ser esta del ceremonial forense. Porque aquí la decisión no afecta sólo a la ceremonia, sino también a las ventajas que, en todo debate, supone hablar en último término.

Trataremos, pues, de examinar el alcance de esa tesis.

2. *El texto legal.*

A estar a una interpretación literal del art. 736, inc. 2º: C. P. C., corresponde hablar en primer término al apelante

(1) *Rev. D. J. A.*, t. 47, p. 149. Debe aclararse que, habiéndose

y en segundo término al apelado, sea quien fuere el que ha pedido el informe *in voce*.

La letra de la ley en este punto es de una claridad absoluta. La doctrina nacional no ha tenido vacilaciones al respecto, como tampoco las ha tenido la doctrina extranjera. Ninguna razón visible a primera vista hace pensar que pueda darse al referido texto una interpretación diferente por circunstancias no previstas en el mismo.

3. *Los antecedentes.*

Analicemos los antecedentes de esa disposición.

El art. 736: C. P. C., coincide literalmente con el art. 724 del Proyecto Requena, sin más diferencia que algún pequeño detalle de puntuación que para nada modifica el sentido de la disposición. Requena, por su parte, se aparta de las fuentes familiares del Código de Procedimiento Civil. Su texto no coincide ni con el art. 330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española; ni aparece en las disposiciones relativas a la segunda instancia del Código de Procederes de Santa Cruz; ni tiene coincidencia con el art. 273 del Proyecto argentino de Domínguez. Tampoco la tiene con el 383 del Código de Procedimientos de Entre Ríos, texto éste del año 1876, que Requena indudablemente tuvo a la vista y que no se ha citado nunca como fuente de nuestro Código de Procedimiento, no obstante tener éste algunos artículos literalmente tomados del mismo.

Al no hallarse, pues, fuente que coincida con el art. 736, parece propio pensar que éste es redacción directa de Re-

determinado el orden para hacer uso de la palabra en el acto mismo de la audiencia, el Tribunal no tuvo oportunidad de fundamentar por escrito su decisión.

quena, si bien la rara articulación de la frase "... le será permitido tener la palabra segunda vez", muestra el parentesco con la ley española y el Proyecto Domínguez.

No hay, en consecuencia, ninguna posibilidad de extraer argumentos que alteren el claro tenor literal del texto, que manda hablar en primer término al apelante, fundándose en su apartamiento con relación a las fuentes.

Todo consiste, entonces, en saber si existe o no algún otro texto que modifique el tenor literal de la disposición aludida.

4. *Disposiciones complementarias.*

La única disposición que podría prestarse a una modificación indirecta del art. 736 es la disposición del artículo 733.

Si embargo, no existen en este último texto elementos de importancia que conduzcan a modificar la situación que al apelante confiere el art. 736.

Las razones son las siguientes:

En primer término cabe destacar que el art. 733 permite, indistintamente, al apelante o al apelado, tomar la iniciativa en materia de informe *in voce*. Esta disposición no regula *el orden de la audiencia sino la iniciativa del informe*.

En segundo término, debe subrayarse el carácter *común* del derecho a informar *in voce*. Los dos litigantes pueden hacerlo. Si lo ha manifestado sólo el apelante, luego de su informe puede hablar el apelado, aunque antes no hubiera hecho manifestación alguna de su propósito de informar *in voce*. Análogamente, si la manifestación la ha hecho sólo el apelado, también puede informar el apelante aunque

no haya expresado nada al respecto. Esta circunstancia subraya el carácter común del informe *in voce*. Aun el que no haya hecho manifestación alguna, puede informar.

En tercer término, debe ponerse de relieve el carácter *subordinado* del informe *in voce* respecto de aquel que no ha hecho manifestación. En efecto: si habiendo solicitado uno de los litigantes el informe *in voce*, el otro no, y el que ha pedido el informe no concurriera a la audiencia, sería imposible al adversario producir el informe por su parte.

Esto surge del inc. 3º del art. 733. El informe del que no ha hecho manifestación alguna queda supeditado a que el que ha hecho manifestación produzca efectivamente su informe. Si el que no ha hecho manifestación no concurre, la audiencia no tiene lugar y en consecuencia el otro litigante queda privado de su derecho de informar. Acaso esta conclusión sea dudosa; pero ella ha prevalecido más de una vez ante nuestros tribunales ⁽²⁾.

Resumiendo, pues, el contenido del art. 733 en cuanto interesa a la cuestión en estudio, cabe admitir como conclusión que este texto no regula el desarrollo de la audiencia, sino el derecho a informar en sí mismo. No se refiere a *cómo* debe informarse sino a *quién* puede informar.

Este texto regula, en consecuencia, la iniciativa del procedimiento y no la prelación en cuanto al uso de la palabra.

5. *Elementos de doctrina.*

No se halla en la doctrina habitual, particularmente en el texto de las leyes española, cubana y argentina, que son

(2) *Jur. A. S.*, t. 2, n. 727.

las que tienen más similitud con la nuestra, ninguna opinión que justifique la alteración en el orden de los informes.

Todos los autores se limitan a hacer una aplicación literal del texto que manda hablar en primer término al apelante y en segundo al apelado. El comentario más amplio y el más persuasivo corresponde a Guasp ⁽³⁾, quien anotando el art. 330 de la Ley de Enjuiciamiento, que se limita a decir que los abogados "informarán por su orden", apunta: "no es difícil deducir del orden legal con que se desarrollan los diversos actos del proceso y el principio lógico que atribuye la posición de ataque al demandante y de defensa del demandado, cuál debe ser el orden normal de los informes. Hablará, en efecto, el abogado de la parte demandante o recurrente y después el de la parte demandada o recurrido; si asisten a cada parte dos abogados, hablarán sucesivamente actuando el reparto de cuestiones que hayan acordado: hecho y derecho, u otro criterio cualquiera". Este autor enuncia a continuación algunas excepciones posibles que no interesan frente al caso que estudiamos.

Nuestros autores se han colocado, al considerar este tema, en una posición idéntica. Por lo que se saca en conclusión de un comentario de clases de De María, parece ser que en cierta oportunidad se planteó entre nosotros el problema del posible conflicto entre la calidad de apelante y la calidad de requirente del informe *in voce*. De María ⁽⁴⁾, se inclinó decididamente en favor de la calidad de apelante invocando buenas razones que fueron más tarde recogidas literalmente por Gallinal ⁽⁵⁾.

Según parece inferirse de lo que consigna De María, el

(3) *Comentarios*, t. 1, p. 875.

(4) *Lecciones*, t. 3, p. 94.

(5) *Manual*, t. 2, p. 114.

argumento por virtud del cual se daba preferencia al apelado radicaba en que no se podía dar la palabra al que no la había pedido. Parecería ser que éste es, en último término, el único argumento que se ha aducido para invertir el orden del art. 633.

Pero es de toda evidencia que este argumento es insuficiente. En el mejor de los casos, bastaría para aquellas situaciones en las cuales el apelante no ha manifestado su propósito de informar, pero no para aquellos casos en que ambos litigantes lo hubieran hecho. Pero ni aun siquiera para ese caso, el argumento que refutaba De María, sería valedero.

La segunda instancia se abre por virtud de un procedimiento de impugnación, como es el recurso de apelación. El que impugna es el apelante. Siendo el proceso civil un proceso dialéctico, su desenvolvimiento se produce sobre la base de tesis y de antítesis y lo natural en el orden dialéctico es que el que ataque hable primero dando luego ocasión al que se defiende.

Este principio dialéctico no puede ser modificado por el precepto de cortesía de dar prelación al que ha pedido primero la palabra. La cortesía cede ante la justicia. Y la justicia indica que el demandado (y en la apelación, virtualmente, el demandado es el apelado) debe hablar en último término, para que pueda ejercer sus defensas con conocimiento de las razones que aduce el atacante.

De sostenerse lo contrario, se impondría al demandado el penoso esfuerzo de defenderse de razones que no conoce y de exponer la antítesis antes de la tesis.

6. *Justicia y tradición.*

Se ha aducido alguna vez que la tesis en examen responde a la tradición del Tribunal que la expidió, aunque no sea la que prevalezca en otras Salas.

Si así fuera, sería del caso pensar si no es conveniente poner en causa a la tradición. Lo viejo es bueno cuando es justo; cuando no lo es, no importa que sea viejo.

Es bien probable que en alguna próxima oportunidad en que el caso se plantee, el Tribunal se decida a enfrentar la tradición. Ya sea para confirmarla con mejores razones que las que atacaba De María; ya sea para abandonarla en homenaje a otras razones.

18. NATURALEZA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

SUMARIO: 1. Planteo. — 2. Breve panorama de doctrina. — 3. Una distinción necesaria. — 4. Naturaleza del fallo de segunda instancia, confirmatorio del de primera. — 5. Naturaleza del fallo de segunda instancia, revocatorio del de primera. — 6. Irretroactividad de la sentencia de segunda instancia. — 7. Conclusiones.

NATURALEZA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

1. *Planteo.*

¿Cuál es la naturaleza jurídica del fallo de segunda instancia? ¿Constituye una unidad con el de primera instancia o, por el contrario, es independiente de aquél? Cuando confirma, ¿su contenido es declarativo o constitutivo? Cuando revoca, ¿sus efectos son autónomos o se hallan ligados al fallo de primera instancia?

La doctrina acostumbra a examinar estos problemas como una prolongación de otro que, tradicionalmente, se denomina "naturaleza jurídica de la sentencia sometida a impugnación". Sobre este último existe tal cantidad de trabajos que todo resumen es aquí imposible.

Sin perjuicio de ir refiriendo las más importantes de esas contribuciones a lo largo de este estudio, nos proponemos examinar la naturaleza del fallo de segunda instancia frente a un caso particular. Nos servimos así de un ejemplo, para llegar a consideraciones generales de doctrina. Vale decir, la inversa del camino habitual.

La delicadeza del caso nos impone esta inversión.

Utilicemos el siguiente ejemplo:

Un marido, inmediatamente después de dictada la sentencia de divorcio en su favor, adquiere por compraventa un bien raíz. Apelada esa sentencia por el otro cónyuge, se resuelve la segunda instancia por sentencia confirmatoria de la primera instancia. Se trata de saber si el bien adquirido pertenece exclusivamente al marido o si pertenece a la sociedad conyugal.

Si la sentencia de segunda instancia surte efectos para el futuro y no tiene retroactividad alguna, el bien adquirido es de carácter ganancial y debe dividirse entre marido y mujer. Si, por el contrario, la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la de primera, retrotrae sus efectos a la fecha en que fué dictado el fallo de primera instancia, el bien adquirido es propio del marido y no debe compartirlo con su esposa.

El punto es de extrema dificultad y ha sido considerado muy diversamente por la doctrina. La incertidumbre que depara es una consecuencia natural de esa dificultad.

Tratemos, pues, de examinarlo con la mayor lucidez posible.

2. *Breve panorama de doctrina.*

La naturaleza del fallo de primera instancia pendiente de apelación ha preocupado reiteradamente a la doctrina. Conviene tener en cuenta cuanto se ha dicho sobre este particular, porque constituye un antecedente necesario para nuestra investigación.

La sentencia de primer grado, dice Pavanini ⁽¹⁾, ha sido

(¹) PAVANINI, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova, 1937, p. 33. Análogas esquematizaciones pueden hallarse en

considerada como una decisión sometida a condición resolutoria (²), o a condición suspensiva (³), o a revocación (⁴); sea como un elemento que con el concurso de otro elemento (el transcurso del término) llegará a ser una declaración del derecho (⁵), sea finalmente y en términos más generales, como una providencia completa y eficaz pero no definitiva, que podrá llegar a ser destruída por la eventualidad de la nueva sentencia (⁶).

Este complicado panorama de doctrina requiere alguna ordenación.

El autor citado lo resume así:

“Las varias tesis relativas a la condición de la sentencia sujeta a impugnación, pueden reducirse sustancialmente a dos grandes categorías: una, considera la sentencia sometida a impugnación como una situación jurídica que llegará a ser la sentencia de la causa sólo cuando, con el transcurso de ciertos términos, resulte imposible un pronunciamiento

los estudios de COLOMBO, *Naturaleza jurídica de la sentencia sometida a recurso*, en *Rev. D. Pr.*, 1947, I, p. 488 y FAIREN GUILLEN, *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal*, en *Rev. D. Pr. esp.*, 1949, p. 297.

(²) KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältnis*, ps. 71 y 72; el mismo, *Zivilprozessrecht*, p. 354; MORTARA, *Commentario*, t. 4, p. 117; CASATI, nota de jurisprudencia en *Rivista di diritto civile*, 1912, p. 866.

(³) VASSALLI, *La sentenza condizionale*, n. 31; CALAMANDREI, *La cassazione civile*, t. 2, p. 198; BETTI, *Diritto processuale civile*, p. 644.

(⁴) ROCCO (U.), *L'autorità della cosa giudicata*, p. 252.

(⁵) CHIOVENDA, *Principii*, p. 952; el mismo, *Istituzioni*, t. 2, p. 105; MENESTRINA, *Il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado*, en *Riv. D. P.*, 1928, II, p. 211; CRISTOFOLINI, *Efficacia della sentenza nel tempo*, en la misma revista, 1935, I, p. 302; CASTELET, *Natura giuridica della sentenza soggetta a gravame*, en *Foro Italiano*, 1933, I, p. 609.

(⁶) CARNELUTTI, *Lezioni*, t. 4, n. 311; BIONDI, *I poteri del giudice di inibitoria*, publ. en *Studi Sassaresi*, p. 21 del extracto.

de segundo grado; otra, sostiene que la sentencia del juez se encuentra desde el principio provista de normal eficacia imperativa, salvo que sea declarada inexistente cuando una nueva sentencia de apelación modifique total o parcialmente los efectos" (7).

Tratemos de ver lo que existe de exacto en estas dos proposiciones.

3. *Una distinción necesaria.*

Conviene comenzar haciendo una distinción que evite tratar como si fuera uno solo, dos problemas diferentes.

Esta distinción consiste en considerar, por un lado, el caso de la sentencia de primera instancia durante el plazo (en nuestro derecho, de cinco días) dentro del cual puede interponerse el recurso de apelación. Por otro lado debe examinarse, como asunto diferente, la sentencia de primera instancia cuando ha sido deducido contra ella el recurso de apelación y se halla pendiente de fallo la segunda instancia.

Son dos situaciones distintas, de consecuencias también distintas. Conviene añadir que este problema tiene una gran significación en legislaciones que, como la francesa y la italiana, tienen el procedimiento de ejecución provisoria de la sentencia. Esta circunstancia obliga a los autores a considerar el tema acudiendo a cada instante a esta institución. Diferente es la situación en derechos como el nuestro que no tienen ejecución provisional de la sentencia de primera instancia.

Tratemos, pues, de examinar muy brevemente el caso especial de la sentencia durante el término en que puede ser

(7) PAVANINI, *op. cit.*, p. 33.

apelada, ya que es ésa una situación relativamente fácil, que conviene descartar de antemano, para evitar que interfiera en el examen de la sentencia de segunda instancia.

Durante el término de cinco días dado para apelar, la sentencia es un acto jurídico cuya eficacia depende de la actitud que asuma el litigante a quien el fallo perjudica. Durante ese término existe un estado *de suspensión* de los efectos.

Si no se introduce el recurso, la suspensión cesa y la sentencia pasa en cosa juzgada. Si el recurso se interpone, se crea un estado de cosas que luego será examinado. Pero, por el momento, mientras se halla pendiente el término para apelar, el acto jurídico se halla en suspenso.

Esa suspensión es a plazo y a condición. El plazo es el señalado en la ley; la condición, es la de que no se interponga el recurso.

Como todos los actos pendientes de condición suspensiva, si la condición no se cumple, el acto se tiene como puro y simple desde su fecha ⁽⁸⁾.

El problema de la retroactividad es, pues, en este caso, relativamente fácil de resolver. Si la sentencia fuere consentida, sus efectos se computan a partir de la fecha en que es notificado el fallo a las partes ⁽⁹⁾. Se produce así una retroactividad de los efectos propios de la sentencia ejecutoriada.

En el ejemplo arriba propuesto, si el bien inmueble fuere

⁽⁸⁾ C.C. 1421; "Cum enim semel conditio extitit perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset": ley 11, 1, 4, L. 20, *Digesto*.

⁽⁹⁾ No decimos hasta el día de su fecha, puesto que hasta la notificación puede ser modificada por el juez: art. 486: C. P. C. Cfr. en este volumen el estudio *Ampliación y rectificación de sentencia*.

adquirido por el esposo durante los cinco días posteriores a la notificación del fallo y éste quedare ejecutoriado por ausencia de apelación, debe reputarse que la sociedad conyugal quedó disuelta al notificarse la sentencia a las partes. El inmueble fué incorporado al patrimonio del adquirente fuera de la vigencia de la sociedad conyugal.

Distinta sería, en cambio, la situación que surgiría en lo que atañe a la retroactividad, si dictada una sentencia de divorcio *ad vinculum* de primera instancia, el cónyuge vencido muere durante el término para apelar. ¿Cabría admitir, en ese caso, que el matrimonio ha sido disuelto?

No, en nuestro concepto. La acción de divorcio es personalísima y se sobresee por la muerte de uno de los cónyuges. Si uno de los esposos tenía aún derecho a interponer un recurso legal, y murió pendiente el plazo para ejercerlo, su situación es análoga a la que surge en el caso de muerte durante el curso de la instancia. La retroactividad es consecuencia del consentimiento del fallo apelado, vale decir de no haber realizado voluntariamente el acto de impugnación. Ese consentimiento no existe, ni puede presumirse, en caso de muerte.

4. *Naturaleza del fallo de segunda instancia, confirmatorio del de primera.*

Descartada la situación que surge cuando la sentencia de primera instancia queda ejecutoriada, examinemos la situación cuando ha sido interpuesto el recurso de apelación.

Interpuesto el recurso, el estado de suspensión continúa: *appelatione pendente nihil innovandum*.

Esta suspensión dura lo que dura la segunda instancia.

Pero confirmado el fallo, se produce una homologación de la sentencia de primera instancia por acto del superior.

El fallo de primera instancia viene a quedar así como esos actos del derecho civil supeditados a confirmación. Si el acto es confirmado se han reunido los dos elementos: la voluntad originaria y la voluntad confirmatoria. Si no es confirmado, si ha fallado uno de los elementos, el acto no produce efectos.

La sentencia de primera instancia es una voluntad jurídica originaria que puede valer por sí sola si no se introduce el recurso de apelación; pero introducido el recurso, es una voluntad jurídica originaria sometida a confirmación por el superior. En consecuencia, sólo la voluntad originaria a la que se suma la voluntad confirmatoria, produce la cosa juzgada.

Estas ideas adquieren una particular significación no bien se examinan desde el punto de vista del contenido de la segunda instancia dentro de los procesos de origen hispánico en América.

Como es sabido, las legislaciones europeas, particularmente la francesa, la alemana y la italiana, concibieron la segunda instancia como un verdadero proceso de revisión de toda la primera instancia. En el derecho alemán se llegó a hablar de "una segunda primera instancia" para significar este carácter de revisión plenaria del fallo de primera instancia. La legislación española, por el contrario, nunca concibió una segunda instancia que fuera una repetición de la primera, sino que, por el contrario, limitó el contenido de la segunda instancia a una revisión del fallo de primera instancia. No se procuró dentro de ese sistema legal, reparar los errores cometidos en la primera instancia por las partes, sino tan sólo revisar el fallo para determinar su justicia o

injusticia. Como es sabido, las reformas europeas de 1933 en Alemania, de 1935 en Francia y de 1940 en Italia, inclinaron aquellos sistemas al de la legislación española que nosotros hemos heredado (1°).

Siendo así, siendo la segunda instancia un proceso de revisión de la sentencia de primera instancia, es necesario admitir que el fallo de primera instancia no queda completo hasta tanto no se ha cumplido la instancia de revisión, abierta por el recurso. El vencido tiene derecho a provocar la revisión del primer fallo por el superior y no puede decirse que el proceso jurisdiccional quede cumplido hasta tanto esa etapa no se halle agotada.

Distinta sería la situación si, en lugar de tratarse de un recurso de apelación, se tratara de un recurso extraordinario de nulidad notoria o, en las legislaciones en que esto es posible, de un recurso autónomo de nulidad.

La sentencia que se pronuncia en esos casos, no confirma la sentencia impugnada. Se limita a rechazar el recurso o la impugnación de nulidad; y entonces el acto queda válido desde el día de su expedición. Todo sucedería, en ese caso, como si la impugnación no se hubiere producido.

Pero tratándose de apelación, el acto jurídico que es la sentencia queda, en todos sus efectos, sometido a confirmación; y sin la confirmación, no es virtualmente sentencia. Para decirlo con el lenguaje exacto de Chiovenda, debe definirse como un acto jurídico que puede llegar a ser sentencia.

No parece admisible, frente a este sistema, la tesis de que la sentencia quede sometida a condición suspensiva o resolutoria. La función jurisdiccional se realiza en dos instancias ligadas entre sí por el principio de unidad de la re-

(10) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 209.

lación procesal. El fallo de primera instancia es solamente una parte de esa unidad. La unidad completa la constituye la yuxtaposición de la primera y de la segunda instancia.

El fallo de primera instancia no tiene valor si no logra su aprobación por un tribunal. El fallo de segunda instancia no tiene significación si no tiene ante sí, como antecedente necesario, el fallo de primera instancia.

El mismo léxico de nuestros tribunales invita a pensar así. Nuestros jueces no acostumbran, en el fallo de segunda instancia, a decir: "Se rechaza el recurso de apelación declarándose infundado". Si así lo dijeran, podría pensarse que la sentencia ha sido mal apelada y que el recurso debe tenerse por no interpuesto dejándose las cosas tal como estaban el día del fallo de primera instancia. Por el contrario, nuestros fallos de segunda instancia dicen siempre, "se confirma" (o eventualmente, "se revoca") la sentencia apelada. Esta terminología forense subraya el carácter constitutivo de la segunda instancia.

Resumiendo, pues, esta otra parte de nuestra exposición: la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera constituye, en sí misma, un acto de homologación o, como lo dice su propia denominación, de confirmación. Ella integra conjuntamente con el acto confirmado u homologado, una unidad jurídica inseparable. No hay, en consecuencia, retroactividad, y los efectos nacen a partir del momento en que el proceso de la voluntad jurídica queda completo mediante la unión del acto confirmado y del acto confirmatorio.

5. *Naturaleza del fallo de segunda instancia, revocatorio del de primera.*

¿Pero cuál es la situación si el fallo de segunda instancia revoca?

No podremos hablar, en ese caso, de un acto jurídico compuesto de dos etapas, una sujeta a confirmación y otra confirmatoria. Si el ordenamiento procesal admite, como en el caso del derecho uruguayo, una tercera instancia en determinadas condiciones, entonces el segundo fallo renueva el planteo del primero y queda a su vez supeditado a confirmación. Pero si no existe tercera instancia, como ocurre en la mayoría de las leyes procesales vigentes, y en muchas situaciones de nuestro propio derecho, entonces el fallo de segunda instancia hace cosa juzgada por sí solo, sea cual fuere el contenido del fallo de primera instancia.

No puede hablarse, entonces, de acto de confirmación, complementario del acto confirmado. Debe hablarse de acto autónomo, que produce sus efectos a pesar de su carácter revocatorio.

Esto es, efectivamente, así. Pero ese acto, aparentemente autónomo, no quedaría explicado si no estuviera ligado al de primera instancia por el principio de unidad de la relación procesal. La sentencia de segunda instancia no produce efectos por sí sola; los produce en razón de constituir un pronunciamiento sobre la sentencia de primera instancia. Su carácter revocatorio es sólo una contingencia en la vida del proceso. Siempre se tratará de una sentencia *de segunda instancia*, surgida en razón del recurso interpuesto contra la de primera. Sin esta sentencia de primera instancia y sin el recurso de apelación, la sentencia de segunda instancia no tendría explicación alguna.

Convengamos, pues, en que la razón de ser del fallo de segunda instancia es el fallo de primera instancia. No puede decirse que produce efectos con abstracción del fallo de primera. Por el contrario, confirmatorio o revocatorio, el fallo de segunda instancia constituye una unidad con el fallo de primera instancia. Los efectos del de segunda, acogiendo o rechazando la demanda, prevalecen sobre los efectos del de primera; pero no pueden prevalecer sin el fallo de primera, del cual son una continuación necesaria y el cual es un antecedente también necesario.

En conclusión: el fallo de segunda instancia, ya sea confirmatorio o revocatorio del de primera, es siempre constitutivo de efectos jurídicos. Estos se logran en ambos casos merced a la unidad que liga ambos fallos; si los dos son de idéntico sentido, el de segunda es un acto homologatorio y de confirmación; y si son de diferente contenido, prevalece el de segunda, por imperativo de la ley; pero siempre en subordinación al fallo de primera instancia, sin el cual no puede existir el de segunda.

6. *Irretroactividad de la sentencia de segunda instancia.*

Siendo las cosas de este modo, y siendo el fallo de segunda instancia de carácter constitutivo, sus efectos se producen para el futuro y no existe retroactividad de los mismos hacia el pasado.

En los actos jurídicos de carácter declarativo, el acto no altera la situación anterior: solamente la declara. Los efectos existen, pues, desde el momento en que se produjo el acto ulteriormente declarado. Por el contrario, en los actos de carácter constitutivo, aquellos que crean derechos

que no existían antes de su realización, los efectos se producen a partir del acto creativo ⁽¹¹⁾.

La sentencia de segunda instancia no escapa a estas reglas; y habiendo admitido su carácter constitutivo, cabe concluir que sus efectos no tienen retroactividad a la fecha de la sentencia de primera instancia, produciendo sus efectos hacia el futuro.

Dictada la sentencia de divorcio de segunda instancia, no puede suponerse que sus efectos se retrotraen hacia la de primera instancia. Por el contrario, el matrimonio queda disuelto solamente a partir de la sentencia de segunda instancia.

Distinta sería la solución en los casos de sentencias de mera declaración o de condena. Pero esto no ocurre en razón de la naturaleza de la sentencia de segunda instancia, sino en razón de la naturaleza del derecho que en el proceso se está debatiendo.

En efecto: según hemos tenido oportunidad de exponerlo en otro lugar ⁽¹²⁾, las sentencias de mera declaración tienen una retroactividad total. Cuando se declara judicialmente adquirida la propiedad por prescripción, la sentencia que declara adquirido el dominio retrotrae sus efectos al día en que, transcurridos los treinta años de posesión útil, se consumó la usucapión. La retroactividad es total y la sentencia se limita a declarar la existencia de un derecho ya existente en el patrimonio del actor con anterioridad a la demanda ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 184; asimismo, *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva*, en estos *Estudios*, t. II, p. 313.

⁽¹²⁾ *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 181.

⁽¹³⁾ Cfr. *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva*, en estos *Estudios*, t. II, esp. p. 366.

Por su parte, las sentencias de condena retrotraen sus efectos al día de la demanda. Esto no acontece, en nuestro derecho, según hemos intentado demostrarlo en la anterior oportunidad aludida, por razón de justicia, sino por razón de especiales argumentos de derecho positivo que así lo establecen.

En cambio las sentencias constitutivas, tal como la de divorcio que venimos examinando, proyectan sus efectos hacia el futuro. El matrimonio subsiste hasta la sentencia ejecutoriada y el divorcio proyecta sus consecuencias para el futuro y no para el pasado.

7. *Conclusión.*

Dentro de nuestro derecho positivo la solución expuesta adquiere particular consistencia, por virtud de algunos argumentos y razones que expondremos a título de conclusión.

Conviene colocar en un primer plano la disposición del art. 170 del Código Civil.

Dice esta disposición: "Comienzan entre los cónyuges los efectos de la separación desde el día en que pasare en autoridad de cosa juzgada la sentencia pronunciada en el juicio respectivo".

A estar a este texto es "el día en que pasare en autoridad de cosa juzgada la sentencia" el que determina los efectos jurídicos de la misma. Ese día no es sino el día de la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera o el día de la sentencia de tercera instancia. Los términos de la ley parecerían escritos con el propósito de no dejar equívocos sobre este asunto.

En segundo término habría que incluir, siempre dentro

de nuestro derecho positivo, la disposición del art. 490 C. P. C. Según dicha disposición las sentencias adquieren autoridad de cosa juzgada "cuando la ley no permite en el pleito, otra instancia o recurso ordinario". Quiere decir que los términos del texto legal parecerían conducir a la idea de la no retroactividad de la sentencia de segunda instancia. Si la cosa juzgada se opera desde el momento en que un fallo no admite recurso ulterior, la fecha de éste es la que fija el derecho. Cuando hay dos sentencias conformes, o disconformes, pero esta última no susceptible de recurso alguno, no es la fecha del fallo de primera instancia la que hace la cosa juzgada, sino la del segundo.

Siendo así las cosas, hallándonos frente a una sentencia doblemente constitutiva (constitutiva en cuanto sentencia de segunda instancia y constitutiva en cuanto sentencia de divorcio) los efectos se proyectan hacia el futuro y el inmueble adquirido durante la segunda instancia pertenece a la sociedad conyugal y no al cónyuge que lo adquirió a su nombre.

Se dirá, acaso, que la solución es injusta si es que el marido ha adquirido el inmueble con el fruto de su trabajo posterior a la separación de hecho de ambos cónyuges. Pero para contestar esta objeción, cabe advertir que ella se refiere a la justicia de nuestras leyes y no a la justicia de nuestras interpretaciones. Como es sabido, a diferencia del derecho argentino que atribuye efectos jurídicos a la separación de hecho de los cónyuges, nuestras leyes no le atribuyen efecto jurídico a la separación. La sociedad conyugal se disuelve solamente por muerte o por sentencia y los bienes adquiridos dentro de ella son necesariamente comunes, salvo el caso de subrogación o las nuevas soluciones aportadas por la ley 10.783.

19. REVOCACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES FRAUDULENTOS

SUMARIO: *Introducción*: 1. CIENCIA Y EXPERIENCIA DEL DERECHO. — 2. Planteo. — 3. Colusión y cosa juzgada. — *Capítulo I. LA ACCIÓN REVOCATORIA EN EL ART. 302 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO*: 4. El texto y los antecedentes. — 5. El Proyecto Bibiloni. — 6. Insuficiencia del derecho civil. — 7. El Proyecto de la Comisión. — *Capítulo II. EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DE 1945*: 8. El texto. — 9. Fraude entre partes y fraude a terceros. — 10. Función de la acción revocatoria. — 11. La revocación. — 12. La cosa juzgada. — 13. El fraude o colusión. — 14. Fines de la revocación. — 15. Revocación y anulación. — *Capítulo III. LA REVOCACIÓN DE LOS CÓDIGOS QUE CARECEN DE DISPOSICIONES ESPECIALES*: 16. Planteo del problema. — 17. Oposición mediante recurso. — 18. Intervención en el juicio. — 19. La acción autónoma. — 20. Valor de estos antecedentes en las legislaciones sin texto especial. — 21. Acción pauliana y revocación de la cosa juzgada fraudulenta. — 22. Partes y terceros. — 23. Conclusiones.

REVOCACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES FRAUDULENTOS

1. *Ciencia y experiencia del derecho.*

Hace algunos años, deseando rendir un homenaje al Profesor Héctor Lafaille con ocasión de su presencia en nuestra casa de estudios, hicimos desde el aula el examen de una disposición del Proyecto de Código Civil argentino, del cual el eminente maestro es coautor.

Se trataba de estudiar, en el ámbito del derecho procesal civil, el art. 302 del Proyecto, que instituye una forma de revocación de los actos procesales obtenidos mediante dolo o colusión.

Más tarde ese tema tomó nuevas formas, dando ocasión a diferentes trabajos y exposiciones orales o escritas ⁽¹⁾.

Un buen día, aquel trabajo de ciencia del derecho fué

(1) Fué, primero, una disertación en el *Centro de Estudios Jurídicos y Sociales*, de La Plata; luego un trabajo titulado *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*, publ. en *La Ley*, t. 16, p. 104, sec. doctr.; en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 13; en *Anales de jurisprudencia*, México, t. 40, p. 289; más tarde, una disertación en el Colegio de Abogados de La Habana y por último una conferencia final de un cursillo sobre *La buena fe en el proceso civil*, en la Universidad Nacional de México.

requerido frente a un problema de experiencia jurídica. Y como el caso era lo que podría denominarse, con el léxico médico, un caso clínico, ocurrió que poco tiempo después de concebido aquel estudio era menester confrontarlo con la realidad.

Se trataba de lo siguiente. Un hombre de sólida fortuna, propietario rural, había tenido un hijo natural como fruto de sus relaciones íntimas con una persona de su servicio. Procurando hacer desaparecer las consecuencias jurídicas y económicas de aquel hecho, logró que la madre del menor diera mandato a una persona de confianza del padre, la que aceptó la consigna de promover un juicio de investigación de la paternidad contra el padre. Bajo la dirección, no aparente, de la misma persona, el padre compareció a defenderse, negando la verdad de los hechos relatados en la demanda. Abierto el juicio a prueba, el apoderado de la madre lo dejó transcurrir deliberadamente sin producir prueba alguna. La sentencia, forzosamente, rechazó la demanda de investigación de la paternidad.

Muchos años después, llegado el hijo a la mayoría de edad, promovió demanda de investigación de la paternidad contra su padre y contra ella se opuso la excepción de cosa juzgada.

En este estado las ideas expuestas en los trabajos aludidos salieron a relucir. Contra la excepción de cosa juzgada, en el curso de la excepción mixta, se adujo el fraude procesal. La interlocutoria hizo caudal de algunas ideas de dichos estudios y rechazó la excepción de cosa juzgada, en una resolución que es un modelo de sagacidad en el análisis de la prueba ⁽²⁾.

(2) Fallo del Dr. Pi, en *J. U.*, t. 6, n. 1337.

Apelado el fallo, se celebró una transacción y el asunto y perdió todo interés técnico (3).

Faltaba aún una nueva experiencia para la tesis: el Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Y en el Proyecto incluimos el art. 577, cuya finalidad es recoger en una disposición especial la solución que, como construcción puramente doctrinaria, propugnábamos en los trabajos anteriores.

Estas páginas, escritas luego de la experiencia de doctrina, de jurisprudencia y de legislación, se hallan en esa zona limítrofe del pensamiento y de la acción. Tanto como lo que hemos pensado, pesan en las ideas que hemos de exponer lo que hemos vivido y lo que hemos visto vivir.

2. *Planteo.*

Los actos procesales y aun la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, pueden ser consecuencia del fraude.

Unas veces, ese fraude va dirigido de un litigante contra otro; otras veces el fraude va dirigido de ambos litigantes hacia un tercero; otras, del juez a una parte o a ambas; y otras, de las partes (y eventualmente del juez) hacia el orden jurídico (*fraus legi*) (4).

El objeto de este estudio es sólo el fraude de una o ambas partes contra un tercero que no ha sido parte en el litigio.

Valiéndonos del ejemplo mencionado en el párrafo

(3) Supimos más tarde que casos absolutamente idénticos, demostrando que la imaginación humana no es muy abundante, se estaban ventilando ante tribunales cubanos y mexicanos.

(4) Merece referirse en torno a todo este tema, el libro de CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, en la doctrina italiana y el de VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, París 1938, en la doctrina francesa.

anterior, podemos decir que el fraude fué del demandado contra el hijo. Instrumento de ese fraude fué la madre, ignorante de la trascendencia de su actitud. Procesalmente, la personería de la madre se consustanciaba con la del hijo y la sentencia dada en favor o en contra de ella durante la minoría de edad del hijo, hacía cosa juzgada contra el hijo. Si la madre hubiera sido consciente de su actitud, se estaría en presencia de un dolo procesal bilateral (5).

Entonces el problema se plantea en los siguientes términos: los actos procesales y la cosa juzgada obtenidos mediante fraude o colusión ¿pueden ser atacados por los terceros a quienes perjudican? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿mediante qué procedimiento?

3. *Colusión y cosa juzgada.*

Las dificultades de cualquier solución son muy considerables.

Por principio, la cosa juzgada no alcanza a los terceros que no han litigado; pero los llamados *efectos secundarios* de la cosa juzgada alcanzan a los terceros en determinadas circunstancias (6).

“Mais comment donc! — exclama como de costumbre Demolombe—; si la partie n’a été ni appelée, ni représentée, le jugement est, en ce qui lui concerne, *res inter alios iudicata!*” (7).

(5) CARRARO, *op. cit.*, ps. 136 y sigtes.

(6) Como resumen, especialmente, ALFORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935. Asimismo, agudamente, LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milán, 1935, ps. 55 y sigtes. y posteriormente *La cosa juzgada en las cuestiones de estado*, en *La Ley*, t. 16, p. 49, sec. docttr.

(7) DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, t. 7, p. 367.

Pero en el ejemplo del que nos venimos sirviendo, el hijo aun siendo un tercero en los hechos, resultaba alcanzado por la cosa juzgada. Y como esa situación podrían plantearse muchísimas otras análogas.

El fraude procesal se enmascara con los más increíbles disfraces. El derecho penal ha tenido que hacerse cargo, más de una vez, de estas formas anómalas del proceso en las cuales el dolo se sirve de la justicia para lograr sus fines ⁽⁸⁾. Pero aun sin llegar al campo del derecho penal, existen situaciones que no podrían ser admitidas sin menoscabo y burla de la justicia.

Pero entonces se presenta el problema de la cosa juzgada. Si en nombre del fraude se pueden reabrir todos los procesos culminados en cosa juzgada, los fines de paz, de orden y de seguridad jurídica que ésta persigue habrán desaparecido.

¿Qué decidir? ¿Se consagra la licitud del fraude en contra del precepto *fraus omnia corrumpit*? ¿Se combate el fraude aboliendo la cosa juzgada?

Es éste el tema de nuestro estudio.

CAPÍTULO I

LA ACCIÓN REVOCATORIA EN EL ART. 302 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

4. *El texto y los antecedentes.*

El art. 302 del proyecto dice: "Cuando hubiere connivencia fraudulenta entre las partes, los terceros perjudicados podrán ejercer la acción revocatoria".

(8) CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935; GUZZARDI, *Il falso civile*, Milán, 1937; DATTINO, *Il falso giudiziale*, Milán, 1915.

La Comisión ⁽¹⁾, no ha sido explícita en relación a este pasaje. Pero su concepto queda totalmente comprendido dentro de la idea por ella enunciada, de que los efectos de la cosa juzgada funcionan "sin perjuicio de las reglas que amparan la buena fe".

Como todo el fragmento que el proyecto destina a la cosa juzgada sigue, con leves variantes, al Proyecto de Bibiloni y a él se remite la Comisión, es menester acudir a éste para comprender el alcance de las normas programadas.

5. *El Proyecto Bibiloni.*

De la primera confrontación entre el texto de Bibiloni y el de la Comisión surge una diferencia tan resaltante que obliga al intérprete a abstenerse de seguir adelante sin fijar, ante todo, la evidente diferencia que existe entre ambos pasajes.

Dice el Proyecto Bibiloni: "Los terceros a quienes perjudicasen los efectos de una sentencia, pueden solicitar su revocación si probasen la colusión de las partes que intervinieron en el litigio en que fué dictada" ⁽²⁾.

Dando los fundamentos de su conclusión, alude Bibiloni a las opiniones de los civilistas franceses (Marcadé, Demolombe, Aubry y Rau, Laurent, Huc) y la opinión de dos procesalistas: la de Hellwig y la de Chioventa.

Sobre estas opiniones es menester detenerse por algunos momentos.

La doctrina civilista francesa a que alude el *Anteproyecto* tiene como punto de partida la existencia de dos tex-

⁽¹⁾ *Informe*, t. 1, p. 35.

⁽²⁾ Título X, *De la cosa juzgada*, art. 3.

tos: por una parte, el art. 1351 del Cód. civil que señala el alcance de la cosa juzgada con relación a los terceros y el art. 474 del de Proced., que confiere al tercero el derecho de deducir *terce opposition*.

La armonización de ambos textos es realmente difícil y los civilistas del siglo anterior hallaron obstáculos poco menos que insalvables en ella ⁽³⁾. Sólo después del libro de Tissier ⁽⁴⁾ la doctrina ha metodizado sus conclusiones acercándose a la finalidad procurada.

En cuanto a la doctrina italiana, de la que Bibiloni cita al máximo representante en el terreno del derecho procesal, también actúa sobre la base de que las disposiciones del Cód. civil funcionan de acuerdo con el instituto de la *opposizione di terzo* de los arts. 510 y 512 del de procedimiento anterior al actual.

No obstante la significación doctrinaria del tema ⁽⁵⁾, lo cierto es que en Italia poca eficacia práctica tiene la *oppo-*

⁽³⁾ MARCADÉ, *Explications*, L. III, tit. III, párr. XIV, pone como ejemplo el del fallo dictado contra el propietario de un fundo ribereño por el que se le obliga a poner una barrera en un curso de agua, en perjuicio de un tercero. DEMOLOMBE, *Contrats*, t. 7, ns. 394 y sigtes., da un desarrollo mucho más explícito y brillante, buscando la armonía del texto del C. C. con el del C. P. C.; AUBRY ET RAU, *Cours*, t. 12, de la edición anotada por BARTIN, n. 769, desenvuelven ampliamente el tema, sobre la base de la teoría de la representación de los terceros, y en especial de los acreedores, por su deudor, posición que hoy no podría aceptarse sin grandes concesiones a la lógica. Para todos, en amplia información, ROUSSEAU y LAYSNEY, *Dictionnaire de procédure civile*, t. 8, ps. 70 y sigtes., loc. *Tierce opposition*.

⁽⁴⁾ TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, París, 1890.

⁽⁵⁾ Sin perjuicio de la construcción de CHIOVENDA, reproducida más tarde en *Istituzioni*, t. 2, p. 580, pueden verse los estudios de LIPARI, *Contributo alla teoria delle eccezioni contro il giudicato; Caratteri e presupposti dell'opposizione di terzo; La legittimazione personale nell'opposizione di terzo; L'opposizione di terzo revocatoria*, en *Rivista*

sizione, la que hasta llega a suprimirse en algunos proyectos posteriores como el de Carnelutti ⁽⁶⁾.

Pero la referencia que Bibiloni hace a la doctrina de Hellwig, requiere algunas precisiones.

Por lo pronto conviene recordar que la legislación alemana no tiene la oposición del tercero y que Hellwig, en el pasaje que menciona la nota del Anteproyecto, trata el tema de manera muy incidental ⁽⁷⁾.

El tema central del desarrollo de Hellwig es, justamente, el de impugnar una orientación del *Reichsgericht* de principios de este siglo ⁽⁸⁾ que parece mantenerse todavía ⁽⁹⁾, según la cual es posible la revocación de la cosa juzgada fraudulenta aun cuando esa impugnación sea solicitada por

di diritto processuale civile, 1925, I, p. 182; 1926, I, ps. 21 y 277. y 1927, I, p. 89.

⁽⁶⁾ Para los fundamentos, v. *Il problema delle parti*, en *Lineamenti della riforma del processo di cognizione*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1929, I, p. 3.

⁽⁷⁾ Dice HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, t. 1, p. 786: "Si la sentencia tiene efectos contra terceros sin valer contra ellos como cosa juzgada (p. ej., en el caso del BGB § 775, n. 4, 1911, III), entonces puede hacerse valer la excepción de dolo y sobre todo, de colusión, si la parte invoca la sentencia; una sentencia injusta obtenida con dolo, no obtiene entonces los efectos secundarios que debería tener. Igualmente un tercero no debe soportar esos efectos, si la parte obtuvo la sentencia por negligencia hallándose obligada frente al tercero por diligencia (p. ej., en el § 1978: BGB). Exactamente igual, KUTTNER, *Nebenw.*, 210, 220". Como se ve, HELLWIG aborda tan sólo el problema de la inoponibilidad a los terceros y no el problema de las oposiciones por vía de acción o de recurso de los terceros.

⁽⁸⁾ Se refiere expresamente a los fallos publicados en el t. 46, n. 22; t. 61, n. 87; t. 75, n. 53, y t. 67, n. 151 de la colección de fallos del RG.

⁽⁹⁾ Puede verse, p. ej., GADOW, *Unverlaubte Ausnützung der Rechtskraft*, en la *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, t. 61, julio 1938, ns. 4/5, p. 313.

el propio litigante que ha sido parte en el juicio y a quien obliga la cosa juzgada. La opinión de Hellwig es en sentido contrario al del Tribunal Supremo alemán.

Aun refiriéndose al proceso simulado, insiste Hellwig en su tesis, al afirmar que en ese caso se pierde de vista que la sentencia no es obra de las partes, ni un bien privado que se halle a disposición de éstas ⁽¹⁰⁾.

Como se ve, bien poco aporta esta opinión a la tesis de Bibiloni. Hellwig brinda al problema la conclusión que diríamos *negativa*: la sentencia colusiva no alcanza a los terceros. Pero nada más. Y en cuanto se refiere a las partes, la opinión del autor es contraria a la posibilidad de revisar la cosa juzgada en un proceso ulterior. No parece, pues, ser este pasaje el verdadero punto de apoyo de la revocación instituída en el Anteproyecto ⁽¹¹⁾.

6. *Insuficiencia del derecho civil.*

Cuando esos elementos de investigación aportados por Bibiloni se toman en conjunto, se llega a la conclusión de que sin reglas procesales, el instituto de la oposición del tercero es insuficiente.

El autor, que no podía ignorar esto, omitió, sin embargo, toda consideración procesal del problema. Enunció autoridades extranjeras, con sus problemas y sus normas procesales propias, como si esas opiniones fueran aplicables en la Argentina, donde la legislación procesal no consagra la *terce opposition*.

⁽¹⁰⁾ *System*, t. 1, p. 786.

⁽¹¹⁾ Un amplio resumen de la doctrina alemana más reciente, puede consultarse en la nota que aparece en la p. 230 de la 2ª edic. de LIEBMAN, *Le opposizione di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1936.

Para esa aparente omisión no puede haber otra explicación que la de la necesaria diferencia entre leyes de fondo y de forma en el panorama legislativo argentino.

Sin duda se ha querido eludir el problema constitucional de las facultades de las provincias para una y otra legislación.

Pero por este motivo, el *Anteproyecto* aparece en esta materia algo desconectado con la realidad. Ausente del complemento práctico de carácter procesal que le es indispensable, adquiere un acento excesivamente doctrinario que no favorece sus resultados.

7. *El Proyecto de la Comisión.*

La Comisión redactora del Proyecto de Código Civil argentino, no obstante sus manifestaciones de que en esta parte siguió a Bibiloni "reproduciéndolo con variantes de redacción", abandonó el texto inicial, y ha creado una pretensión autónoma, a la que ha dado por nombre "acción revocatoria".

Y por aplicación del principio general, hasta tanto no existan reglas particulares que legislen su trámite, debe suponerse que tal acción se ventila en la vía ordinaria.

CAPÍTULO II

EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DE 1945

8. *El texto.*

Dice el art. 577 del Proyecto:

"Podrá pedirse, aún después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante dolo, fraude o colusión.

“Esta anulación podrá requerirse sólo por aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión han causado perjuicio y de acuerdo con los principios mencionados en los artículos anteriores. Los terceros también pueden solicitar esta anulación.

“Si los actos fueren anulados, se repondrán las cosas en el estado anterior a los mismos. Pero en ningún caso la anulación podrá perjudicar a terceros de buena fe ni anular los actos y contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes”.

En otro de los trabajos publicado en estos volúmenes ⁽¹⁾ hemos anticipado ya algunas ideas con relación a este texto, en lo que dice referencia con tema allí examinado. Veremos ahora, sus proyecciones de carácter general.

9. *Fraude entre partes y fraude a terceros.*

Conviene comenzar por una distinción elemental. El fraude puede ser entre las partes y de éstas, o de una de ellas, frente a terceros.

La primera situación se rige por los principios generales de la impugnabilidad de los actos procesales. Es éste el alcance del concepto contenido en el artículo del Proyecto cuando dice “de acuerdo con los principios mencionados en los artículos anteriores”. Los artículos anteriores son los que regulan la impugnación de los actos procesales mediante los recursos ordinarios y extraordinarios. Quiere decir que el fraude entre partes tiene como único medio de corrección y de enmienda, el establecido para corregir y enmendar

⁽¹⁾ *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva*, t. II, p. 372.

los actos procesales comunes. No se instituyen nuevos recursos ni nuevos medios de impugnación.

La segunda situación es la que surge cuando el fraude lesiona el derecho de los terceros. Estos pueden, entonces, promover la impugnación del fraude por los medios ordinarios y por medio de una demanda autónoma de revocación o anulación de los actos fraudulentos.

Esta solución requiere algunas puntualizaciones.

10. *Función de la demanda revocatoria.*

El instituto que motiva estas reflexiones puede concretarse en los tres conceptos que le sirven de denominación:

a) es pretensión (en el sentido de demanda) revocatoria; *b)* funciona contra la cosa juzgada; *c)* cuando esa cosa juzgada ha sido obtenida mediante fraude o colusión.

Debemos examinar independientemente cada uno de esos aspectos.

11. *La revocación.*

La demanda a promoverse por el tercero perjudicado tiende a destruir o revocar la cosa juzgada. Esta noción surge del primer examen.

Pero conforme se profundiza, aparece un problema de verdadera significación. Se trata de saber si la nueva acción o demanda tiende a destruir *totalmente* la cosa juzgada, o si su función consistirá tan sólo en destruirla en cuanto apareje perjuicio al tercero.

Un ejemplo: Juan otorga en favor de Pedro una carta de adeudo por una obligación simulada. Pedro ejecuta y en la venta de los bienes, se le adjudica al presunto acreedor la

propiedad de Juan que era, al mismo tiempo, "prenda y garantía común" de los otros acreedores.

Si ese mismo negocio fraudulento se hubiera realizado mediante una venta real, los acreedores perjudicados tendrían en su favor una acción pauliana. Y, de acuerdo con el principio general, la acción pauliana agota sus fines en la medida del interés del impugnante; indemnizado éste el acto subsiste en cuanto al resto (2).

¿Pasará otro tanto en la demanda revocatoria?

Si la miramos *sub specie creditoris*, la respuesta parecería ser idéntica al ejemplo anterior. Más allá de la satisfacción del interés lesionado, el remedio legal carecería de sentido, pues funcionaría sin una base jurídica que lo justificara.

Desde este punto de vista es menester concluir, pues, que la nueva demanda revocatoria funciona tan sólo en cuanto la revocación fuera necesaria para satisfacer el interés del tercero lesionado. En cuanto al resto, debería subsistir y surtiría sus efectos aún entre las partes litigantes.

Pero este problema, que quedaría aparentemente resuelto en cierto tipo de situaciones, ofrece un nuevo aspecto conforme se le mira desde el punto de vista de la sentencia misma.

Así, por ejemplo, si se supusiera un caso de fraude en un juicio de estado civil cuyas consecuencias aparejaran perjuicios a terceros, la consecuencia de la revocación sería la de dejar la cosa juzgada insubsistente para el accionante y válida en cuanto al resto.

Tratándose, en ese caso, de una cosa juzgada de efectos

(2) ACHER, *Essai sur la nature juridique de l'action paulienne*, en *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1906, p. 85; RADOUANT, *Obligations*, t. 2, en el *Traité pratique* de PLANIOL-RIPERT, n. 967. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, p. 74.

indivisibles, ya que no se concibe que un matrimonio subsista para unos y se halle disuelto para otros, será menester modificar el criterio anticipado, por razones elementales hasta de seriedad de la justicia.

Para un caso como el mencionado, y, en general, en las sentencias sobre cuestiones de estado, cuando la cosa juzgada no admite división, la situación se resuelve pensando que, estando en ellas interesado el orden público, el interés del accionante se consustancia con el interés público; y probado el fraude o la colusión en el juicio anterior, la cosa juzgada cae totalmente y sus efectos quedan plenamente destruídos ⁽³⁾.

12. *La cosa juzgada.*

El otro aspecto de la función, es el de que la demanda revocatoria se da contra la cosa juzgada.

Esta faz del asunto no crea graves problemas. Sólo invita a una distinción previa. Se trata de saber cuál es la situación que surge cuando el perjuicio que se procura eliminar mediante el proceso simulado o fraudulento, no ha llegado todavía al estado de cosa juzgada.

El tercero contra quien se urde el juicio, conoce su existencia pendiente aún una instancia: ¿podrá en este caso hacerse presente a deducir su oposición y evitar otro juicio ulterior?

⁽³⁾ Debe aclararse que, no obstante la anulación de la sentencia constitutiva, ésta podría continuar creando efectos civiles. Así, con relación al cónyuge de buena fe en un ulterior matrimonio, cuando se anula la sentencia de divorcio del matrimonio anterior. Ampliamente sobre el particular, el capítulo *La sanction* de VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, cit., ps. 260 y sigtes.

Sobre este punto, es menester pedir a cada derecho positivo la fórmula concreta.

El derecho uruguayo da una solución amplísima, mediante el instituto de los "terceros opositores en juicio ordinario" (4), que permite la irrupción del tercero en la causa "en cualquier estado que se tenga y en cualquier instancia que se halle" (art. 522), lo que ha llegado a interpretarse como que debe ser admitido aun después de la citación para sentencia. Esto, sin perjuicio de las tercerías en el juicio ejecutivo, en que los terceros son admitidos aun después de la sentencia de remate (5).

13. *El fraude o colusión.*

En cuanto al tercer elemento (fraude o colusión), requiere también algunas aclaraciones.

La doctrina está de acuerdo en que ciertas formas de ingenio son lícitas dentro del mecanismo natural del contradictorio (6). Puede reputarse vigente en esta materia el *dolo bueno* y el *dolo malo* del antiguo derecho. Pero llega un momento en que la habilidad y la astucia exceden sus límites naturales y asoma en el proceso la *conscientia fraudis*, la que puede consistir en actividad y aún en pasividad deliberada en perjuicio de un tercero (7).

Es evidente que el fraude y la colusión no siempre apare-

(4) CPC: 520 y sigtes. Para el comentario, GALLINAL, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil, Ejecución de sentencias, terceros opositores*, etc.

(5) CPC: 944.

(6) Sobre todo este tema, nos remitimos a cuanto se expone en el estudio titulado *El deber de las partes de decir la verdad*, publ. en la p. 233 de este volumen.

(7) COSTA, *Il dolo processuale in tema civile e penale*, p. 104.

cerán nítidamente. Hay extensas zonas limítrofes imprecisas. Es toda esta materia una cuestión de hecho; y en muchas oportunidades, de circunstancias subjetivas que quedan libradas a la apreciación de los jueces. Puede decirse que la doctrina está edificada sobre las situaciones claras; en los casos confusos, en las situaciones en las cuales los límites de la licitud y la ilicitud sean dudosos, el magistrado se abstendrá de anular la cosa juzgada ⁽⁸⁾.

14. *Fines de la revocación.*

La revocación de los actos fraudulentos es una solución ligada inseparablemente a sus fines propios. Esos fines son, en lo esencial, reparar el daño causado por el dolo o fraude. No se trata de anular por anular ni de revocar por revocar. Se anula o revoca para evitar los perjuicios causados. Donde no haya perjuicio no hay revocación.

Se plantean, entonces, las siguientes soluciones posibles que pueden asumir los terceros:

a) constituirse en partes en el juicio, al amparo de lo dispuesto en los artículos ya citados de la oposición en juicio ordinario. Las disposiciones actuales de nuestro Código, relativas a los terceros han sido recogidas casi fielmente en el Proyecto. Constituido en parte, puede el tercero pedir la anulación por las vías ordinarias legisladas en el propio capítulo del Proyecto.

⁽⁸⁾ No obstante, la jurisprudencia más de una vez abandona este criterio que consideramos de prudencia elemental. "En materia de simulación o de fraude frente a terceros, a los cuales se les reconoce la más amplia facultad de investigación, toda interpretación restrictiva de los casos dudosos, sería la menos apropiada" (*Repertorio Generale della Giurisprudenza Italiana*, 1938, p. 350).

b) si el proceso ha concluído y ya no es posible comparecer en él, los terceros pueden aguardar a que se pretendan ejercer contra ellos los derechos reconocidos por la cosa juzgada. Tendrán, entonces, dos posibilidades:

b¹) aducir su calidad de terceros y la inoponibilidad de la cosa juzgada contra ellos: *res iudicata tertio non nocet*, como quería Demolombe en el pasaje citado; o

b²) aducir el dolo como defensa contra la cosa juzgada. Así ocurrió en el caso judicial arriba referido.

c) Si se temen como extremadamente perjudiciales los efectos de la cosa juzgada, como p. ej., cuando por la forma especial de haberse desarrollado el proceso, la sentencia constituye un título ejecutorio contra el tercero ⁽⁹⁾, el tercero puede anticiparse a la ejecución promoviendo la anulación de la sentencia obtenida fraudulentamente. La incertidumbre es siempre un daño, jurídicamente hablando ⁽¹⁰⁾. La demanda puede pretender poner fin a esta incertidumbre y esa pretensión debe ser jurídicamente tutelada.

15. *Revocación y anulación.*

En tanto en nuestros trabajos científicos hemos hablado de *revocación*, en el Proyecto hemos hablado de *anulación*. Conviene fijar esta diferencia.

La revocación supone un acto formalmente válido y sustancialmente injusto. La anulación supone un acto formalmente vicioso y sustancialmente injusto. En el primero

⁽⁹⁾ Supongamos el ejemplo siguiente: el vendedor de una casa de comercio, reconoce un crédito a favor de un tercero adulterando su contabilidad; la sentencia es exigible contra el comprador, por imperio de lo establecido en la ley de 26 de setiembre de 1904.

⁽¹⁰⁾ Así, estos *Estudios*, t. II, p. 342.

el molde es bueno y la sustancia es mala; en el segundo el molde y la sustancia son malos.

La noción de revocación se refiere, pues, al contenido y no al continente. La noción de anulación se refiere al continente y al contenido (11).

El Proyecto habla de *anulación* porque dentro de la sistemática del mismo, la idea de nulidad se halla siempre condicionada por el contenido del acto. Si el acto es formalmente nulo pero sustancialmente justo, no procede en el Proyecto la anulación. Esta sirve sólo para corregir actos nulos e injustos: los válidos e injustos se corrigen por otros medios; los nulos e injustos se corrigen mediante la anulación; los nulos y justos no se corrigen, pues quedan legitimados por su propia justicia. Hemos deseado, en esta forma, reducir el formalismo procesal al mínimo, siguiendo en esto la huella de los intentos legislativos más recientes (12) en uno de los puntos en los cuales su éxito ha sido más impresionante.

En este trabajo, como en los precedentes, no actuamos sobre un sistema coordinado de tal manera. Utilizamos, así, el lenguaje que hasta ahora ha venido usando la doctrina.

(11) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 232.

(12) Código brasileño, art. 798 y ley 20 de agosto de 1947, art. 1; sobre su alcance, exhaustivamente PONTES DE MIRANDA, *Comentarios*, t. 4, ps. 494 y sigtes. Desde un punto de vista práctico BRASIL, *Rescisoria de juzgados*, Río, 1949.

CAPÍTULO III

LA REVOCACIÓN EN LOS CÓDIGOS QUE CARECEN DE
DISPOSICIONES ESPECIALES16. *Planteo del problema.*

En las legislaciones que carecen de previsiones especiales sobre el particular, tal como acontece en nuestro actual derecho, el problema se plantea en los siguiente términos:

¿Cabe admitir un procedimiento de revocación o anulación de los actos procesales fraudulentos, cuando ellos causan daño a terceros que no han litigado?

¿Una solución de esta naturaleza, necesita un texto especial que la autorice, o basta con que no exista un texto especial que la prohíba?

Antes de dar respuesta, es indispensable una somera confrontación del panorama legislativo en esta materia.

En derecho comparado puede hablarse de tres formas principales de oposición: *a)* la oposición mediante recurso; *b)* mediante intervención en el juicio; *c)* mediante un nuevo juicio.

17. *Oposición mediante recurso.*

La oposición contra la cosa juzgada fraudulenta en forma de recurso, parece tener origen en la base 19 que dió la ley 21 de junio de 1880, para la reforma de la ley Española de Enjuiciamiento Civil (¹).

De allí pasó a constituir el art. 1796 de la ley de 1881.

(¹) MANRESA, *Comentarios*, t. 6, p. 241.

Según su inciso 4º habrá lugar a revisión "si la sentencia firme se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta". El plazo de deducción no puede ir más allá de los 5 años (art. 1800).

Esta fórmula pasó a algunos códigos americanos, tales como el chileno (actual art. 980, inc. 3º), donde fué objeto de una interesante revisión legislativa (2), habiéndosele fijado plazo de un año de interposición; el código de Colombia, de 1931, art. 542, inc. 4º, donde se le ha fijado un plazo de dos años; los códigos de Córdoba (art. 1272, inc. 9º), donde se le da un plazo de tres años; de Mendoza y de San Luis; el Proyecto del doctor Eduardo Augusto García, art. 590, inc. 4º, con el plazo de tres meses a partir del descubrimiento del fraude o de veinte años a partir de la sentencia; etc.

Con distinta fuente, pero análoga intención, se ha legislado la intervención de los terceros en el anterior derecho brasileño. En el derecho anterior al Código de 1939, en los códigos de Espíritu Santo, Pernambuco, Santa Catalina, Minas Gerães y São Paulo, había ya previsiones especiales, caracterizándose este último por la posibilidad de hacer publicaciones a raíz de la sentencia de primera instancia, que hagan correr el plazo para deducirse el recurso por los terceros, aun pendientes los recursos de las partes (3).

Mercece, asimismo, recordarse, en la vía de recurso, la fórmula del Código chino de 1935, art. 492, que ha fijado

(2) TORO Y ECHEVARRÍA, *Código de Procedimiento Civil anotado*, p. 761.

(3) Un amplio estudio particular de la acción rescisoria es el de AMERICANO, *Estudo teorico pratico da ação rescisoria dos julgados no direito brasileiro*, 3ª edic., São Paulo, 1936; para la legislación comparada, puede consultarse la obra de CAMARA LEAL, *Código do processo*

al recurso de revisión un plazo de 30 días a partir del conocimiento del dolo.

Debe aclararse, sin embargo, para dar a esta reunión de antecedentes su necesario valor, que ciertas vías de recurso son susceptibles de ventilarse en forma de acción autónoma.

Así, p. ej., la jurisprudencia chilena ha sostenido que los motivos que dan lugar al recurso de revisión, pueden ser ventilados en forma de juicio ordinario ⁽⁴⁾.

Este mismo fenómeno se reproduce en cierto modo en la intervención del tercero en el juicio.

18. *Intervención en el juicio.*

En un punto intermedio entre la impugnación por recurso y la acción autónoma, se hallan las vías de oposición de los terceros en el juicio.

La *terce opposition* y la *opposizione di terzo* del derecho francés e italiano, son, por naturaleza, acciones autónomas, al punto de que toleran, a su vez, oposición, apelación y casación; pero al mismo tiempo se hallan vinculadas de tal manera al juicio anterior, que pueden formar con él una verdadera unidad procesal en cuanto se refiere a competencia, personería, etc. "Son procesos sobre un proceso, a los cuales la ley asigna como presupuestos, muchos de los presupuestos del proceso clausurado" ⁽⁵⁾.

civil e commercial do Estado de São Paulo comentado, t. 5, p. 354; para la doctrina, ASSIS MOURA, *Da intervenção de terceiros*, São Paulo, 1932, p. 423; ARAUJO LOPES, *Da intervenção de terceiros no processo*, São Paulo, 1930, p. 145.

⁽⁴⁾ TORO Y ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 762.

⁽⁵⁾ CHIOFENDA, *Istituzioni*, t. 2, p. 351.

Además de las legislaciones francesa e italiana, tiene oposición de tercero, con caracteres similares, el proceso canónico (cc. 1898/1901).

Pero debido a sus características propias, además de la oposición del tercero, el derecho canónico mantiene la restitución *in integrum*, en favor de los menores y de las personas jurídicas en casos de rigurosa excepción (6).

19. *La acción autónoma.*

Las formas autónomas de revocación tienen origen en el derecho romano, donde el arsenal de medios de ataque y defensa contra el fraude era copioso.

Si la sentencia había sido obtenida por medio de documentos falsos, o actividades dolosas, soborno de testigos, o colusión del procurador, los romanos auxiliaban a la parte perjudicada con la *exceptio doli* contra la *actio iudicati*; con la *restitutio in integrum* como inadmisibilidad de la misma acción; con la *replicatio doli* contra la *exceptio rei iudicata* y, subsidiariamente, aún con la *actio doli* (7).

Del derecho romano esos medios de defensa pasaron a la legislación de Partidas, donde también los medios de impugnación mediante otro juicio eran amplios.

Era posible el *desatamiento* del juicio obtenido por yerro en cuanto a los hechos. De la misma manera, el que fuese dado "por falsos testigos, o por falsas cartas, o por otra falsedad qualquier, o por dineros o por don con que hobiesen corrompido al juez".

(6) EICHMANN, *Derecho procesal canónico*, trad. esp., ps. 252 y 254.

(7) HELLWIG, *System*, t. 1, p. 784. Más ampliamente, WENGER, *Istituzioni di procedura romana*, trad. it., ps. 173, 209, 243, 308.

El nuevo juicio podía deducirse hasta dentro de veinte años (8).

La regla de la Partida III pasó a la Recopilación, Ley 2 y 10, Título 17, Libro 4.

En el derecho moderno la forma autónoma de revocación, aparece en el *Código do Processo Civil* brasileño, sancionado en 1939.

En él, bajo el título "Da ação rescisória de sentença", se prevé la demanda ulterior tendiente a destruir la cosa juzgada "quando fundada em prova cuja falsedade se tenha apurado no juízo criminal" (art. 798).

Agrega el texto (art. 800) que "os atos judiciais que não dependerem de sentença ou em que esta fôr simplesmente homologatoria, poderão ser rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil" (9).

20. *Valor de estos antecedentes en las legislaciones sin texto especial.*

Los precedentes relacionados, en especial los que dicen alusión al derecho español, constituyen una fuerte razón de carácter histórico en favor de la tesis de que procede la acción revocatoria aún sin texto expreso que la prevea.

El argumento que de ellos se extrae es el siguiente:

Es sabido que la ley española de 1855 no contenía el

(8) Partida III, ley XIII, título XXII. Merecen consultarse, por lo ilustrativas, las notas de LÓPEZ, en la edición en castellano, de Antonio Bergnes, Madrid, 1844.

(9) Es ya abundante el conjunto de documentos y estudios tendientes a fijar el espíritu de este texto. A título de simple referencia, pueden anotarse los trabajos y documentos que han sido publicados en *Revista Forense*, Río de Janeiro, entregas de mayo, junio, y octubre de 1939. Asimismo, últimamente, BRASIL, *Rescisão de julgados*, cit.

recurso de revisión. La razón que se dió en tal sentido, fué, justamente, la de que subsistían las disposiciones de las Partidas sobre el particular ⁽¹⁰⁾. Sólo los códigos americanos posteriores al 81 o reformados después de esa fecha, contienen la revisión sobre las bases de la ley española.

De este razonamiento se puede extraer, en vía rigurosamente lógica, la consecuencia de que si los códigos aparecidos entre 1855 y 1881, que tuvieron como modelo la ley de 1855 no contienen una vía extraordinaria contra los graves vicios que afecten la sentencia, ello no se debe a que tales vicios puedan haberse considerado aceptables por el legislador.

Lo más que se podría inferir, es que el legislador imitado fué omiso en la institución del recurso; pero que la vía de "desatamiento" existía, por la subsistencia de la legislación anterior que la consagraba expresamente y en forma amplia.

No puede escapar al razonamiento, que esta forma de interpretar la ley en su sentido histórico, resulta de manejo algo peligroso.

Reputar vigentes todas las disposiciones que no han sido previstas por la legislación posterior, es un paso más avanzado que no podría darse sin extrema precaución. Pero nada impide, en nuestro concepto, pedir a la legislación anterior al código un principio general, básico, subyacente en todo el sistema de la ley, como es, por ejemplo, el deber de decir verdad ⁽¹¹⁾.

Por eso, con relación a este problema, del argumento histórico no es necesario extraer más resultados que los relativos

⁽¹⁰⁾ Esta tesis aparece expresada en MANKESA, *Comentarios*, t. 6, p. 241.

⁽¹¹⁾ *El deber de las partes de decir la verdad*, en este mismo volumen, p. 233.

a la razón por la cual el instituto de la oposición a la cosa juzgada fraudulenta no aparece en nuestra ley: no aparece porque haya sido repudiado, sino, simplemente, porque no ha sido previsto por el legislador.

21. *Acción pauliana y revocación de la cosa juzgada fraudulenta.*

Una primera distinción surge del contenido mismo de la acción. La pauliana es una acción estrictamente patrimonial. La revocatoria no tiene por qué limitar su contenido a esos fines. Así, p. ej., las acciones de estado civil pueden afectar la situación de terceros en aspectos no patrimoniales. Y nada obsta a que frente a un proceso fraudulento de divorcio, de filiación, de nulidad de matrimonio, la demanda revocatoria tienda a reparar efectos no patrimoniales injustamente obtenidos.

Otra diferencia aparece cuando se analiza quiénes pueden ser los titulares de la acción. La pauliana está dada exclusivamente en favor de los acreedores. La revocatoria puede ser ejercida por los herederos, los que, en ciertos casos, pueden ser las víctimas del fraude. Así, p. ej., los herederos legitimarios desposeídos de su legítima mediante un proceso fraudulento, tendrían acción para revocar la cosa juzgada probando el dolo. Por las mismas razones por las cuales la jurisprudencia reputa *terceros* a los herederos, a los efectos de instaurar la acción de simulación⁽¹²⁾, habría que admitir su legitimación para promover la revocatoria.

Llevando más adelante la reflexión, se siente necesidad

(12) Con relación a nuestro país, fallo del doctor ARTEGONA, en *Rev. D. J. A.*, t. 37, p. 115.

de distinguir en la cosa juzgada a revocarse, lo que pertenece al campo de la simulación y al del fraude. La doctrina ha anticipado ya resultados convincentes acerca de la diferencia entre *proceso simulado* y *proceso fraudulento* ⁽¹³⁾. Algunas construcciones que prescinden de llevar esa distinción hasta sus últimas consecuencias, conducen a soluciones que pueden ser objeto de rectificación ⁽¹⁴⁾. Por lo demás, el tema de la simulación procesal ha sido objeto de estudios especiales, con resultados distintos a los del fraude ⁽¹⁵⁾.

Por esta razón, en este último aspecto, son necesarias algunas aclaraciones que, en este momento, no parece indispensable concretar.

22. *Partes y terceros.*

Y para concluir. Yendo hacia un campo más particular de estas aclaraciones, debe insistirse en que todo este ensayo abarca el problema *de los terceros* y no el de las partes. Estas se mueven dentro de un campo totalmente distinto, pues, por principio general de derecho les comprende la cosa juzgada.

No cabe duda de que la revocación de una sentencia dictada en proceso fraudulento, sólo podría ser solicitada por un tercero. Normalmente la parte no podría alegar la

⁽¹³⁾ CARNELUTTI, en *Riv. D. P.*, 1926, II, p. 17. GUARNERICITATI, *Il dolo processuale bilaterale*, ps. 41 y sigtes. LIEBMAN, *Le opposizione...* etc., p. 232.

⁽¹⁴⁾ Así, p. ej., CUNHA, *Simulação processual e anulação do caso julgado*, Lisboa, 1935, ps. 297 y sigtes. Véase, asimismo, la aclaración de CARNELUTTI, en *Riv. D. P.*, 1936, I, p. 224.

⁽¹⁵⁾ Véase la amplia información de LIEBMAN, *Le opposizione di merito...* etc., ps. 232 y 233, en notas.

simulación, por aplicación del precepto *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Igualmente no cabe duda de que si los terceros se han hecho presentes en el juicio, y se ha dictado sentencia en su contra, tampoco podrán iniciar acción revocatoria. Si no apelaron del fallo, por virtud de su propio consentimiento; si apelaron y la sentencia fué confirmada, por imperio de una cosa juzgada legítima.

Es evidente, asimismo, que la acción agota sus fines cuando ha conseguido que se declare que la cosa juzgada ha quedado sin efecto. Pero no siempre quedará satisfecho el interés del actor con esa revocación. Lo probable es que (al par de lo que sucede con la acción de simulación) a la acción principal deban agregarse otras conexas. Así, si el tercero ha perdido la posesión mediante un proceso fraudulento, podrá acumular la acción reivindicatoria; si se le ha despojado de su legítima, podrá acumular la acción de petición de herencia; si el demandado ha sido negligente, podrá acumular la acción subrogatoria para defender el patrimonio del deudor, etc. ⁽¹⁶⁾.

La revocación sería, en todo caso, el paso previo para las acciones subsiguientes.

Dentro del orden de ideas que queda expuesto, será frecuente que la suerte de la acción revocatoria quede decidida en la excepción mixta de cosa juzgada que, inevitablemente, opondrá el demandado.

Imaginado un juicio de esta índole, las cosas sucederán, probablemente, de la siguiente manera: el actor deman-

⁽¹⁶⁾ Sobre el valor de la acción revocatoria y sus efectos "reflejos", merced a tenerse en cuenta las vivaces referencias de FERRARA SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939, p. 175.

dará solicitando la revocación de la cosa juzgada; acumulará, además, las acciones de que se crea asistido para asegurar la efectividad de su derecho. Es indudable que, frente a este nuevo juicio, el demandado opondrá la excepción previa de cosa juzgada. En ese caso, incumbe al actor la prueba de que no existe cosa juzgada, pues la sentencia sólo es fruto de la colusión o del fraude. Su prueba debe versar (en la excepción dilatoria) tan sólo sobre ese extremo: demostrar el fraude. Si la sentencia de primera instancia y la de segunda, confirmatoria, acogen la excepción el juicio termina y nada podrá ya pretender el actor. Si, por el contrario, se desecha la excepción de cosa juzgada, comenzará en ese momento el verdadero juicio. Será menester, entonces, demostrar todos los otros fundamentos de la acción: así, p. ej., el derecho del actor a obtener bienes que le habían sido negados por la cosa juzgada fraudulenta; el estado civil desconocido por la sentencia anterior, etc. Sólo en la sentencia definitiva se resolverá el fondo del derecho.

23. *Conclusiones.*

Las ideas que acaban de exponerse desembocan en la pregunta inicial: ¿procede una acción o juicio de esta índole, en las legislaciones que carecen de previsiones especiales?

Contemplada en su fondo mismo, la doctrina de la acción revocatoria no es otra cosa que la extensión al campo del derecho procesal civil, de ciertos principios simplísimos y muy antiguos en materia de fraude a los terceros.

Preferimos, pues, contestar, socráticamente, con nuevas preguntas.

¿Qué es el proceso fraudulento, sino un negocio fraudulento realizado con instrumentos procesales? ¿Qué diferencia existe entre una ejecución fraudulenta y colusoria realizada con ánimo de disminuir el patrimonio del deudor, y la enajenación dolosa que da mérito a la acción pauliana? ¿Qué variantes esenciales existen entre el juicio tendiente a hacer desaparecer un estado civil (como, p. ej., una filiación natural) y el delito de suposición o supresión de estado civil previsto expresamente por la ley penal? ¿Qué alteración de fondo existe entre la confesión de la demanda obtenida de un demandado incapaz y los actos que dan origen al delito de circunvencción de incapaces?

Sólo diferencias de forma y no de fondo existen entre esos casos. Una envoltura de carácter procesal, preparada casi siempre con la finalidad de asegurar la eficacia del fraude, separa una situación de otra.

Así miradas las cosas, debe concluirse que no puede el intérprete hallar un obstáculo en las formas, cuando el fondo está constituido por un acto declarado ineficaz por textos expresos de la ley civil o penal.

Chiovenda ha dicho en claras y muy vigorosas palabras, que "allí donde falte una norma expresa que discipline la oposición del tercero, como en el campo de las sentencias arbitrales, se admitirá la pauliana según las normas ordinarias" (17).

De eso se trata, exactamente, frente al problema en estudio.

Una legislación que no tiene normas expresas que disciplinan la oposición del tercero, debe acudir a los principios

(17) CHIOVENDA, *Istituzioni*, t. 2, p. 586.

generales de represión del fraude civil, para evitar que las formas procesales sean para él un manto de impunidad.

La acción revocatoria no es, pues, otra cosa que la extensión al campo del derecho procesal, de los principios de la acción pauliana.

EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Planteo.*

El art. 24 de la Constitución dice:

“Será civilmente responsable cualquier funcionario que, en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada, y con incumplimiento de los deberes que el cargo le impone, cause perjuicio a tercero”.

“Responderán subsidiariamente, el Estado, los Municipios, los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados o el órgano público de que dependa el funcionario, quienes serán parte necesaria en los juicios que se promuevan al efecto, y tendrán el derecho de repetir contra aquél lo que hubieren pagado en caso de condenación”.

Hay aquí, como se ve, disposiciones de derecho material o sustancial y disposiciones de derecho procesal.

Las primeras atañen a la responsabilidad de los funcionarios y de las personas morales mencionadas en el texto; también es de derecho material la consagración del principio de repetición contra el funcionario; es, en cambio, de derecho procesal, la necesidad de constituir en parte al Ente Público al que habrá de hacerse responsable; y, aunque nada

se diga en el texto, es también de derecho procesal el régimen de proceso acumulativo de dos o más demandas (contra el funcionario y contra el Ente Público) en un solo juicio.

Sobre estos últimos temas, es decir los de carácter procesal, versa el presente estudio.

2. *Falta del servicio y falta del funcionario.*

Los problemas procesales del art. 24 de la Constitución tienen como antecedente necesario una distinción de derecho administrativo, sin la cual no es posible entrar al examen de los mismos.

Se trata de la distinción entre "falta del servicio" y "falta del funcionario".

Veamos cómo se proyecta esta distinción sobre nuestro argumento.

La trayectoria de este tema se percibe con toda nitidez no bien se estudian dos notas que, con diferencia de algunos años, escribió sobre el mismo el profesor Aparicio Méndez.

En la primera de ellas ⁽¹⁾, señaló la distinción existente entre ambos institutos de derecho público; en la segunda ⁽²⁾, anotando otro fallo concluye que este último caso cierra un ciclo sobre el tema apuntado en la anterior.

Pero como ocurre muchas veces en la vida, donde comienza una claridad se advierte una nueva sombra. ¿Cómo sabe el actor si la falta es del servicio o del funcionario?

⁽¹⁾ *Relaciones entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario*, en *L. J. U.*, t. 1, p. 122.

⁽²⁾ *Sobre responsabilidad del Estado*, en *Rev. D. P. P.*, t. 14, pág. 334.

¿Qué seguridades tiene de que la responsabilidad es directa del Estado o indirecta (subsidiaria) a través del funcionario?

La víctima conoce sólo el daño. Los motivos los conoce la Administración. Y muchas veces, sólo ella tiene en las manos la prueba de los hechos constitutivos de responsabilidad. En tales condiciones ¿a quién demandar y cómo demandar?

3. *La demanda contra el funcionario y el Estado.*

Se plantea en primer término la cuestión de saber qué alcance tiene, en sentido procesal, la disposición del art. 24 de la Constitución, en cuanto a la posibilidad de promover demanda conjuntamente contra el funcionario y contra el Estado.

Trataremos de determinarlo.

La disposición del art. 24 de la Constitución, ha tenido tres series de previsiones.

La primera de ellas se refiere a la situación del Poder Público y sus agentes frente a los particulares. La segunda, se refiere a las relaciones entre el agente y el Estado. La tercera, de carácter procesal, se refiere a la forma como debe hacerse efectiva en juicio la responsabilidad del agente y del Estado.

No parece que pueda provocar duda alguna que, por la primera de esas relaciones, el Estado resulta responsable del daño injusto que sus funcionarios o sus servicios causen a los particulares. Hecha la necesaria distinción entre Estado y Derecho, no puede ya, a esta altura de nuestra cultura jurídica, haber vacilaciones en cuanto a que los actos derivados de la organización del Estado pueden ser antijurídi-

cos y generar responsabilidad. Del precepto "the King can do no wrong" no queda nada en el derecho moderno del sistema democrático.

El constituyente tuvo en consideración al redactar este texto, los artículos respectivos del Proyecto de Constitución del Dr. Arístides Delle-Piane y las Constituciones española de 1931, polaca de 1921 y austríaca de 1920, a cuyo contenido en parte se asemeja y del cual en buena parte difiere. Las manifestaciones hechas en el seno de la Convención por el constituyente Dr. Bado, aclaran bien estas diferencias ⁽³⁾. La confrontación de esos textos con el nuestro, pone de relieve que es el vigente un sistema de doble responsabilidad: la responsabilidad *directa* del funcionario y la responsabilidad *subsidiaria* del Estado o sus Entes.

El damnificado obtiene así, merced a esta norma, la doble protección que constituye la responsabilidad del funcionario con su patrimonio y la fianza del Estado (que no otra cosa, como veremos de inmediato, es la responsabilidad subsidiaria del art. 24).

El segundo orden de relaciones lo constituye el derecho del Estado a repetir contra el funcionario lo que hubiera tenido que pagar por culpa de éste.

Como es sabido, los artículos 174 a 180 del Proyecto de Constitución del Dr. Delle-Piane, configuraban una responsabilidad *solidaria*. Ese régimen fué reemplazado por el que actualmente rige ⁽⁴⁾.

Llevando adelante el parangón de la responsabilidad

⁽³⁾ *Diario de Sesiones de la III Convención Nacional Constituyente*, t. 1, p. 390.

⁽⁴⁾ *Actas de la Comisión de Constitución*, p. 103.

subsidiaria de derecho público con la fianza simple del derecho privado, apuntado en las líneas precedentes, podemos decir que el derecho de repetición que tiene el Estado frente al funcionario, constituye un fenómeno homólogo de la acción *in rem verso* del art. 2131: C. C.

El derecho de restitución que tiene el Estado que ha pagado por el funcionario, es, ni más ni menos, el derecho de reembolsarse que tiene el fiador: *Si cuid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum co-mandati iudicium* ⁽⁵⁾.

El derecho público procede en esta materia en términos absolutamente idénticos a los del derecho privado. La acción resarcitoria del derecho privado ha hallado aquí una fiel duplicación en el ámbito del derecho público.

La tercera previsión es, decíamos, de carácter procesal.

Establece el texto, en términos expresos, que “El Estado, los Municipios, los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados o el órgano público de que dependa el funcionario, *serán parte necesaria* en los juicios que se promuevan al efecto”.

4. El concepto de “*parte necesaria*”.

¿Qué quiere decir “*serán parte necesaria*”?

El concepto de *parte* es inequívoco en el derecho procesal y denota a aquel que pretende algo en juicio, a aquel de quien, o contra quien se pretende algo.

Partes son, respectivamente, el actor y el demandado.

Cuando la Constitución dice que el Estado y los Entes serán *parte necesaria*, establece que el proceso en el que se

(5) *Instit.* L. 3, tit. 21, párr. 6; también GARCÍA GOYENA, t. 4, p. 157.

pretenda hacer valer la responsabilidad subsidiaria, deberá conducirse forzosamente contra el Estado o contra el Ente (⁶). La capacidad del Estado para ser parte en juicio (*legitimatío ad processum*) no es, hoy por hoy, luego de tantas vacilaciones como tuvo la doctrina clásica, objeto de debate científico. Lo es, como es sabido, el Estado extranjero, mediante el instituto conocido en el derecho internacional con el nombre de inmunidad de jurisdicción (⁷). Pero no lo es el Estado en el sistema del derecho interno.

Nuestra doctrina sobre este punto ha hecho ya todo su camino. La doctrina europea, que en muchos países comienza a desenvolver el argumento, tal como lo demuestra el reciente y completísimo examen de Redenti (⁸), no hace otra cosa que corroborar una ya larga y afortunada experiencia que desde hace algunos lustros se ha venido desenvolviendo por nuestros jueces.

La doble responsabilidad, la del agente y la del Estado, requieren forzosamente la presencia de ambos en el proceso. Si así no se hace, el día en que la víctima pretenda hacer valer la responsabilidad subsidiaria del Estado, éste puede responder que la sentencia dictada contra el funcionario es, a su respecto, *res inter alios judicata*. Quien no ha sido parte en juicio, no resulta alcanzado por la cosa juzgada, a estar a los términos clarísimos del art. 479: C. P. C.

Conviene determinar por último, con cierta precisión, que, al haber utilizado el concepto de *parte necesaria*, el texto constitucional impone al actor transformar en deman-

(⁶) *Actas de la Comisión de Constitución*, cit., p. 103.

(⁷) Cfr., últimamente, DÍAZ DE GUIJARRO, *Inmunidad de jurisdicción*, en *Rev. D. J. A.*, t. 40, p. 169.

(⁸) REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milán, 1947, t. 1, p. 115, bajo el rubro "Lo Stato come parte in giudizio".

dado al Estado, o el Ente. No basta, para hacer llegar contra ellos los efectos de la cosa juzgada, darles "conocimiento judicial del pleito" como dice el art. 479. No basta la simple notificación del proceso, sino que el Estado o el Ente deben figurar *necesariamente* como parte demandada.

La norma procesal del art. 24 de la Constitución no ofrece, a nuestro modo de ver, duda alguna, ni por su texto que es muy claro, ni por sus antecedentes de sanción que son inequívocos, en el sentido de que sólo en virtud de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada contra el Estado constituido en parte demandada, es posible hacer efectiva la responsabilidad, cuando el actor aduce la falta personal del agente.

5. *Acumulabilidad de las demandas.*

La segunda cuestión que se plantea, como consecuencia de lo anterior, consiste en saber si puede el actor demandar conjuntamente al funcionario y al Estado, requiriendo que la sentencia determine si se trata de una culpa del funcionario o de una falta del servicio.

La distinción entre falta personal y falta del servicio, implantada en primer término por la jurisprudencia francesa, ha hallado eco en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia con distinciones técnicas muy precisas ⁽⁹⁾.

A estar a la distinción apuntada, el actor puede aducir el dolo, culpa o negligencia del agente: lo que el texto constitucional denomina "violación de los deberes del car-

(9) Así, con toda precisión, fallo del Dr. ZUBILLAGA, en *Rev. D. J. A.*, t. 46, p. 136. También, el caso publicado en *Rev. D. P. P.*, t. 23, p. 335. No obstante, este último fallo no tiene, a pesar de su gran importancia, la precisión del anterior

go” y que es lo que por sí solo configura la responsabilidad, según se aclaró debidamente al debatirse el texto ⁽¹⁰⁾. Puede, asimismo, cuando ignora la responsabilidad personal o los hechos que la constituyen, aducir la culpa del servicio, en razón de daños producidos por una indebida y prolongada demora de mercaderías en la Aduana ⁽¹¹⁾, o la desorganización de los servicios hospitalarios ⁽¹²⁾.

En esos casos, en los cuales es imposible determinar si existe responsabilidad personal del agente o falta del servicio, la acumulación no es sólo *posible*, sino también *necesaria*.

El actor, decíamos en un comienzo, conoce el daño; no siempre conoce los hechos que le dieron origen. Estos ocurren en el seno de la Administración y muchas veces, en deliberaciones que se realizan en forma reservada. ¿Cómo discernir en esos casos?; ¿qué elementos del juicio puede tener el actor para saber si la culpa es del agente o del servicio mismo, si la prueba de esos hechos la rendirán los demandados cuando el juicio llegue al estado de prueba?

Es menester no perder de vista, además, que la falta del servicio puede ser una excepción del agente demandado.

Por ejemplo: el actor aduce la culpa personal y la responsabilidad subsidiaria del Estado; sólo al contestar la demanda se puede saber si el agente no habrá de exceptuarse aduciendo que no ha existido culpa personal, sino falta del servicio, es decir un juego de circunstancias insuperables para él, similares a las que en el derecho privado liberan de la responsabilidad: caso fortuito, fuerza mayor,

⁽¹⁰⁾ *Diario de Sesiones de la III Convención Nacional Constituyente*, t. 1, p. 390.

⁽¹¹⁾ *Guía del Comercio*, t. 2, p. 1.

⁽¹²⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 46, p. 136.

obediencia debida, etc. En esos casos, ignorando el actor la defensa del agente, no tiene más remedio que acumular las demandas y reclamar indistintamente la doble responsabilidad. La acumulación para él es una necesidad, más que una facultad.

Este segundo aspecto procesal del art. 24 de la Constitución debe contestarse, pues, sosteniendo que el actor debe demandar conjuntamente al funcionario y al Estado, si no quiere tener que seguir dos procesos por un mismo motivo. La falta del servicio puede ser aducida tanto por el actor por vía de demanda, como por el funcionario por vía de excepción; la verdadera falta quedará probada en el curso del juicio y la sentencia decidirá acerca de su admisión o su rechazo.

6. *Acumulación efectiva y acumulación eventual.*

La acumulabilidad de las pretensiones y demandas contra el funcionario y contra el Estado, puede asumir dentro del art. 24 de la Constitución dos formas principales.

La primera es la acumulación efectiva; la segunda, la acumulación eventual.

Se acumulan *efectivamente* las dos demandas, cuando el actor, seguro de la responsabilidad directa del funcionario, hace valer su reclamación directa contra éste y contra el Estado. Por supuesto que esta reclamación podría hacerse valer en dos juicios diferentes: uno contra el funcionario y, luego de determinada la responsabilidad y probada la insolvencia del funcionario, en otra demanda directa contra el Estado. Pero sería éste un inútil dispendio de energía. Como veremos de inmediato, todo el sistema del art. 24 está montado para ahorrar al actor este segundo proceso.

Se acumulan *eventualmente* las dos demandas cuando el actor ignora de quién es la responsabilidad y, a fin de no incurrir en el grave riesgo de demandar al funcionario personalmente en un caso de falta del servicio, acumula eventualmente las dos demandas, en espera de las resultancias del proceso.

El problema consiste en saber, justamente, si es ésta una acumulación consentida o prohibida por la ley procesal.

A nuestro modo de ver se trata de una acumulación expresamente autorizada por el art. 287: C. P. C.

Esta disposición faculta al actor a acumular todas las demandas que tuviere contra una misma parte, con tal de que no sean contrarias entre sí, de modo que por la primera quede excluída la otra, salvo que se proponga una como *subsidiaria* de la otra.

Cabe advertir que el art. 287: C. P. C. utiliza exactamente el mismo vocablo del art. 24 de la Constitución.

La responsabilidad *subsidiaria* da siempre mérito a una acumulación eventual, aun en el caso de que ambas sean aparentemente opuestas entre sí.

Uno de los casos más frecuentes de acumulación subsidiaria, es la ejecución hipotecaria. Cuando Lagarmilla ⁽¹³⁾, analiza el punto de las acciones mixtas y luego de exponer las acciones que en el derecho romano tenían este carácter, recuerda que para algunos autores es mixta de real y personal o de mueble o inmueble la ejecución hipotecaria. Se refuta allí esa tesis, recordando la elemental circunstancia de que el pacto hipotecario es accesorio y sólo funciona subsidiariamente, en defecto del cumplimiento de la obligación personal mueble constituida por el préstamo de una suma de dinero.

(13) *Las acciones en materia civil*, p. 73.

En esos casos, la acumulación de las acciones subsidiarias, forma parte de la esencia misma del proceso ya que el actor reclama la obligación principal, y para el caso de que ésta falle en su eficacia, acude a la obligación subsidiaria. La responsabilidad subsidiaria del Estado en el art. 24 de la Constitución es análoga. Se demanda al funcionario y al Estado; y si declarada la responsabilidad del primero, la responsabilidad no se hace efectiva, por su insolvencia, responde el Estado sin necesidad de un nuevo proceso.

Esta forma de acumulación eventual fué tácitamente prevista en el debate de la Constitución. Al discutirse la redacción definitiva del art. 24, el convencional Sr. Muñoz Miranda preguntó al miembro informante en los siguientes términos: "Me permito solicitar de la gentileza del señor constituyente preopinante quiera decirme si en primer término se adopta el recurso directamente contra el magistrado (*rectius*: funcionario) causante del error jurídico y en segundo lugar, esto es, en caso de ser insolvente el funcionario negligente o autor del perjuicio, se entablará el reclamo directamente contra el Estado".

Y el miembro informante le contestó: "El artículo establece la responsabilidad directa de los funcionarios públicos y, en subsidio, la responsabilidad del Estado" (14).

Si la acumulación no fuera posible, la respuesta del miembro informante debió haber sido en sentido contrario.

En los casos en que se acumulan en una misma demanda dos o más pretensiones, una como subsidiaria de la otra, el proceso funciona, como dice la doctrina, *in eventum*.

El caso típico de la acumulación eventual lo constituye el ejemplo de aquella famosa defensa: "en primer término,

(14) *Diario de Sesiones*, cit., t. 1, p. 425.

no me has dado dinero alguno; en segundo término, te lo he devuelto hace ya un año; en tercer término tú me aseguraste que me lo regalabas; y en último término, ha prescrito ya” (15).

El actor puede acumular *eventualmente* todas las pretensiones subsidiarias que favorezcan su derecho. El principio de eventualidad consiste, justamente, en que si la primera es rechazada, el juez entra a juzgar la segunda; y en el caso eventual de que la segunda sea rechazada, entra a juzgar la tercera. Y así sucesivamente.

Esta presentación *eventual* de las defensas quedará, en consecuencia, dirimida en el fallo, cuyo contenido puede ofrecer muy diversas variantes, según pasamos a analizar.

7. *Contenido del fallo condenatorio.*

Admitida la responsabilidad por los hechos ilícitos que provocan el daño, la forma de hacer gravitar las consecuencias sobre el funcionario o sobre el Estado puede ofrecer distintas situaciones.

a) Responsabilidad exclusiva del funcionario. Puede el actor tener interés en demandar al funcionario y no al Estado. No existe, en este primer caso, acumulación alguna. El funcionario resulta condenado y la sentencia no surte efecto alguno contra el Estado. Si el actor quisiera hacer valer la responsabilidad del Estado, debe promover un nuevo proceso. La prescripción de la reclamación contra el Estado no se interrumpe por el proceso contra el funcionario.

b) Responsabilidad inmediata del funcionario y mediata del Estado. El agente resulta condenado a resarcir el

(15) GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, p. 85.

daño con su propio patrimonio. Si es solvente y satisface la responsabilidad, el Estado no tiene sobre sí ningún gravamen. La sentencia que lo ha condenado subsidiariamente, es una sentencia condicional, del tipo que hemos analizado en otro estudio ⁽¹⁶⁾. No cumplida la condición de la insolvencia del agente, la condena no se hace efectiva.

c) La misma situación anterior, con la variante derivada de la insolvencia del funcionario. La condición de la sentencia entra a funcionar y la responsabilidad subsidiaria del Estado se hace efectiva debiendo afrontar el Erario la responsabilidad. Como consecuencia de esta solución, queda asegurada la reparación a la víctima, pero no queda resuelta la situación existente entre el funcionario y el Estado. Por lo que hemos establecido más arriba, no es dudoso que el Estado tiene derecho a resarcirse del funcionario cuando éste llegue a mejor fortuna. Pero lo que no ha sido aún establecido, y que deberá ser objeto de sucesivos estudios, es el punto de saber cómo debe comportarse el Estado frente al funcionario por cuya culpa ha debido pagar indemnización: si puede destituirlo con pérdida de sus derechos jubilatorios, si procede la compensación del crédito del Estado con su deuda por sueldos, jubilaciones, pensiones, etc. Es éste un campo aún inexplorado de la responsabilidad emergente del art. 24 de la Constitución.

d) Responsabilidad *directa* del Estado. El funcionario resulta absuelto y el Estado condenado. La acumulación eventual ha producido sus efectos, pues resulta rechazado un primer medio de ataque, y entrando a funcionar el segundo, propuesto eventualmente, ha sido acogido. No co-

⁽¹⁶⁾ *Sentencias provisionales, condicionales y alternativas*, en este volumen, p. 311.

rresponde, en este caso, en nuestro concepto, rechazar la demanda por no haber sido demandado directamente el Estado. La demanda *eventual* es una demanda directa, subordinada al progreso de un anterior medio de ataque. El actor que acumula su demanda contra el funcionario y el Estado, hace uso de una prerrogativa procesal que la Constitución le otorga. Ésta le ha relevado, por lo que ya hemos visto, de tener que seguir dos procesos por un mismo hecho. Rechazada la demanda contra el funcionario, por existir falta del servicio, ésta puede dar mérito a la condena directa del Estado sin necesidad de un nuevo proceso.

e) Responsabilidad directa del Estado, sin demanda contra el funcionario. Cuando la falta del servicio es evidente, no es necesario demandar directamente a ningún funcionario. La condena del Estado procede, entonces, sin necesidad de acumulación alguna.

8. Conclusiones.

En los términos que preceden queda planteada *sub specie processualis*, la responsabilidad del Estado. El párrafo anterior en la enumeración de sus cinco soluciones, procura enfocar en el plano práctico las principales situaciones que suelen darse en la realidad.

Lo que parece justo afirmar, en la presente instancia de nuestro proceso institucional, es que la sensibilidad de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia en el sentido de la responsabilidad del Estado, va procediendo por grados sucesivos de desarrollo, realmente acelerado, de perfeccionamiento.

La consideración *procesal* de ese problema se halla, en verdad, en su iniciación. Este estudio no es sino una pri-

mera aproximación. Será necesario un esfuerzo colectivo de meditación, de análisis y de crítica para llevar adelante el progreso de la doctrina.

Conscientes del carácter meramente inicial de nuestro intento, quisiéramos que se pueda ver en él, apenas, una manera que llamaríamos *socrática*, de incitar a pensar.

21. REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS

SUMARIO: 1. Planteo. — 2. Antecedentes de la teoría. — 3. Los casos planteados. —
4. Fundamentos de la tesis. — 5. Alcance de las diversas tesis. — 6. El art. 31
de la Constitución.

REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS

1. *Planteo.*

La fiscalización jurisdiccional de la actividad legislativa se realiza, en nuestro derecho, por dos métodos diferentes.

Por un lado, se halla la declaración de inconstitucionalidad de la ley, método regulado por los arts. 229 a 232 de la Constitución.

Por otro, la reparación de los daños y perjuicios causados por leyes que, siendo constitucionales, como ser la que implanta el monopolio de Estado en una industria lícita, causan un daño patrimonial a quienes, antes del monopolio, ejercían la industria lícita.

Ambos métodos tienen ya, en la literatura uruguaya, muy amplios estudios ⁽¹⁾.

(1) Para la declaración de inconstitucionalidad, JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *La Constitución nacional*, Montevideo, 1947, t. 8, p. 150. Su exposición es muy amplia, no obstante carecer de las precisiones bibliográficas y de jurisprudencia indispensables; sus conclusiones son, en su casi totalidad, compartidas por nosotros. Debe verse, asimismo, BAROFFIO-ZERBINO, *La inconstitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia uruguaya*, en *L. J. U.*, t. 3, II, p. 31. Sobre la reparación de

En las presentes páginas nos proponemos exponer de qué manera se ha venido formando, por obra primordial de los jueces, la doctrina de la responsabilidad del Estado por daños y perjuicios causados por las leyes.

2. *Antecedentes de la teoría.*

Aunque parezca una paradoja, la teoría de la responsabilidad del Estado por actos legislativos, surgió en nuestro país en el seno del propio recinto parlamentario. Su recepción por los tribunales se produjo un cuarto de siglo después de haber sido desenvuelta en su primer debate legislativo.

Al discutirse la ley de creación del Banco de Seguros del Estado, el entonces diputado Juan José Amézaga abordó la situación en que quedaban colocadas las empresas privadas que en ese momento explotaban el ramo de seguros. Su desarrollo, de muy acentuado carácter doctrinario, fué enteramente favorable a la tesis de la reparación de los perjuicios que causaba el monopolio creado en favor del Estado, a los particulares que antes ejercían una industria lícita en esa misma materia. Puede afirmarse que sus palabras de aquella oportunidad mantienen, aún hoy, una actualidad

los daños causados por leyes, SAYAGUES LASO (R.), *La responsabilidad del Estado por actos legislativos*, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 1915, t. 2, ps. 295 y 325; BLENGIO SALVO, *La reparación de los perjuicios causados por las leyes*, en *Rev. del Centro de Estudiantes de Derecho*, 1927, t. 1, p. 627; SACARELO FUENTES, *Responsabilidad del Estado por acto legislativo*, en *Rev. D. P. P.*, t. 8, p. 273; RAMÍREZ, *La inmunidad fiscal de la deuda pública*, en *Rev. D. J. A.*, t. 36, p. 90, especialmente p. 92; ESPINOLA, *Inconstitucionalidad de las leyes y responsabilidad por acto legislativo*, en *Jur. A. S.*, t. 63, p. 792; TERRA, *Cuestiones jurídicas*, Montevideo, 1938, p. 7; últimamente en forma exhaustiva, SAYAGUES LASO (E.), *Responsabilidad del Estado por acto legislativo*, en *Rev. D. P. P.*, t. 21, p. 323.

rigurosa. La base de su tesis puede circunscribirse al siguiente argumento: "No todas las leyes tienen por objeto cambiar el derecho. Hay leyes que, sin cambiar ningún principio jurídico, causan perjuicios porque suprimen un servicio o una industria particular en beneficio del Estado. Esas leyes lo que hacen es acaparar para el Estado lo que antes era una industria libre o un servicio al que podían entregarse todas las personas que habitan el país. Es cierto que si las primeras leyes, las que cambian el derecho y perfeccionan las instituciones, no pueden dar lugar a responsabilidad, las últimas pueden dar lugar a una responsabilidad, y una responsabilidad sería a cargo del Estado" (2).

En esa misma ocasión, el debate doctrinario dió oportunidad a que se emitieran diversas opiniones de singular valor. Entre los escritores nacionales, la más significativa fué la sostenida por el Dr. Rodolfo Sayagués Laso, a la sazón Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho (3).

Entre los juriconsultos extranjeros merecen destacarse las opiniones expedidas por Duguit (4) y por el Profesor de la Universidad de Dijón, Jorge Scelle (5).

Fué también requerida opinión a Gastón Jèze (6), aunque su pensamiento fué de mucho menor gravitación sobre el problema que las anteriores opiniones.

(2) *El Banco de Seguros del Estado. Creación, funcionamiento, desarrollo*, Montevideo, 1937, ps. 73 y sigtes.

(3) *Revista de D. y C. Sociales*, t. 1, p. 414.

(4) Más tarde fué recogida en el *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, p. 460.

(5) *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 30, p. 637; entre nosotros, en *Revista de D. y C. Sociales*, t. 2, p. 89.

(6) *Revue de Science et législation financières*, 1913, p. 12.

3. *Los casos planteados.*

Como el monopolio de seguros no dió lugar a debates judiciales, la responsabilidad del Estado por actos legislativos, fué durante un cuarto de siglo un capítulo de doctrina.

Su verdadero planteo habría de producirse a raíz de la sanción de la ley 8764, de 15 de octubre de 1931 que creó la Administración de Combustibles, Alcohol y Portland.

Esa ley, que instituyó varios monopolios de Estado, dió lugar a diversos litigios que han provocado ya una orientación bien definida de los tribunales. Una brevísima referencia a cada uno de esos litigios dará lugar a la fácil comprensión del estado actual de este asunto.

a) Juicio "Urreta S. A. y otros v. el Estado". Este juicio corresponde a la reclamación formulada por los fabricantes de licores, a los cuales la ley de monopolio privaba de su actividad anterior. El fallo de primera instancia, verdadero *leading case* en esta materia, del Dr. Garicoits, fué favorable a los demandantes (⁷). Apelado el fallo, fué confirmado por el Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno (⁸).

b) Juicio "Viuda e Hijos de Juan I. Aguerre y otros v. el Estado". Este juicio fué promovido por las firmas comerciales que se dedicaban a la importación de bebidas alcohólicas, objeto del monopolio. El fallo de primera instancia del Dr. Carlos M. Larghero fué favorable a los demandantes (⁹). Apelado el fallo, fué confirmado por el Tribu-

(⁷) *Rev. D. J. A.*, t. 40, p. 361; *Rev. D. P. P.*, t. 9, p. 3; *L. J. U.*, t. 7, p. 38.

(⁸) *Rev. D. J. A.*, t. 41, p. 10; *L. J. U.*, t. 7, p. 48.

(⁹) *Rev. D. P. P.*, t. 9, p. 15.

nal de Apelaciones de 2º Turno (¹⁰). También este litigio se halla en los procedimientos de ejecución de sentencia condenatoria.

c) Juicio "Compañía Nacional de Combustibles S. A. v. el Estado". La sentencia de primera instancia, del Dr. G. González Mourigán sostiene la tesis de la responsabilidad del Estado por la ley de creación de la ANCAP; pero entiende que los simples actos preparatorios de la Compañía constituían, apenas, una expectativa jurídica y no un derecho cierto que hubiera sido lesionado; concluye, pues, rechazando la demanda. Apelado el fallo, el Tribunal de Apelaciones de 1º Turno lo revocó, sosteniendo que, aun los actos preparatorios, si ellos suponen un desembolso económico, producido antes de ser informada la ley de monopolio, deben ser objeto de indemnización (¹¹). La Suprema Corte de Justicia confirmó la sentencia apelada (¹²) no sin antes rendir merecidos honores al Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, Dr. Melitón Romero, quien en su notable dictamen ha producido la más enjundiosa exposición teórica en contra de la tesis de la responsabilidad del Estado por actos legislativos (¹³).

Fuera de los litigios aludidos, existe algún otro aún en etapa inicial, promovido por algunos productores de bebidas alcohólicas que se consideran lesionados por los decretos administrativos que confirieron a la ANCAP el privilegio de la venta de cognac y de determinadas bebidas. La característica de este litigio respecto de los anteriores, consiste en que no sólo se aduce la responsabilidad del Estado por

(¹⁰) *Rev. D. P. P.*, t. 14, p. 149.

(¹¹) *Rev. D. J. A.*, t. 43, p. 144; *L. J. U.*, t. 7, p. 182.

(¹²) *Rev. D. J. A.*, t. 45, p. 6.

(¹³) *L. J. U.*, t. 9, p. 161.

acto legislativo de institución de un monopolio de Estado, sino que se impugnan los actos administrativos que confirieron a la ANCAP privilegios que, en concepto de los reclamantes, exceden de lo establecido en la ley de su creación. Por primera vez, en este litigio, se demanda no sólo al Estado, sino también a la ANCAP.

4. *Fundamentos de la tesis.*

Para fundar la tesis del deber de resarcir por parte del Estado, nuestros tribunales no han acudido a una teoría, sino, en general, a cuantas pudieran servir para justificar la tesis.

Es comprensible, por lo demás, este tipo de argumentación *ad abundantia* cuando se trata de lograr que una tesis se abra camino en el campo de la jurisprudencia.

De entre la multitud de fundamentos aducidos pueden extraerse como principales los siguientes:

a) *Teoría de la equidad.* Esta teoría fundamenta la obligación de resarcir en simples razones de equidad ⁽¹⁴⁾.

b) *Teoría del enriquecimiento sin causa.* Un antiguo escrito de Hauriou, publicado en nota al fallo del Consejo de Estado francés, de 11 de noviembre de 1919 ⁽¹⁵⁾, fundó la obligación de resarcir en el enriquecimiento indebido de parte del Estado; esta tesis tomó primer plano en la argumentación del Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno en el caso Urreta S. A. ⁽¹⁶⁾.

c) *Teoría de la igualdad ante las cargas públicas.* La tesis arranca de la doctrina del Consejo de Estado francés

⁽¹⁴⁾ Así, MAYER, *Le droit administratif allemand*, París, 1903, t. 4, p. 222.

⁽¹⁵⁾ *Sirey*, 1919, I, p. 111.

⁽¹⁶⁾ *L. J. U.*, t. 7, p. 50.

en su primer fallo favorable plenamente a la responsabilidad, consignado en el caso de las lecherías "La Fleurette" (17). Según esta tesis, la igualdad ante las cargas públicas constituye una garantía de los regímenes que, como el francés, apoyan los derechos individuales en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Cuando el Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno toma esta argumentación (18), destaca que la igualdad ante las cargas públicas no es sino un aspecto particular de la garantía de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, consignada expresamente en nuestra Constitución.

d) *Teoría de la expropiación por monopolio.* Esta tesis fué sostenida por Duguit (19). "El Estado, dice, es en cierto modo un asegurador de lo que se llama frecuentemente el riesgo social, es decir el riesgo resultante de la actividad social, traduciéndose por la intervención del Estado con prescindencia de que haya o no culpa de sus agentes". Fué desenvuelta entre nosotros, por primera vez, por el juez Dr. Garicoïts (20).

e) *Teoría de la expropiación indirecta.* Fué desenvuelta por el Dr. Amézaga en el debate de la creación del Banco de Seguros del Estado (21). Fué recogida luego por los jueces González Mourigán y Garicoïts en los fallos ya citados. Sostiene esta tesis que no puede hablarse de una verdadera expropiación, sino de una forma indirecta de ella, sin acto administrativo (22).

(17) En este sentido, DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (En dehors du contrat)*, París, 1938, ps. XIII y sigtes.

(18) *L. J. U.*, t. 7, p. 188.

(19) *Traité*, t. 3, p. 460.

(20) *L. J. U.*, t. 7, p. 43.

(21) *Op. cit.*, p. 223.

(22) *L. J. U.*, t. 7, ps. 47 y 186.

f) *Teoría de la protección constitucional de los derechos.* Esta doctrina ha sido solamente enunciada en los fallos de los Tribunales de 1^{er.} y 3^{er.} Turno. Muestra cómo la Constitución consagra la protección de determinados derechos inherentes al patrimonio humano, los que deben ser respetados por las leyes. Reproduciendo un fallo de la Suprema Corte argentina señala que la Constitución ampara "todos los intereses apreciables fuera de sí misma; fuera de su vida y su libertad" (23). El Tribunal de 1^{er.} Turno ha reforzado esta argumentación aduciendo que si en nuestro sistema constitucional se ha previsto mediante un instituto procesal propio la declaración de inconstitucionalidad de la ley, con mucha mayor razón debe admitirse la reparación cuando esos derechos individuales han sido de hecho avasallados por la ley (24).

g) *Teoría de la protección supraconstitucional.* En el fallo del Tribunal de 1^{er.} Turno se esboza también la doctrina de que existen ciertas normas supraconstitucionales que no pueden ser quebrantadas ni aún en el silencio de las Constituciones o de las leyes; la invasión del orden jurídico positivo dentro de ciertos reductos individuales colocados por encima de la Constitución, configura un signo de anti-juridicidad que reclama reparación (25).

5. *Alcance de las diversas tesis.*

Tales son, reducidas a sus últimos términos, las doctrinas en las cuales nuestra jurisprudencia ha apoyado su conclusión.

(23) *Fallos*, t. 145, p. 307.

(24) *L. J. U.*, t. 7, ps. 185 y 50, respectivamente.

(25) *L. J. U.*, t. 7, p. 188.

Puede decirse de ellas, como de la obra famosa, que todas nos han sido fieles. . . a su manera. Cada una ha cumplido su misión de poner un grano de sabiduría. Sólo sucede que la carga ha sido despareja y que no todas las contribuciones han sido de igual entidad.

Se ha dado en esta materia una curiosa coincidencia. La historia de nuestros fallos en materia de responsabilidad del Estado no es sino la historia de la jurisprudencia en todos los otros países en los cuales la doctrina ha podido prosperar.

Los tanteos de la jurisprudencia se parecen bastante a los del niño que comienza a caminar; incluso hasta porque en todas partes del mundo se procede de la misma manera, como el instinto de todos los niños los conduce de manera igual. Por si no fueran suficientes los tanteos preliminares de la jurisprudencia francesa, a la que nuestros jueces han sido siempre tan fieles, la lectura de una página de doctrina alemana ⁽²⁶⁾ nos muestra de qué manera, nuestro estilo de argumentación en poco difiere del estilo propio de la jurisprudencia alemana bajo el imperio de la Constitución de Weimar.

“La jurisprudencia ha buscado, dice Fleiner, un principio general que no tenga necesidad de ser confirmado por el legislador para cada caso particular.

“La más antigua tentativa de solución para este problema la constituye la teoría de derecho natural de la invulnerabilidad de los derechos adquiridos. Una opinión muy extendida, sobre todo en la jurisprudencia, afirma que esta

(26) FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. fran. de la Biblioteca I. de Derecho Público, París, 1933, ps. 185 y 186.

teoría contiene todavía hoy la solución general de la cuestión.

“La segunda opinión busca, por lo contrario, superar la dificultad, apoyándose sobre la garantía constitucional de la propiedad. Ella ve en ésta, una garantía del patrimonio del ciudadano y concluye que el Estado no debe indemnizar solamente en los casos en que requiera derechos privados por vía de expropiación a fin de apropiárselos, sino de una manera general, cualquiera que sea su causa, a ese patrimonio privado por una medida de autoridad.

“Una tercera opinión parte de la idea de que el principio de la igualdad jurídica prohíbe que los ciudadanos tengan que soportar cargas desiguales. Toda restricción impuesta más allá de la medida general, constituiría un “sacrificio particular” debiendo el Estado una compensación en dinero al ciudadano a quien imponga tal sacrificio. Según el principio alemán, la obligación de reparar persistiría aún en ausencia de una prescripción legal particular.

“Lígame a este punto de vista una opinión muy extendida: la que afirma que es una apropiación en el sentido del art. 153 de la Constitución Weimar toda expropiación causada al patrimonio privado por la ley o por un acto administrativo, que entraña para el Estado constitucionalmente la obligación de indemnizar.

“Una cuarta teoría, por último, enseña que el Estado no está obligado a indemnizar cuando acciona regularmente, sino en aquellos casos en que una ley instituya expresamente una obligación de reparar”.

Como se ve, se trata de las mismas líneas de argumentación, a algunos años de diferencia, en climas jurídicos enteramente distintos. La misma invocación a la equidad y al derecho natural, en sistemas jurídicos que, a diferencia de

los anglo-sajones, han abandonado la equidad como forma de fundamentación jurídica por expresa disposición de su estatuto legal; la misma alusión a normas supra-constitucionales, cuando en verdad dentro de estos sistemas normativos, nada hay más arriba de la Constitución; la misma protección de la propiedad privada, aún frente a los casos de expropiación indirecta; la misma argumentación acerca de la igualdad ante las cargas públicas, dentro de regímenes en los cuales el tecnicismo de la legislación tributaria deja todavía bastante que desear en materia de igualdad contributiva.

Pero, como más de una vez hemos procurado destacarlo en estas páginas, la jurisprudencia, como toda obra colectiva, tiene una sabiduría superior a la suma de las sabidurías individuales.

La tesis contraria a la responsabilidad del Estado ha sido refutada con sorprendente eficacia en el dictamen del Fiscal de Corte arriba aludido. Es asimismo muy digna de consideración, la tesis ⁽²⁷⁾ según la cual no existe responsabilidad del Estado, porque la ley que afecta ilícitamente el ámbito de los derechos del individuo es inconstitucional y lo que corresponde es que sea anulada por la Corte, y no convertida en una fuente de responsabilidad que va a gravitar sobre el bolsillo de todos los pacíficos ciudadanos contribuyentes. Pero lo cierto es que, hoy por hoy, en el plano de realidad en que se hallan colocadas las relaciones entre el poder y el individuo, la tesis de la responsabilidad es la que mejor contempla el libre juego de todos los intereses legítimos. El Estado acostumbra a poner los hechos consumados por delante (por supuesto que si no lo hiciera,

(27) ESPINOLA, en *Jur. A. S.*, cit., t. 63, p. 792.

rara vez podría cumplir sus fines); la responsabilidad es el complemento de su autoridad. También aquí, como en el proverbio alemán "jeder ist seine Glückes Schmied". Tanto el Estado, como el individuo, son herreros de su propia felicidad.

Los fines de la tutela de los intereses individuales se realizan eficazmente, mediante los dos sistemas de revisión jurisdiccional de la función legislativa: mediante la declaración de inconstitucionalidad de una ley a título preventivo, antes de que ella sea puesta en vigor. Pero cuando ella ha sido ya aplicada y causado un daño injusto al particular, la reparación de los daños es la consecuencia necesaria del derecho. En nada perjudica y en mucho beneficia a las relaciones entre el individuo y la autoridad, que la tutela jurisdiccional pueda prestarse en ambos sentidos. Es ésta una doble y fecunda manera de hacer efectiva una de las bases de nuestra convivencia: la contención de la autoridad pública por obra del derecho ⁽²⁸⁾.

7. *El artículo 31 de la Constitución.*

No deseamos concluir este estudio sin llamar la atención acerca de un argumento que, según nuestros medios de información, no se ha traído al debate.

Se trata del alcance del inc. 3º del art. 31 de la Constitución.

El inciso 3º del art. 31 de la Constitución dice que "cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por

⁽²⁸⁾ Así, JIMÉNEZ DE ARECHAGA (J.), *Panorama institucional del Uruguay a mediados del siglo XX*, en *Rev. D. J. A.*, t. 47, p. 217.

los daños y perjuicios que sufrieran en razón de la mora, se consume o no la expropiación”.

Cuando en el debate del Banco de Seguros se adujo la doctrina de la expropiación indirecta, sin acto administrativo específico que la consagrara, este texto constitucional no existía. Él apareció en 1934, siendo su alcance, según surge de los debates en el seno de la Asamblea Constituyente, el de proteger el patrimonio privado contra el estado de incertidumbre que depara la declaración de utilidad pública, con su bloqueo de la propiedad, sin consumarse la expropiación (29). El estado de cosas que la Constitución quiere prevenir es, virtualmente, una expropiación indirecta. Si el Estado tiene el deber de indemnizar *aún cuando no expropie*, en razón de la propia mora en realizar la expropiación, con mucha mayor razón debe indemnizar cuando expropia indirectamente, sin acto administrativo formal, pero con una efectiva confiscación material.

Pensamos que la teoría de la expropiación indirecta, hoy podría fundarse de una manera mucho más penetrante y eficaz de lo que lo fuera en 1912.

Para que la indemnización proceda no se requiere, por supuesto, que lo diga la propia ley que genera la responsabilidad. Hay responsabilidad aun en los casos en que la ley no lo diga, porque la responsabilidad no surge de la ley, sino de los hechos posteriores que la ley viene a crear. La indemnización la otorga la Constitución, aún en el silencio de la ley. O mejor aún: para el caso de silencio de la ley.

La disposición constitucional que obliga a indemnizar durante la demora de los procedimientos expropiatorios,

(29) *Actas de la Comisión de Constitución de la III Convención Nacional Constituyente*, p. 63, acta 30.

contiene mucha más sustancia jurídica de la que se ha acostumbrado a extraerle.

Siempre fué el *periculum in mora*, una preocupación del orden jurídico. No siempre se avasalla atropellando; muchas veces se logran los mismos fines haciendo agonizar lentamente, sin un solo acto de coacción material, pero con una multitud de tácitas coacciones extendidas a lo largo del tiempo.

La teoría de la expropiación indirecta halla en ese texto, según creemos, un buen pilar de sostén. Y la responsabilidad del Estado bien puede consolidar en el futuro, sobre ese sólido pilar, el armonioso edificio que en resguardo de la libertad individual ha sido levantado en el Uruguay por obra decisiva de los magistrados.

22. EL JUICIO DE EXPROPIACIÓN

SUMARIO: 1. Planteo. — 2. Nuestros textos. — 3. El art. 29 de la ley de expropiaciones. — 4. Algunos elementos de derecho comparado. — 5. Determinación en caso de disminución de valor. — 6. Determinación en caso de aumento de valor. — 7. Conclusión.

EL JUICIO DE EXPROPIACIÓN

1. *Planteo.*

El juicio de expropiación consta de dos etapas, la administrativa y la judicial, en las cuales el particular se encuentra frente al poder público en diversa posición.

En la etapa administrativa, el poder público y el particular se hallan en un plano de igualdad: son dos contratantes que pactan de igual a igual, mediante el juego recíproco de las ofertas. Producido el acuerdo en esta etapa, no hay expropiación sino venta.

Pero fracasada la etapa administrativa, la relación *horizontal* de igualdad se sustituye por una relación, que llamaremos *vertical*, de autoridad.

Se abre entonces la vía judicial de expropiación, en la cual la autoridad impone su designio de adquirir, aun en contra de la voluntad del propietario. Incumbe al proceso el cometido de mantener la igualdad de las dos partes, sin perjuicio de la superioridad del poder público en lo que atañe a la facultad de expropiar.

Pero, ¿cuál es el momento de la expropiación?; ¿en qué instante ésta, exactamente, se produce?; ¿el juez que debe

fijar el precio judicialmente, qué día ha de tomar como referencia?

Es lo que nos proponemos examinar en el presente estudio.

2. *Nuestros textos.*

Las disposiciones que en nuestro derecho deciden este asunto, son las siguientes:

1) El art. 29 de la ley de expropiaciones, de 28 de marzo de 1912.

Dice este texto:

“La indemnización deberá regularse tomando en cuenta el valor de la propiedad cuya ocupación se requiera, en la época inmediata anterior a la expropiación”.

2) El art. 3º de la misma ley, modificado por el Decreto-Ley de 15 de octubre de 1942, que establece:

“El juez, realizado el comparendo verbal sobre las bases de la diligencia del apartado anterior, cuando procede, fijará dentro del tercero día la suma global a depositar y acreditado el depósito de la misma, ordenará sin más trámite, la desocupación inmediata del inmueble, dentro del plazo de quince días perentorio”.

3) El art. 31 de la Constitución que establece:

“Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la mora, se consume o no la expropiación”.

Es dentro del juego de estas tres disposiciones que debe resolverse el punto.

Desde nuestro punto de vista la fecha que regula la tasación del inmueble, es la fecha en que, depositado el precio

fijado provisionalmente y recibido éste por el expropiado, el juzgado otorga al expropiante la posesión del inmueble.

Pasamos a dar los fundamentos de esta tesis.

3. *El art. 29 de la ley de expropiaciones.*

El art. 29 de la ley 1912 arriba transcrito, dice que “la indemnización deberá regularse teniendo en cuenta el valor de la propiedad cuya ocupación se requiere en la época inmediatamente anterior a la expropiación”.

La cuestión consiste, en consecuencia, en determinar con exactitud cuál es esa época.

El alcance de esas palabras ha sido examinado con toda exactitud en una exposición reciente por el Profesor Justino Jiménez de Aréchaga, al Banco Hipotecario del Uruguay.

Dice el Prof. Jiménez de Aréchaga:

“La Constitución de la República autoriza la expropiación, verdadera venta forzada, a condición de que en el patrimonio del expropiado ingrese un valor idéntico al que sale de él, lo que no ocurrirá toda vez que tal equivalencia no exista en el momento en que la transferencia se consuma.

“Por lo demás, eso mismo expresa la ley de 1912 al establecer que la compensación debe ser estimada atendiendo al valor del bien en el período inmediatamente anterior a la expropiación.

“La fecha de la expropiación no es la del decreto que designa el bien. Ese acto administrativo es solamente el primero de un largo proceso que puede durar años, cuya clausura se opera por la expropiación propiamente dicha, es decir con la operación mediante la cual el bien es incorporado al patrimonio de la persona pública expropiante.

“En el ínterin y toda vez que no haya expropiación la cosa parece para el propietario y es suyo el aumento de valor que en ella se produzca”.

Es éste y no otro el sentido de las palabras de la ley de 1912.

Expropiar, quiere decir, según la definición oficial más reciente, “desposeer de una cosa a su propietario, dándole, en cambio, una indemnización”.

En su acepción literal, la expropiación es un acto de *desposesión o desampoderamiento*. El bien se halla en el patrimonio del expropiado y pasa al patrimonio del expropiante mediante la desposesión.

Este vocablo consta de *ex* partícula privativa y *propio*: lo que ya no es propio, lo que ha dejado de serlo. Y es de toda evidencia que el bien deja de ser propio, es decir *se expropia*, en el momento en que el juez, previo el depósito que establece la Constitución, priva de la posesión al propietario y se la entrega al órgano expropiante.

Entre el acto administrativo que designa un inmueble y el decreto por el cual se da la posesión al expropiante pueden transcurrir muchos años.

El Estado debe pagar lo que el bien vale en el momento mismo en que toma posesión del inmueble. De no ser así la letra de la ley y su sentido quedan desnaturalizados. Ya no se pagaría el valor del inmueble *al tiempo inmediatamente anterior a la expropiación*, sino a otro tiempo, que puede distar muchísimo de aquél y que, por la fluctuación natural de los valores del mercado, deje de ser “la justa compensación” del texto constitucional.

Para que el sistema de la expropiación cumpla sus fines es necesario que la indemnización pagada al propietario le permita comprar en el mercado libre de valores inmobilia-

rios, otro inmueble análogo al expropiado. Y si el precio de la expropiación fuera el del acto administrativo, es decir, un precio de uno, dos, tres o cuatro años atrás, ya no será posible al expropiado hacer tal adquisición, pues la ley del mercado ha variado y no encontrará quien le venda en 1950 a los precios de 1947.

Si alguna duda quedara respecto de la exactitud de esta tesis, tal duda debe ser disipada con el examen del art. 31 de la Constitución.

En efecto. En el Acta n. 30 de la Comisión de Constitución ⁽¹⁾ se registran las manifestaciones del Constituyente Dr. Bado en los siguientes términos:

«El Dr. Bado expresa que conviene prever los perjuicios que se ocasionan al propietario en el tiempo comprendido entre la fecha en que se dicte el decreto de expropiación y aquella en que se da cumplimiento, anunciando la presentación de un inciso aditivo al artículo al que da lectura, y que dice así: “Cuando el Estado o los Municipios declaren la expropiación por causa de utilidad pública, indemnizarán a los propietarios mientras las obras no se realicen” ».

El Dr. Salgado opinó entonces que la proposición del Dr. Bado debía ser materia de legislación ordinaria y no de un artículo constitucional. El Dr. Escalada compartió el criterio del Dr. Bado y abundó en argumentaciones a fundamentarlo, citando casos concretos, demostrativos, a su juicio, de la necesidad de aceptar la fórmula propuesta. Se hizo una modificación formal al texto del Dr. Bado y fué aprobado por 15 votos en 20 ⁽²⁾.

⁽¹⁾ *Actas de la Comisión de Constitución de la III Convención Nacional Constituyente*, p. 63.

⁽²⁾ *Actas de la Comisión de Constitución de la III Convención Nacional Constituyente*, p. 63.

En el Acta n. 46 de la misma Comisión de Constitución, se agrega que la fórmula primitiva aprobada por la Comisión fué reconsiderada a proposición de los doctores Echegoyen y Polleri, quienes presentaron un inciso sustitutivo del propuesto por el Dr. Bado y con una modificación del Dr. Julio César Canessa, el art. 30 del Proyecto que quedó redactado en los mismos términos del art. 31 de la Constitución vigente (3).

El debate en la Asamblea Constituyente no aclaró ni modificó el sentido de ese pasaje.

Basta esta simple contribución de los antecedentes de nuestro texto constitucional, para comprender que cualquier tesis que pudiera tender a fijar como precio de la expropiación un precio del pasado y no un precio actual y presente, quebrantaría el principio constitucional y pondría los perjuicios de la demora a cargo del expropiado y no a cargo del expropiante.

4. *Algunos elementos de derecho comparado.*

Es posible hallar criterios análogos en las leyes extranjeras de expropiación (4).

Tanto el *decreto prefecticio* del derecho italiano (5), como la *sentencia de expropiación* del derecho brasileño (6),

(3) *Actas de la III Convención Nacional constituyente*, p. 106.

(4) Una amplia exposición de carácter general, en LEGON, *Tra-tado integral de la expropiación pública*, Buenos Aires, 1934, p. 508.

(5) Sobre esto, con amplísimo desarrollo, SABATTINI, *Commento alle leggi sulla espropriazione per pubblica utilità*, Torino, 1890, t. I, ps. 490 a 497.

(6) A su respecto, SODRÉ, *A desapropriação por necessidade o utilidade publica*, São Paulo, 1928, p. 52.

como la *resolución judicial* del derecho español (7), como la jurisprudencia belga (8), fijan como criterio de determinación del precio, el valor del inmueble al día de la resolución judicial dando la posesión del mismo al Ente expropiante.

La jurisprudencia argentina ofrece, en esta materia, una lección muy curiosa. Los fallos publicados en los últimos tiempos, examinados en su conjunto, brindan, en los hechos, una interpretación favorable a los intereses del poder público, reduciendo normalmente las sentencias de última instancia, la indemnización a acordarse al expropiado. Pero no bien se entra a examinar cada uno de esos fallos en procura de la tesis sustentada en el plano jurídico, no económico, se advierte la coincidencia con las ideas que aquí se vienen exponiendo.

La Suprema Corte argentina decidió esta cuestión en su fallo del 21 de mayo de 1945 en autos promovidos por el Gobierno de la Nación contra Teófilo Arricaud.

Se trataba del caso de un inmueble que se había ofrecido en el año 1939 al Gobierno en la suma de pesos 30.000.00. La Corte debió examinar los distintos dictámenes periciales y sostuvo que el parecer técnico debe fijarse con relación a los valores *en la fecha de la desposesión* en el año 1941 (9).

La Suprema Corte volvió sobre la cuestión el 20 de abril de 1946 en un caso en el cual no se había podido determinar con exactitud el momento en el cual la administración ocupó el inmueble.

Dice entonces la Corte: "Que hallándose los demanda-

(7) Así, TORT Y MARTORELL, *Tratado general de expropiación*, Barcelona, 1888, p. 262.

(8) Referencias en SABATTINI, *op. cit.*, p. 490.

(9) *La Ley*, t. 39, p. 37.

dos de acuerdo con la expropiación y manifestándose por ellos que el actor ya se encontrába en posesión de la tierra cuya expropiación se demanda . . . ha de fijarse el monto de la indemnización de acuerdo a los valores en ese momento económico, como lo tiene resuelto esta Corte Suprema en *Fallos*, t. 176, p. 363. La venta de los terrenos restantes linderos con el expropiante y por tanto con la avenida nombrada, se efectuó el 31 de enero de 1943. El precio ha de referirse, pues, a esa época" (10).

En su sentencia del 6 de mayo de 1946, la Suprema Corte de la Nación Argentina vuelve a analizar este mismo problema.

En el caso en discusión, las partes estaban de acuerdo en que la ocupación del inmueble expropiado se había producido en el año 1934. Y dice la Corte: "Que reconocido por ambas partes que la ocupación se produjo en 1934, es con sujeción a los valores y circunstancias de esa época que la indemnización debe fijarse. Se trata de resarcir de aquella desposesión, pues desde que ocurrió tuvo derecho el propietario desposeído a reclamar lo que demanda en estos autos" (11).

La Cámara Civil Segunda de la Capital, en su fallo de fecha 24 de junio de 1944, en autos promovidos por Alcides Vocazzi contra la Municipalidad de Buenos Aires, sostuvo que el precio del bien expropiado salvo casos excepcionales se fija al tiempo en que fué incorporado al dominio público.

El fallo de la Cámara en este caso tiende a resolver el problema de cuál debe ser el valor de indemnización de una

(10) *La Ley*, t. 42, p. 208.

(11) *La Ley*, t. 42, p. 842; *J. A.*, 1946, II, 115.

fracción que se había transformado en vía pública en el año 1913, esto es, hacía más de treinta años. Se fijó como fecha, entonces, el tiempo de la incorporación al dominio público de dicha calle ⁽¹²⁾.

Más categórico todavía ha sido el pronunciamiento de la Cámara Federal de la Capital de 12 de mayo de 1944, en autos seguidos por el Gobierno Nacional contra Heriberto Schulze ⁽¹³⁾.

En este caso el Fisco había fijado como valuación la suma de \$ 204.500.00. La Cámara Civil fija al considerar el valor del inmueble al tiempo de la desposesión, una indemnización de \$ 318.286.00.

La Cámara Federal de la Capital Argentina en su fallo de 20 de marzo de 1946, se enfrenta con el mismo problema y lo resuelve con el siguiente concepto: "El precio a pagar es el que tiene la cosa en el momento de la toma de posesión del inmueble al cual retrotraen sus efectos las sentencias, para la transferencia del cómputo de intereses.

"El precio que la parte pretende no sería el justo precio que la ley autoriza a reconocer y que la jurisprudencia ha consagrado de larga data, como no lo fuera en el caso inverso de disminución de valor de la propiedad" ⁽¹⁴⁾.

La misma Cámara Federal en su fallo de 3 de julio de 1946 vuelve a enfrentarse con el problema y lo resuelve en los siguientes términos: "Es en presencia de expresos mandatos de la ley, que la jurisprudencia, interpretando

⁽¹²⁾ *La Ley*, t. 35, p. 743.

⁽¹³⁾ Este fallo aparece publicado en *La Ley*, t. 34, p. 338, en *J. A.*, año 1944, p. 394, y en *Gaceta del Foro*, t. 170, p. 419.

⁽¹⁴⁾ Corte Suprema, *Fallos*, t. 80, ps. 219 y 432; *Gaceta del Foro*, t. 80, p. 47; *J. A.*, t. 65, p. 828 y *La Ley*, t. 28, p. 63. Este fallo se halla publicado en *La Ley*, t. 42, p. 224.

fielmente su letra y su espíritu, ha consagrado invariablemente que la indemnización en todos los casos de expropiación debe hacerse sobre la base del valor real de la cosa a la fecha del juicio. La uniformidad de criterio en este sentido, ha creado un precedente con carácter de doctrina. Bastaría examinar los anales de jurisprudencia para reconocer la verdad de lo expuesto" (15).

Examinando el fondo mismo de estos fallos, ya sea que ellos aumenten o disminuyan el monto de la indemnización, se advierte una motivación aparentemente correcta. Pero esa jurisprudencia reclama un examen más profundizado.

Lo que ocurre, en los hechos, es lo siguiente: en períodos de depresión económica, la demora en los trámites administrativos de expropiación se proyecta sobre el particular en términos perjudiciales. Fijado el valor del inmueble con relación al precio que él tenía en el momento del acto administrativo, ocurre en los hechos que la Administración paga por el bien un precio que no coincide con su valor al tiempo de la posesión decretada judicialmente. Pero en momentos de elevación de los valores, la demora lesiona al particular, pues al ser ocupado el inmueble por la Administración en virtud del decreto judicial, el dueño habría podido lograr, en el mercado libre de valores, un precio superior (en los últimos años muy superior) al valor que él tenía uno o dos años antes en el momento del acto administrativo disponiendo la expropiación.

A nuestro modo de ver se trata de dos situaciones dife-

(15) Corte Suprema, *Fallos*, t. 181, p. 36; t. 136, p. 124; Cámara Federal, en *J. A.*, t. 61, p. 592; t. 62, p. 39; Cámara Civil de la Capital, en *J. A.*, t. 43, p. 1018; t. 65, p. 828; t. 50, p. 448. Este fallo aparece publicado en *La Ley*, t. 43, p. 51.

rentes, que traen aparejados dos problemas diferentes que deben ser examinados por separado.

Es lo que trataremos de hacer a continuación.

5. *Determinación en caso de disminución de valor.*

Cuando transcurre un largo período de tiempo entre el acto administrativo designando el bien para expropiación y el decreto judicial que dispone el depósito del precio y entrega la posesión al expropiante, los riesgos que de ese hecho deriven deben ser siempre de cargo de la Administración; pero ello por dos motivos diversos.

Si el valor del inmueble ha disminuído, la diferencia entre ambos valores o cuando menos una parte de ella, debe ser cubierta por la Administración a título de indemnización, no a título de precio.

El decreto administrativo de expropiación impide, virtualmente, al propietario, enajenar el inmueble. Conocido el acto administrativo, nadie quiere adquirir un bien para seguir un pleito. Se produce, entonces, como consecuencia de la designación, un verdadero bloqueo de la propiedad.

Dentro de nuestro derecho, el perjuicio que eventualmente pudiera derivar de ese bloqueo, es de cargo de la Administración, por imperio del art. 31 de la Constitución.

El precio a fijarse judicialmente será, en todo caso, el precio del día de la toma de posesión decretada judicialmente; pero si ese precio fuere inferior al del día del acto administrativo "se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la mora", según el texto constitucional ya transcrito.

Son, pues, dos títulos diferentes, los que integran la suma a percibirse por el expropiado: una parte a título de

precio fijado al día de la posesión decretada judicialmente; otra parte a título de indemnización por la mora.

6. *Determinación en caso de aumento de valor.*

Si entre el acto administrativo y el decreto judicial se ha producido una elevación de los valores, el precio debe fijarse, por las razones dadas más arriba, tomando como referencia el día de la posesión judicial.

En este caso, el expropiado debe recibir el precio que habría recibido, en el mercado libre de valores, en el momento en que el dominio pasa de su patrimonio al del poder público.

Lo curioso de esta situación es que los fallos de la jurisprudencia argentina, que en la mayoría de los casos han sido adversos a los intereses del expropiado, cuando ha habido disminución de valor en el mercado de inmuebles, por los motivos dados en el parágrafo precedente, sirven para fundar teóricamente la tesis que venimos desarrollando.

7. *Conclusión.*

En rigor de verdad podemos afirmar que ningún texto extranjero es tan claro como el nuestro en el sentido de que el precio debe fijarse con relación al instante *en que la expropiación se consuma*; y el instante de la expropiación, a estar al sentido de los términos, es aquel en que el bien se *expropiá*, o sea aquel instante en que deja de ser propio de su dueño para hacerse propio del poder público.

Cuando la Suprema Corte argentina o sus tribunales deben examinar el problema que sus autores denominan "el momento de la expropiación" deben acudir a principios de

carácter general extraídos de las garantías generales de la Constitución en cuanto a la incolumidad de la propiedad privada.

En nuestro país, en nuestro concepto, la única tesis correcta es aquella que no remita hacia el pasado, sino que sitúe en el presente el precio de la expropiación y la indemnización debida por la mora. Debe, pues, dentro de nuestro sistema legal, rechazarse la tesis que dé al dinero un valor que ya no tiene; la tesis que entregue al expropiado una suma que no le servirá para adquirir otro bien análogo; la tesis que ya no otorgue “la justa compensación” establecida en el texto constitucional

23. EL JUICIO DE ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA

SUMARIO: 1. Un texto de la Comisión Revisora. — 2. Las fuentes inmediatas. — 3. Las fuentes mediatas. — 4. Implantación en el Código. — 5. Entrega de la herencia y desalojo. — 6. Inutilidad actual del instituto. — 7. Confrontación con el art. 3457 del Código Civil argentino. — 8. Conclusión.

EL JUICIO DE ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA

1. *Un texto de la Comisión Revisora.*

Los procedimientos de entrega efectiva de la herencia legislados en nuestro Código en los arts. 1304 y 1308, constituyen una aparición realmente inesperada dentro de nuestro panorama legislativo.

El proyecto Requena no tenía ninguna previsión a este respecto, pues la entrega de la herencia se regía por los principios generales de derecho. Fué la Comisión Revisora la que insertó, a último momento, estos artículos. Dió cuenta de ello en el Informe elevado al Poder Ejecutivo ⁽¹⁾. Pero en los libros de Actas no se dan razones sino que se incorpora, simplemente, el texto aprobado por la Comisión ⁽²⁾.

2. *Las fuentes inmediatas.*

Se ha sostenido que la fuente de nuestro texto debe buscarse en los artículos 1054 y siguientes del Código de

⁽¹⁾ Capítulo V, p. 13, edic. 1931.

⁽²⁾ *Actas de la Comisión Revisora del Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1944, p. 382.

Procedimiento Civil de Chile concordante con las disposiciones de los arts. 688 y siguientes del Código Civil de ese país (3).

Pero no parece que pueda tomarse como fuente de un texto legal lo que pudiera ser, apenas, un motivo de inspiración.

La ley chilena contiene, efectivamente, una serie de previsiones tendientes a la dación de la posesión efectiva de la herencia. Pero no existe ni una sola norma que como verdadera fuente pueda evocar la de nuestro derecho.

Es indispensable, en consecuencia, admitir que nuestro legislador ha innovado en esta materia y que no podemos utilizar más antecedentes que los que surjan de la letra de la ley y del contexto general de nuestro Código de Procedimiento.

3. *Las fuentes mediatas.*

Parece, en cambio, más exacta la interpretación que liga directamente este instituto con la *quorum bonorum* romana.

Una investigación de los textos clásicos nos muestra con bastante nitidez la fidelidad de nuestro legislador a la fórmula contenida en el Libro 43 título II del *Digesto* y al Libro VIII título 3º del *Código* de Justiniano.

Se observa entre nuestra ley y los textos romanos, una afinidad muy clara en el sentido de que la vía procesal se configura en forma de interdicto una vez que se ha registrado la actividad del tercero que se opone a la posesión del heredero.

(3) DE LA HOZ, *Jur. A. S.*, t. 14, c. 3287.

En el texto del Digesto se dice, recogiendo una nota de Ulpiano al Edicto consignado en el Libro 67: "Este interdicto es restitutorio, y se refiere a la universalidad de los bienes, no a cada una de las cosas; se llama *quorum bonorum* y es para adquirir la posesión de la universalidad de los bienes".

Se advierte aquí claramente, que el interdicto no procura el rescate de un bien individual, sino "los bienes hereditarios" en su integridad. Es la misma fórmula del artículo 1304 de nuestro Código, y lleva la propia denominación del instituto, es decir, entrega efectiva *de la herencia*.

Un comentario de Paulo al Edicto, Libro 20, aclara: "Por el interdicto *quorum bonorum*, no se obligan los deudores de la herencia, sino solamente los poseedores de las cosas corpóreas" (4).

Es sumamente llamativo que cuando se busca en el Código de Justiniano este instituto, sólo se mencionan algunos rescriptos que dicen relación exclusivamente al interdicto de *quorum bonorum entre coherederos*, o ante herederos excluidos por un grado anterior (5).

4. *Implantación en el Código.*

La exigüidad de las fuentes históricas, impone, pues, que examinemos el instituto de la entrega efectiva de la herencia, en su implantación sistemática dentro del contexto de nuestra legislación.

Sólo de ese modo, mediante un análisis del instituto

(4) Versión KRIEGL, HERMANN, OSENBRÜGEN, trad. esp., Barcelona, 1897, t. 3, p. 406.

(5) *Op. cit.*, t. 5, p. 202.

dentro del sistema total del Código, es que podremos determinar su exacto significado.

En un examen de esta índole, la primera conclusión que se extrae es la de que al heredero que no ocupa efectivamente los bienes, no se le puede dar una vía procesal que configure un privilegio superior a los que pudo haber tenido su causante como propietario o poseedor.

No hay que perder de vista que la entrega efectiva de la herencia, tal como ha sido instituida en nuestra ley, constituye un procedimiento casi policial, por virtud del cual el heredero logra lo que es suyo sin tener que seguir ni siquiera el trámite de las acciones posesorias de conservar o de recuperar la posesión. Para nuestra ley, la entrega efectiva de la herencia consiste, sumariamente, en una intimación dada *inaudita altera pars* y para el caso de que no mediara oposición, en un mandamiento judicial que se cumple por la fuerza frente al tercero. Sólo en el caso de que hubiera oposición, se sustanciará en la vía de los interdictos de conservar o de recobrar la posesión.

Esta primera observación constituye el punto de partida de este instituto.

Esta acción no procede cuando un tenedor de un bien hereditario se resiste a entregarlo en virtud de un título que lo autoriza a retener la cosa; por ejemplo, un contrato de arrendamiento o comodato, o el derecho de retención invocado por el depositario. En estos casos procede la acción de entrega de la cosa o de desalojo, pero no la de entrega efectiva de la herencia ⁽⁶⁾.

Al fin y al cabo, esto es lo que establece el art. 660: C. C. cuando dice que el heredero tiene y está sujeto a

(6) ARLAS, *Apuntes de derecho procesal*, Montevideo, 1944, p. 35.

las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor si viviese.

La idea de que no puede el heredero tener mejores derechos que su causante para poder ocupar los bienes que integran la herencia, resulta una natural imposición del art. 776: C. C., según el cual el heredero recibe el patrimonio con todos sus privilegios y sus cargas.

El heredero, como el comprador, como el cesionario, en su calidad de sucesores de quienes han recibido la propiedad, la toman, aun en las condiciones meramente subjetivas, tal como la tenía su causante.

“Todos los derechos, se ha dicho, y todas las obligaciones, pasan sin modificación alguna y pasan inmutables. Por eso, relaciones como las de la posesión, que tienen su carácter de una condición subjetiva del titular, se transmiten idénticamente al heredero. La posesión continúa de derecho en la persona del heredero y en ella continúa teniendo las cualidades de buena o de mala fe que tenía el causante, no obstante hallarse el heredero en condición subjetiva diferente” (7).

No puede, pues, admitirse que la acción de entrega efectiva de la herencia, permita al heredero disfrutar de un privilegio que no tenía su autor.

5. *Entrega de la herencia y desalojo.*

Se trata de saber, en consecuencia, si el heredero que no ha tenido la posesión efectiva de la herencia, puede elegir esta vía procesal para rescatarla de su ocupante.

No parece dudosa la respuesta negativa. Sin necesidad

(7) DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, t. 3, n. 127.

de prejuzgar acerca del título del tercero, siempre habría que admitir que el causante nunca habría podido expulsarlo sin acudir a las vías legales.

Por las siguientes razones:

Si se trata de un poseedor, que detenta el inmueble desde hace más de un año (C. C.: 662; C. P. C.: 1175), la acción que corresponde es la reivindicatoria.

Si se trata de un perturbador de la posesión ajena (C. C.: 669; C. P. C.: 1176), la acción que corresponde es el interdicto de amparo.

Si se trata de un comodatario, que ocupa el bien por ignorancia o mera tolerancia del dueño (C. C.: 2238), la acción que corresponde es la de desalojo.

Si se trata de un cuidador o guardador con familia que ha trabajado al servicio del dueño (C. C.: 1837), tiene las garantías que le acuerda el Estatuto del Trabajador Rural, instituido por ley de 16 de octubre de 1946, o sean, el desalojo, la indemnización, suministro de transporte, etc. (arts. 21, 22 y 23).

Como se ve, en ninguna de las situaciones imaginables, el tercero que ocupe un bien inmueble rural de largo tiempo atrás, puede ser expelido de él, sin las garantías que la ley le otorga.

Si el causante no podría expulsarlo, tampoco podría hacerlo el sucesor.

6. *Inutilidad actual del instituto.*

Debe preverse como refutación a la tesis expuesta la de que con ella, el instituto de la entrega efectiva de la herencia queda casi sin aplicación práctica en el Código de Procedimiento Civil.

El instituto de la entrega efectiva de la herencia, ha dicho Lagarmilla ⁽⁸⁾, es un caso raro dentro de nuestro derecho, casi sin antecedentes, sin bibliografía y sin jurisprudencia. Es por este motivo que en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, de 1945, hemos suprimido esta institución, por considerarla innecesaria involucrando los derechos del heredero, dentro de los derechos comunes del que pretende el amparo o la recuperación de su propiedad.

El juicio de entrega efectiva de la herencia tiene un campo bien específico de aplicación; pero él es tan restringido que, por tal motivo, contribuye a quitarle entidad procesal propia.

7. *Confrontación con el art. 3457: C. C. argentino.*

El art. 3457 del C. C. argentino establece: "La acción de petición de herencia se da contra un pariente del grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los parientes más próximos; o bien contra un pariente del mismo grado, que rehusa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él".

Creemos, dice Nario en su monografía ya citada, que en el artículo transcrito se contemplan todos los casos contra quienes procede la acción de petición de la herencia. Ambas acciones, la de petición y la de entrega efectiva de la herencia, añade, son semejantes en cuanto a que tienen origen sucesorio. Difieren, solamente, en cuanto a la persona del demandado y en cuanto al procedimiento ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Prólogo al libro de NARIO, *De la entrega efectiva de la herencia*, Montevideo, 1941, p. 10.

⁽⁹⁾ NARIO, *op. cit.*, p. 95.

Analizando a fondo el contenido de la entrega efectiva de la herencia, se advierte que ella constituye la vía ejecutoria de la acción que puede promover un heredero contra otro de grado posterior excluido por él, o contra un heredero que detenta exclusivamente la herencia.

Quien tiene la posesión de la herencia creyéndose heredero y resulta excluido por un heredero de grado más próximo, no conserva ya, una vez acreditada la condición del heredero excluyente, ningún título para la detentación de los bienes. Es un tercero, en el sentido de la ley. Ésta ha querido facilitar la acción del heredero excluyente contra el heredero excluido, dándole esta acción sumarísima.

Pero no parece que pueda ensancharse su radio de aplicación. No parece, por ejemplo, que pueda instaurarse contra aquellos a quienes el causante no habría podido expulsar en vía sumarísima, por las razones ya anotadas. Y no parece, tampoco, que sea necesario imponer al heredero esta vía procesal, cuando se está en presencia de simples intrusos que incurren en el delito de ocupación de la propiedad ajena, a que se refiere el art. 354: C. P., cuando tales intrusos deben ser expulsados por la simple vía policial ⁽¹⁰⁾.

8. *Conclusión.*

El juicio de entrega efectiva de la herencia no es, ni más ni menos, que *un amparo de la condición de heredero*.

Muchos siglos después del Edicto que comentaba Ulpiano, podemos repetir con él: "De aquellos bienes, cuya posesión fué dada por virtud de mi Edicto a uno, debes

⁽¹⁰⁾ *La nueva ley de arrendamientos y desalojos. Debate en la Cámara de Diputados*, p. 147.

restituirle lo que de los mismos bienes poseyeres como heredero o como poseedor, si nada hubiese sido usucapido, y lo que con dolo malo hiciste que dejara de poseer”.

La condición del tercero, en nuestro derecho, es exactamente la misma condición del tercero en el texto ya citado de Paulo. Si el poseedor de las cosas corpóreas no podía ser expelido por el causante, tampoco podrá serlo por el heredero. Y esto, por la sencilla razón de que la acción de entrega efectiva de la herencia no es un medio legal de crear privilegios jurídicos, sino de mantener los que el autor tenía.

24. EL PROCEDIMIENTO VERBAL ANTE LOS JUECES DE PAZ

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: 1. Problemas a estudiar. -- 2. Parte general y parte especial. — *Primera parte: RÉGIMEN JURÍDICO DEL JUICIO VERBAL*. — *Capítulo I. EL TEXTO ACTUAL Y FUENTES*: 3. Disposiciones que rigen el juicio verbal. — 4. Derecho colonial. — 5. Derecho intermedio nacional. — 6. Valor de estos antecedentes. — *Capítulo II. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO VERBAL*: 7. Planteo. — 8. Configuración como proceso de equidad. — 9. Configuración como proceso de derecho estricto. — 10. Necesidad de armonizar ambas tendencias. — *Capítulo III. CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO VERBAL*: 7. Planteo. — 8. Configuración como proceso de equidad. — 9. Configuración como proceso de derecho estricto. — 10. Necesidad de armonizar ambas tendencias. — *Capítulo III: CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO VERBAL*: 11. Carácter ordinario o extraordinario del juicio verbal. — 12. Conclusiones de la Asamblea de 1908. — 13. Carácter extraordinario del procedimiento. — 14. Conclusiones. — 15. Confrontación de estas conclusiones. — 16. Antecedentes conformes. — *Segunda parte: DESARROLLO DEL JUICIO VERBAL*: 17. Programa. — *Capítulo I. LA CITACIÓN*: 18. Formas de la citación. — 19. Entrega bajo recibo. — 20. Notificación fuera del lugar del juicio. — 21. Reiteración. Consecuencia de la citación. — *Capítulo II. LA AUDIENCIA A PRUEBA*: 22. Personas presentes en la audiencia. — 23. Asistencia letrada. — 24. Representación. — 25. Defensa por procurador. — 26. Desarrollo de la audiencia. — 27. La conciliación. — 28. Contratos en actos de conciliación. — 29. Continuación de la audiencia. — *Capítulo III. LA AUDIENCIA A PRUEBA*: 30. Insuficiencia de los textos legales. — 31. Mecanismo de la prueba en el juicio verbal. — 32. Plazo entre las audiencias. — 33. Anticipación de la prueba. — 34. Facultades del juez. — 35. Prueba fuera del lugar del juicio. — 36. Funcionamiento de la audiencia de prueba. — 37. Formas del interrogatorio. — 38. Interrupciones al testigo y preguntas. — 39. Tachas de los testigos. — 40. Los alegatos. — 41. Conclusión de la causa. — *Capítulo IV. LA SENTENCIA*: 42. Forma de la sentencia. — 43. Notificación de la sentencia. — *Capítulo V. LOS RECURSOS*: 44. Sentencias apelables e inapelables ante los jueces de paz. — 45. Formas de la apelación.

EL PROCEDIMIENTO VERBAL ANTE LOS JUECES DE PAZ

INTRODUCCIÓN

1. *Problemas a estudiar.*

Antes de entrar al estudio del tema debe aclararse, que sólo habrán de considerarse los problemas *procesales*, relativos a la justicia de paz. Queda alejada de este examen toda la materia de la organización y competencia de los mismos, que ha sido ya objeto de un estudio anterior ⁽¹⁾.

Dentro de ese conjunto de problemas, sólo habrán de considerarse los atinentes al método verbal; quedan también alejados del estudio los problemas del método escrito que se sigue ante los Jueces de Paz, por aplicación del precepto contenido en el inciso final del art. 81: C. O. T.

Y por último, dentro de esos problemas del procedimiento verbal, sólo serán considerados los relativos al proceso civil, prescindiéndose del cúmulo de instituciones procesales relativas al derecho penal, administrativo y rural.

⁽¹⁾ *Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales*, t. 1, ps. 14 y sigtes.

2. *Parte general y parte especial.*

El estudio comprende dos partes:

La primera tiende a fijar los conceptos anteriores a toda consideración concreta de los problemas del procedimiento verbal. Se intenta allí determinar la historia, la naturaleza y el contenido del método verbal.

La segunda parte se refiere a los problemas concretos: los que han preocupado ya a nuestra jurisprudencia y los que, aun sin soluciones expresas, son objeto de dudas y de vacilaciones en la práctica procesal de esta magistratura menor.

Quisiéramos aclarar que la primera parte, no está inspirada tan sólo en un ansia de información. Sucede en esta materia que la legislación es tan confusa, tan equívoca y omisa, que el intérprete necesita un hilo conductor para moverse en la maraña de disposiciones. Sólo un estudio cuidadoso de los antecedentes de este procedimiento en nuestro país, puede ofrecer una relativa seguridad de orientación. Es menester, pues, comprender a qué realidad histórica y a qué intentos corresponden los dos brevísimos capítulos del Código en esta materia.

Sólo después de una sumaria investigación histórica y un examen de la naturaleza ordinaria o extraordinaria de este procedimiento, se podrán encauzar las soluciones concretas en un terreno que les sea propio.

El derecho anterior así investigado, será, pues, necesariamente, derecho subsidiario en aquellos casos de omisión o insuficiencia de la ley. Ese es, por lo menos, el criterio que inspira muchas de las soluciones que habrán de admitirse.

PRIMERA PARTE

RÉGIMEN JURÍDICO DEL JUICIO VERBAL

CAPÍTULO I

EL TEXTO ACTUAL Y SUS FUENTES

3. *Disposiciones que rigen el juicio verbal.*

El procedimiento oral ante los jueces de paz, se halla establecido en los arts. 583 a 588 y 610 a 623: C. P. C.

Dichos artículos reproducen con levísimas variantes, los arts. 564 a 569 y 591 a 606 del Proyecto Requena.

Apenas una modificación que aparece en el art. 610, incs. 1 y 2 y la supresión de dos artículos inútiles (592 y 607 del proyecto, relativos a mojones y delitos, respectivamente) hacen diferir en algo uno de otro texto.

No hay, pues, elementos de importancia que inviten a investigar en el seno de las deliberaciones de la Comisión Revisora. Los antecedentes del Proyecto Requena serán los que pueden brindar algunos puntos firmes de referencia en la labor del investigador.

4. *Derecho colonial.*

Esos antecedentes consisten en el conjunto de disposiciones legislativas y administrativas vigentes en el país en el período intermedio entre la colonia y la codificación.

El régimen colonial no conoció la institución de los actuales jueces de paz. Su menor magistratura consistía en los Alcaldes de Hermandad.

Estos últimos, cuyas funciones eran predominantemente policiales, entendían sin embargo en asuntos civiles menores de cincuenta pesos. Eran designados anualmente por el Cabildo y su función era menos urbana que rural ⁽²⁾.

Se ha afirmado que la justicia de paz, tal como aparece en nuestros países, no es de origen español, sino inglés ⁽³⁾.

No parece que pueda hacerse esta afirmación con relación a nuestro país.

La *justice of peace* inglesa es una institución tan característica que sus particularidades no se reproducen en ninguna otra parte del mundo. Lo que en la generalidad se acostumbra a denominar justicia de paz, aparece en Inglaterra como competencia característica de la *County Court*.

Los jueces de paz ingleses, hombres o mujeres, desempeñan una magistratura de carácter normalmente honorario y honorífico: no se puede aspirar a un cargo de esta índole sino poseyendo una fortuna inmueble importante, o siendo primogénito heredero presunto de un par del Reino o de un miembro de la Cámara de los Lores. Tienen funciones de jueces de instrucción aun en delitos graves, actúan como jueces de policía, y les incumbe decidir exclusivamente si hay lugar a la formación de proceso plenario penal (*trial by jury*).

Por el contrario, la *County Court* entiende en procesos

⁽²⁾ IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina*, ps. 4 y sigtes.; SOLORZANO, *Política indiana*, ps. 513 y sigtes.; LEVENE, *Introducción a la historia del derecho indiano*, ps. 127 y sigtes.; JOFRÉ, *Causas instruídas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII*, Introducción, p. VIII.

⁽³⁾ JOFRÉ, *Manual*, t. 1, p. 161, apoyado en GLASSON, *Traité de procédure civile*, t. 1, p. 63 y SELIGMAN, *Les réformes dans notre procédure civile*, ps. 225 y sigtes.

civiles hasta de cincuenta libras esterlinas y sus fallos admiten apelación para ante la Corte (4).

Nuestra justicia de paz, sin duda, es fruto característico de las instituciones coloniales, transformadas de acuerdo con las exigencias de la incipiente organización nacional. Ella se forjó en ese *derecho intermedio* que rigió entre la colonia y la codificación.

5. *Derecho intermedio nacional.*

De ellos se habla por primera vez, en el art. 6º de la Ley promulgada el 17 de octubre de 1826 (5), que suprime los Cabildos, que crea la justicia letrada y que, incidentalmente, establece que "A más de los Jueces de 1ª instancia, queda autorizado el Gobierno para nombrar uno o más Jueces de Paz en cada partido, cuyas facultades se detallarán por un Reglamento que presentará oportunamente a la Sala".

Es sabido que ese período de formación del país, se caracterizó por el lento proceso de adaptación de los órganos administrativos en medio de un cúmulo de problemas de carácter general: la necesidad de aumentar la población que apenas ascendía a 80.000 almas; reorganizar la producción ganadera; difundir la enseñanza; proscribir la esclavitud y afrontar los graves problemas económicos del momento (6).

Existe, sin embargo, un curioso paralelismo entre la ley

(4) Más ampliamente PICOT, *Les justices de paix à l'étranger*, París, 1901. Asimismo YENKS, *El derecho inglés*, trad. esp., Madrid, 1930, p. 84.

(5) Colección ARMAND UGON, ARCOS FERRAND, CERDEIRAS ALONSO y GOLDARACENA (en adelante será referida *Col. ARMAND UGON*), t. 1, p. 30.

(6) ACEVEDO, *Anales históricos del Uruguay*, t. 1, p. 32.

uruguaya de supresión de cabildos y la dictada para ese mismo fin en la Provincia de Buenos Aires de fecha 24 de diciembre de 1821. Pasajes casi literalmente transcritos, la misma finalidad y las mismas soluciones permiten afirmar, sin vacilación, que la fuente de nuestro texto de 1827, es la aludida ley de Buenos Aires. Pero en materia de jueces de paz, la ley argentina confería a estos magistrados las anteriores funciones policiales de los Alcaldes de Hermandad, aunque "fueron tales los abusos que cometieron erigiéndose en amos de vidas y haciendas, que aún perdura en la campaña el terror que inspiraron y que atestigua la literatura popular" (7).

En cuanto al procedimiento, quedó establecida tal como lo dispuso la ley de 1827, dada por el gobierno de Canelones desempeñado a la sazón por Suárez y Giró (8).

Más tarde, la Junta de Representantes aprobó el Reglamento dado por el Poder Ejecutivo, por ley 27 de mayo de 1837 (9).

No es muy abundante la documentación oficial respecto del funcionamiento de esa judicatura, pero puede reputarse que continuó sus funciones por prolongado tiempo.

Así, p. ej., en el año 1874 se podía considerar existente y en actividad, pues un antiguo Acuerdo del Tribunal Supremo hace alusión a ella (10), en términos que presuponen su función regular.

(7) SABATTINI, *El procedimiento civil en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1937, p. 10.

(8) Col. ARMAND UGON, t. 1, ps. 35 y 62. Algunas modificaciones en el Reglamento, fueron impuestas por el Reglamento General de Justicia de 10 de agosto de 1829, aunque en esta materia la reforma es superficial (Ver Col. ARMAND UGON, t. 1, p. 114).

(9) Col. ARMAND UGON, t. 2, p. 136.

(10) REYES, *Acordadas de la Suprema Corte de Justicia*, p. 170.

De ese régimen se pasó, casi sin transición, en 1878, al Código de Procedimiento Civil.

6. *Valor de estos antecedentes.*

De este brevisimo desarrollo histórico puede extraerse una conclusión que habrá de ser reiteradamente utilizada: que el régimen del C. P. C. tiene su fuente mediata en la legislación del período intermedio nacional, esto es, el posterior a la colonia y anterior a la etapa de codificación.

Poca contribución pueden ofrecer, pues, la doctrina y el derecho comparado relativo a otros países ⁽¹¹⁾ si se tiene en cuenta que este régimen surgió como una necesidad de las incipientes exigencias de un medio jurídico rudimentario, en un país que a mediados del siglo pasado apenas comenzaba a adquirir las formas propias de la nacionalidad.

CAPÍTULO II

NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO VERBAL

7. *Planteo.*

El problema de la naturaleza jurídica de este procedimiento consiste en saber si la judicatura de paz funciona en

(11) Para la legislación comparada en esta materia puede consultarse el libro de PICOT, ya mencionado: *Les justices de paix à l'étranger*, París, 1901. La literatura francesa es copiosa en este punto. Un amplio tratado teórico y práctico, de resumen legislativo y fórmulas de aplicación, es el de SEGERAL, *Code-Pratique de la justice de paix en matière civile*, 6ª edic., 2 vols., París, 1894. El resto de la literatura extranjera obedece, sin excepción, a particularidades del régimen nacional. Con referencia a nuestro país, no existe un estudio orgánico. Pueden consul-

este régimen como una justicia de derecho o una justicia de equidad.

Es cierto que nuestro régimen no conoce la distinción del derecho anglo-sajón de derecho en sentido estricto y equidad; magistraturas de labor jurídica (*ex debito justitiae*) y magistraturas de conciencia (*keepers of the King's conscience*). Pero es también cierto que el art. 606: C. P. C., estatuye que los alcaldes conocerán como *árbitros*, lo que ha hecho pensar a De María ⁽¹²⁾ que se trata de una justicia discrecional en la cual el juez no está propiamente obligado a aplicar las leyes, sino que hace derecho con arreglo a los dictados de su conciencia.

El punto en estudio consiste en saber si también debe hacerse extensiva a los jueces de paz esa característica de la justicia de distrito.

8. *Configuración como proceso de equidad.*

Algunos antecedentes invitan a pensar de manera afirmativa.

Así, p. ej., el art. 620 crea la posibilidad de que el juez de paz, antes de fallar, tome parecer de otras personas. Y al consagrar esa regla, el texto no establece que se tome parecer de asesores letrados, tales como existían aún para los Alcaldes de primero y segundo voto del período colonial,

tarse las páginas de GALLINAL, *Manual*, t. 2, pág. 46, y los trabajos publicados en *Rev. D. J. A.*, t. 8, ps. 162 y 180, de LÓPEZ LOMBA y t. 8, ps. 225, 260 y 305 de BRIGNOLE. De este mismo autor, pueden consultarse las ilustrativas notas publicadas en dicha *Rev. D. J. A.*, t. 9, ps. 145, 161, 209, 245, 258 y t. 10, p. 221.

⁽¹²⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 2, p. 355. Véase, asimismo, el fallo de la Corte, en *Jur. A. S.*, t. 1, p. 591. También BAJAC, *Anotaciones*, p. 134.

sino que el parecer o consejo privado puede recabarse "de hombres de buena razón y probidad".

De esa solución, dada para el dictado de la sentencia, es decir, para la expresión más significativa de la labor del juez, debe inferirse necesariamente que la preocupación del legislador no recae tanto en el tecnicismo o virtud jurídica de los fallos, como en la buena razón y en la probidad, los dos elementos buenos conductores de la justicia de conciencia.

9. *Configuración como proceso de derecho estricto.*

El antecedente apuntado podría decidir por sí solo el problema, si no fuera que concurre con otros de semejante significación que quitan al punto su aparente simplicidad.

Por lo pronto, la tendencia a hacer técnica esta judicatura, requiriendo para ella abogados y escribanos, consagrada por un amplio movimiento de opinión que culminó en la sanción del C. O. T. y de la Constitución de 1934, da la sensación de que en el derecho vigente se ha preferido la garantía del criterio jurídico del juez, a los consejos de su ignorancia bien intencionada.

En otro sentido, es conveniente recordar que los fallos de los jueces de paz, son apelables ante los jueces letrados que, sin duda alguna, son jueces de derecho y no de equidad, y son los que dicen la última palabra en esas materias.

10. *Necesidad de armonizar ambas tendencias.*

Tratando de armonizar esa doble orientación de los textos legales, sería menester colocar la conclusión en un punto intermedio.

En él podría admitirse la coexistencia de principios que imponen al juez el decidir según la ley y de principios que le autorizan a tomar en consideración razones de conciencia y de convencimiento personal.

La natural imprecisión de esta tesis, la implícita dificultad de decidir si el juez ha hecho justo uso de sus prerrogativas de conciencia o si se ha excedido de ellas, es cosa más propia para ser sentida que para ser definida. Poco menos que imposible será que el intérprete suministre *a priori* una fórmula que concilie ambas tendencias. Sólo frente a cada caso concreto se podrá decidir si se ha actuado dentro de los límites naturales de esta judicatura, o si el magistrado se ha evadido de ellos.

A una conclusión semejante se ha llegado en una serie de estudios sobre el particular. Según esa tesis, "la justicia de paz es, en todo caso, mixta de equidad y de ley" (13).

De justicia *mixta* de equidad y de ley podría hablarse, solamente, considerando que si bien los jueces de paz están obligados a fallar con arreglo a derecho, esa obligación no excluye que, en ciertas circunstancias de excepción, hagan pesar en sus fallos el convencimiento personal que surge del conocimiento de las personas, de las circunstancias no plenamente probadas en el expediente pero debidamente conocidas del juez, de todo ese cúmulo de elementos que pueden quitar a la justicia su notorio carácter formalista para hacer valer las razones de equidad que puedan ellos aplicar en su condición de "hombres buenos".

(13) BRIGNOLE, *Rev. D. J. A.*, t. 9, p. 209 y t. 10, p. 211. Del mismo autor, debe recordarse su excelente *Proyecto de ley de justicia de paz*, precedido de sustanciosos comentarios (*El Siglo Ilustrado*, Montevideo, 1905), del cual muchas disposiciones fueron adoptadas más tarde en el C.O. T.

CAPÍTULO III

CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO VERBAL.

11. *Carácter ordinario o extraordinario del juicio verbal.*

Establecido lo que precede, es menester abordar el tema de si el procedimiento verbal debe reputarse procedimiento ordinario o extraordinario.

El argumento es de verdadera significación práctica. Reducido a sus términos más simples, es el siguiente: si se trata de un procedimiento ordinario, le son aplicables por extensión, en aquellos casos en los cuales la ley es omisa, los principios generales del juicio ordinario; si, por el contrario, es un procedimiento de excepción, tales disposiciones no le son aplicables; y, en ese caso, el intérprete debe limitar sus conclusiones a las escasas disposiciones que legislan este procedimiento.

Así, p. ej., en materia de prueba, que es un punto en el cual el texto legal adolece de insuficiencia notoria, resulta indispensable saber si, en su silencio, será posible acudir a los principios que rigen la prueba en los juicios ordinarios escritos. Si se trata de un derecho de excepción, tal salida es imposible. En ese tipo de procesos, se dice habitualmente, la regla no es la de que es posible hacer todo lo que la ley no prohíbe, sino la contraria: sólo se puede hacer lo que la ley expresamente permite (14).

Como el tema ha sido objeto de consideración anterior en nuestra doctrina, es menester resumir brevemente los resultados hasta ahora logrados.

(14) Véase SPERL, *Il processo civile nel sistema del diritto*, en *Studi in onore di Chiovènda*, p. 807.

12. *Conclusiones de la Asamblea de 1908.*

A raíz de una Asamblea de Jueces de Paz celebrada en Montevideo en el año 1908, apareció publicado ⁽¹⁵⁾ un estudio de los Dres. Brignole, Reyes Lerena y Costa Gutiérrez en el cual, luego de diversos argumentos, se llega a la conclusión de que “los juicios verbales son juicios especiales, de índole sumaria, pero en el fondo tienen el carácter de ordinarios para la ley procesal. . .”.

Pero por el mismo tiempo, aparecía publicada ⁽¹⁶⁾ una lección universitaria de De María, en la que llega a la conclusión contraria, manejando con fino sentido dialéctico las disposiciones de los arts. 4 y 5: C. P. C.

Según él, “desde que los juicios verbales no están sometidos a las solemnidades del juicio ordinario, claro es que son extraordinarios; y siendo extraordinarios, es claro que son sumarios, no siendo ejecutivos”. Añade que ésta es la tradición de nuestro país, tanto en las leyes españolas como en la legislación patria.

Muchos años después, Gallinal adhería a esta tesis reproduciendo los conceptos de De María ⁽¹⁷⁾.

13. *Carácter extraordinario del procedimiento.*

En lo que nos es personal, nos permitimos considerar que la conclusión debe ser extraída de las consideraciones históricas ya enunciadas.

La clasificación de los juicios ordinarios y extraordinarios mencionada en los arts. 4 y 5: C. P. C. requiere una

⁽¹⁵⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 15, p. 33.

⁽¹⁶⁾ También en *Rev. D. J. A.*, t. 15, p. 2.

⁽¹⁷⁾ GALLINAL, *Manual*, t. 2, p. 50.

consideración más profunda que la que le ha asignado el legislador.

La mayor o menor solemnidad a que aluden los arts. 4 y 5, no puede ser un criterio técnico de distinción. Además, solemnes son todos los juicios, aun los llamados menos solemnes. Solemnidad no quiere decir pompa jurídica, sino exigencia *sine qua non* de ciertas formas para que los actos procesales tengan validez. La condición de extraordinario de un juicio, no surge de su falta de solemnidad, sino de la restricción de las garantías impuesta a los litigantes. "Ciertos juicios toleran alguna cantidad de injusticia", se ha dicho; los juicios se hacen extraordinarios cuando en ellos debe preferirse la justicia rápida y sencilla a la justicia lenta y formalista.

El juicio verbal es extraordinario, porque en él aparecen suprimidas ciertas garantías de defensa en juicio. Para utilizar tan sólo las soluciones reputadas indiscutibles, pueden considerarse suprimidas en este procedimiento las garantías del plazo de deliberación para contestar la demanda, pues la contestación debe hacerse de inmediato en la misma audiencia; la garantía del previo conocimiento de los testigos del adversario, pues si el juez no dispone que se anticipen sus nombres sólo se conocerán los testigos en la audiencia; la garantía de la citación para sentencia; la garantía de la apelación en los asuntos menores de \$ 50 (arts. 81 y 86: C. O. T.), etc.

La condición de extraordinario del procedimiento verbal reside, en nuestro concepto, en la supresión de estas seguridades de que disponen los litigantes en el proceso común.

14. *Conclusiones.*

De las ideas expuestas, debe extraerse, también, una conclusión que oriente en las ulteriores reflexiones.

La condición de extraordinario que tiene este procedimiento obliga al intérprete a ceñirse, ante todo, a las soluciones concretas dadas por el legislador. El juicio verbal tiene una técnica y una dirección; no deben ni una ni otra ser desnaturalizadas por el intérprete, pues si así lo hiciera éste, dejaría de ser intérprete para transformarse en legislador. Su conducta debe tener, pues, como campo necesario, el tipo especial de procedimiento creado en las disposiciones que se comentan.

Frente a los casos en los cuales el silencio de la ley deja sin solución ciertos problemas, en aquellas situaciones extremas en las que si no se acudiera a los principios del juicio ordinario se carecería de toda salida y la restricción de garantías vendría a transformarse en iniquidad o en denegación de justicia (p. ej., en los problemas que se indican en los §§ 35 y 39), entonces será lícito al intérprete pedir al fundamento de las leyes análogas un camino de salida.

En materia procesal no está excluida la analogía, sino que ella ha sido objeto de un recuerdo y una advertencia expresa por el legislador (C. P. C.:84).

En este caso, pues, el carácter extraordinario del procedimiento no excluye una natural extensión hacia las soluciones propias del juicio ordinario. Pero ello, en todo caso, como solución de excepción para aquellas situaciones que, como se ha dicho, dejarían sin norma problemas que de alguna manera es necesario decidir.

15. *Confrontación de estas conclusiones.*

Es curioso observar en la aplicación de este procedimiento una doble tendencia.

Por un lado, los jueces de paz tienden a *ordinarizar* el procedimiento, y a dar a las partes todas las garantías a que ellas mismas aspiran, transformando así este juicio extraordinario en un juicio colmado de solemnidades, propias del juicio ordinario.

Y, aunque parezca inexplicable, la otra tendencia está representada por la orientación tradicional de la Corte (y del Tribunal Supremo con anterioridad a 1907), que ha tenido necesidad de recordar reiteradamente a los jueces de paz que no se está en presencia de un juicio ordinario rodeado de todas las garantías, y les ha incitado —ella, que parecería destinada a velar y asegurar las garantías individuales— a que circunscriban el procedimiento a los términos del Código (¹⁸).

Sin embargo, cuando de las simples premisas se pasa a las soluciones concretas los problemas se agudizan.

Así sucede, p. ej., frente a todas las situaciones incidentales, frecuentes en los juicios ordinarios e imprevistas en los verbales.

La duda razonable en estas cuestiones consistiría en esto: el legislador, que estableció en el art. 610 un método de una y dos audiencias, ¿repudió implícitamente con esa solución todos los incidentes de procedimiento? ¿Admitir incidentes es *ordinarizar* y, en consecuencia, desnaturalizar el juicio verbal?

Quien lea los artículos de este capítulo del Código y los

(¹⁸) Circular 23 de junio de 1892, en *Jur. A. S.*, t. 3, p. 19.

interprete a la letra, dirá que sí. Pero si se toma la precaución de buscar en el mismo Código otras disposiciones dispersas, se encontrará con que caben incidentes en los juicios verbales.

La ley en determinados casos, previó esos incidentes expresamente. A título de simple enunciación: las cuestiones relativas a la competencia del juez de paz están previstas en el art. 619; las contiendas de competencia entre los jueces de paz en juicios verbales están previstas en el art. 758; la acumulación de autos está enunciada en el art. 778; la recusación del juez de paz, en el art. 793; el embargo preventivo está implícitamente reconocido, según el art. 829 (pues en su inciso 2º, dice que "cuando la deuda no exceda de doscientos pesos, podrá admitirse la justificación de testigos").

Quiere decir, entonces, que existen por un lado las disposiciones de los arts. 610 y sigtes., señalando un procedimiento restringido; pero, por otro, a lo largo de todo el Código, se prevén una serie de incidencias susceptibles de promoverse en juicio verbal.

Vale decir que la respuesta que da el legislador al intérprete no radica exclusivamente en el art. 610, sino en la armonización de esa norma con los pasajes en los cuales el legislador ha previsto situaciones especiales, susceptibles de darse en el juicio verbal. Y entonces, ni hay que suprimir los incidentes en el juicio verbal, ni hay que desnaturalizar el régimen dado por el art. 610 provocando una complicación ajena a la ley.

Todo esto procede por aplicación del art. 20: C. C., que busca la debida correspondencia y armonía entre todas las partes del contexto de la ley.

16. *Antecedentes conformes.*

Nuestra jurisprudencia ofrece algunos antecedentes para resolver esta cuestión.

Un fallo del Dr. Montero Paullier ⁽¹⁹⁾, aconseja que toda vez que se planteen incidencias imprevistas en el juicio verbal, lo que corresponde es que se suspenda la audiencia, se decida lo que sea necesario, se conceda la apelación si se pide, y procede, y, luego de fallado y resuelto el incidente, se reanude la audiencia suspendida.

Si en estas soluciones el juez desnaturaliza el sistema del art. 610 en algún sentido, se dice, lo hace porque no existe otro modo de solucionar el asunto. Ya que son admisibles ciertos incidentes, lo lógico es conciliar el art. 610 con la suspensión de la audiencia y su reanudación posterior al incidente ⁽²⁰⁾.

Es evidente el peligro de esta solución. La admisión de cuestiones incidentales, es un plano inclinado que conduce a extremos imprevistos.

Pero así y todo, debe ser aceptada. La solución radicalmente contraria, apoyada en una simple interpretación literal, es injusta.

Queda librado, pues, a la discreción y al tacto del intérprete, colocarse frente a los problemas concretos, en el punto medio de la sabiduría aristotélica. Ni tan pocas garantías que desnaturalicen el sentido del procedimiento,

⁽¹⁹⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 7, p. 49. Asimismo, *Rev. D. J. A.*, t. 2, p. 243.

⁽²⁰⁾ Debe recordarse que este procedimiento tiene en su favor el antecedente histórico del formulario para juicios verbales, de 22 de setiembre de 1874 que, según se sostendrá más adelante, no ha sido totalmente derogado. Véase su texto en REYES, *Acordadas*, p. 172.

ni tantas que traicionen su condición de breve y expeditivo.

La doctrina, lamentablemente, no puede ser más precisa. La ley no se lo permite.

SEGUNDA PARTE

DESARROLLO DEL JUICIO VERBAL

17. *Programa.*

El estudio del procedimiento propiamente dicho, habrá de realizarse distinguiendo sus diversos momentos.

Tomando el procedimiento en su sentido de continuidad y acompañando paso a paso su desenvolvimiento, pueden advertirse las siguientes etapas esenciales: la citación, la audiencia de demanda, la audiencia de prueba, la sentencia y los recursos.

En los desarrollos que siguen, se procura abordar ese conjunto de fenómenos.

CAPÍTULO I

LA CITACIÓN

18. *Formas de la citación.*

El juicio verbal no comienza con demanda como el ordinario, sino que comienza con citación:

El actor no presenta al juez su queja como en el juicio escrito, sino que previamente pide que llame a su adversario y sólo en la audiencia expondrá sus razones.

El pedido de citación al demandado se realiza verbalmente.

De esta solicitud que hace el interesado al juez de paz

no hay constancia de ninguna especie. Simplemente el interesado pide de viva voz al juez que cite al demandado; el juez señala día y hora para la audiencia, y procede a la citación.

En cumplimiento de ese pedido y una vez señalada la audiencia, corresponde practicar la citación propiamente dicha o sea la notificación al demandado.

Recordemos que cuando el Código habla en los arts. 300 y sigtes. de citación y emplazamiento, da un nombre propio, citación, a un fenómeno genérico: notificación. Pero en materia de juicio verbal, propiamente, hay citación. *Citación* en sí misma es convocatoria, llamamiento, avisar a una persona para que concurra un día determinado a un lugar determinado. Aquí citación es estrictamente convocatoria al demandado para que concurra en el día y hora que se le señalan ⁽²¹⁾.

En esta materia el legislador prevé dos posibilidades: que el demandado resida en el lugar del juicio o que resida fuera del lugar del juicio. El plazo para la citación cuando el demandado reside en el lugar del juicio es de dos días, aunque podrán ser más, según las necesidades del juzgado. A continuación se permite que, en caso de urgencia, la citación se haga en el día (art. 614).

Cuando el demandado está radicado fuera del lugar del juicio, entonces el plazo se extiende, señalándose un día más por cada veinticinco kilómetros (con asimilación de los términos del emplazamiento).

(21) Citación, del latín jurídico, *citatio*, derivado del verbo *citare* "poner en movimiento", de donde surge, en lengua jurídica, "citar en justicia" (CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, p. 114). En las autoridades del idioma castellano, *citar* es sinónimo de *notificar*, en sentido forense.

19. *Entrega bajo recibo.*

Es necesario aclarar una gran cantidad de cuestiones relativas a esta notificación.

La ley no ha dado ni una sola regla acerca de las formas. ¿Cómo se practica la notificación? Es decir, ¿cómo se comunica al demandado su convocatoria para la audiencia?

El juzgado de paz habitualmente cita por medio de una cédula que se entrega en casa del demandado, sin garantías de ninguna especie. Pero esa solución es ilegal. El Código dice que la citación se hará en la forma prescrita en el art. 300 (art. 615). El pasaje debe interpretarse en el sentido de que la ley requiere para la entrega de la cédula de citación al demandado, las mismas garantías que para el emplazamiento de la demanda del juicio ordinario.

Quiere decir que cuando se trata de la entrega de una cédula de citación para un juicio verbal, hay que respetar las garantías de la notificación a domicilio: la entrega de la cédula en manos del demandado. Si tal cosa no fuera posible, en manos de alguna de las personas de su familia, o de alguna persona de la casa.

Es menester que de esa entrega quede constancia bajo recibo, emanado del demandado, de la persona que recibe la cédula o de testigos en su caso, por aplicación de las disposiciones generales de la notificación (arts. 193, 194).

Este requisito se descuida diariamente en los juzgados de paz. Sin embargo, de él depende la seguridad del emplazamiento. El legislador se remite en el art. 615 al 300, y, en materia de emplazamiento, se recuerda el principio del art. 311: los defectos en el emplazamiento se sancionan con pena de nulidad.

Por tal razón, se debe, en nuestro concepto, entregar la

cédula y recabar recibo, para asegurar un eficaz emplazamiento.

20. *Notificación fuera del lugar del juicio.*

El otro problema atingente a este mismo fenómeno es el de saber qué se entiende por estar domiciliado fuera del lugar del juicio.

Cuando el Código habla de *lugar del juicio* en materia de juicios escritos, se refiere a la ciudad, villa o pueblo donde tiene su sede el juzgado.

Hay que dar a esas palabras una inteligencia especial. El lugar del juicio en esta materia es la sección judicial a que corresponde el juez de paz. En este sentido, el juez de paz practica las notificaciones en toda su sección.

Ahora bien: ¿y cómo se procede cuando el demandado está domiciliado fuera de la sección? Si es necesario radicar un juicio en el Juzgado de Paz de la Tercera Sección, pero el demandado está domiciliado en Pocitos, ¿cómo se procederá? ¿Podrá ir el Juez de Paz de la 3ª Sección a notificarlo en su domicilio en Pocitos, él, personalmente?

Un dictamen de Guillot sostiene un criterio admitido por la Corte, en el sentido de que la sección es el territorio del juez de paz. El perímetro de la sección forma los límites de su competencia y de su capacidad funcional. De la misma manera que el territorio de los jueces letrados es el departamento, el territorio de los jueces de paz es la sección ⁽²²⁾.

Es menester, en consecuencia, aplicar la regla general a los juicios verbales, y entender que si es necesario practicar

(22) Fallo de la Corte, de 10 de diciembre de 1910, y dictamen de GUILLOT, de 8 de noviembre del mismo año. En *Jur. A. S.*, t. 2, ps. 422 y 427.

diligencias fuera de la sección, habrá de hacerlo por intermedio de exhorto librado al juez de paz de la sección respectiva.

Seguramente que esta manera de proceder es inconciliable con el espíritu general del juicio verbal, porque alarga desmesuradamente el juicio y lo encarece; exactamente lo contrario de lo que ha querido el legislador. De aquí que los jueces de paz practicaran antes notificaciones fuera del radio de su sección sin oposición alguna. Pero este hábito va desapareciendo.

Resumiendo, pues. Desde un punto de vista estrictamente jurídico corresponde declarar que todos los actos a realizarse fuera de la sección deben practicarse por juez comisionado, atento a lo dispuesto en el art. 72, C. P. C. La Corte ha recordado, aun a los jueces letrados, la necesidad de respetar esa norma ⁽²³⁾. Pero la infracción a ese precepto no debe causar necesariamente nulidad. La parte que quiera aducir tal nulidad, deberá probar que la violación le causa perjuicio, por aplicación de la máxima general en materia de nulidades (que en este momento no es posible exponer ampliamente) de que no existe nulidad sin perjuicio del recurrente ⁽²⁴⁾.

21. *Reiteración. Consecuencias de la citación.*

Puede darse el caso de que el demandado no responda a la citación.

⁽²³⁾ Resolución de 23 de febrero de 1911, con dictamen de GUILLOT en las ediciones del Código de Barreiro y Ramos, anotadas por E. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, p. 59.

⁽²⁴⁾ *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 235.

Entonces debe procederse a su reiteración. El art. 612 dice que "Si el día señalado para el comparendo no se presenta el demandado, será citado nuevamente a su costa con señalamiento de nuevo día y hora y con apercibimiento de proceder al juicio verbal en su rebeldía". El Proyecto Requena agregaba: "que así se efectuará", palabras que se suprimieron por inútiles.

El problema se plantea frente al caso de la doble inasistencia del demandado, es decir, de su rebeldía.

¿Es de aplicación en este caso, el art. 850 que establece: "Desde el momento en que el litigante es declarado en rebeldía, podrá decretarse, si la otra parte lo pide, el embargo de sus bienes, en cuanto sea necesario para estimar asegurado lo que sea objeto del juicio" (inc. 1º)?

Esta disposición, que la ley establece en sus capítulos de carácter general, ¿será aplicable a los juicios verbales? Citado el demandado hasta por segunda vez, y no concurriendo, ¿se le podrá declarar rebelde y trabar embargo sobre sus bienes con arreglo al art. 850?

Que se le podrá declarar rebelde es cosa que surge de la sola disposición del art. 612, cuando establece que la citación segunda se hará bajo apercibimiento de proceder al juicio en su rebeldía.

Y en cuanto a si se podrá trabar embargo, nos inclinamos por la afirmativa, siempre que el demandado no concurra, no estando legítimamente impedido.

Mediando las garantías que en nuestro concepto son necesarias para la citación y el emplazamiento, esto es, una citación correctamente hecha con arreglo al criterio arriba expuesto, no hay peligro alguno de que se declare rebelde, y se trabe embargo posteriormente, a una persona que se pudo enterar del juicio.

Además, en el juicio escrito basta una sola notificación para que se produzca la citación correcta, mientras que en el juicio verbal se añade la garantía de la segunda notificación bajo apercibimiento; es decir, que existe en este caso un verdadero refuerzo de garantías con relación al juicio escrito.

Ésta es, por lo demás, la conclusión pacíficamente admitida.

CAPÍTULO II

LA AUDIENCIA DE DEMANDA

22. *Personas presentes en la audiencia.*

Si el actor y el demandado comparecen, se celebra la audiencia de demanda.

Deben estar presentes en la audiencia, el juez de paz, que es quien preside; si tiene escribano, debe comparecer asistido de escribano; si no lo tiene, debe comparecer asistido de testigos. En derecho estricto ninguna audiencia se puede realizar sin la presencia de dos testigos durante todo el acto.

Están presentes, regularmente, las partes, es decir, el actor y el demandado. Pero si el actor o el demandado es, por ej., un menor de edad habilitado, que no puede comparecer en juicio sin la asistencia de un curador *ad litem*, ¿cómo se procede?; ¿deberá también estar presente el curador, o se podrá suplir mediante una licencia o una autorización, el requisito de la presencia personal?

Creemos que es necesario distinguir. Cuando se está en presencia de una autorización, puede darse por escrito, y la persona autorizada puede concurrir sola. Cuando se está en presencia de una asistencia, se necesita la concurrencia de

las dos partes personalmente. Si se tratara de un menor habilitado de edad, la ley exige la asistencia, y en el juicio escrito comparecen juntos menor y curador en todos los actos del procedimiento. No basta la autorización al comienzo, sino que es menester la presencia de ambos en el juicio. En este caso deben estar presentes el menor y el curador ⁽²⁵⁾.

23. *Asistencia letrada.*

Pueden estar presentes los abogados. La asistencia letrada en este caso es facultativa, y la parte tiene libertad para defenderse por sí misma o para defenderse por intermedio de abogado.

24. *Representación.*

Pueden las partes estar representadas por procuradores. En tal caso no se necesita la presencia personal de la parte; pero el procurador debe acreditar su personería.

Una acordada de 23 de junio de 1892 señala el siguiente procedimiento para el caso de que las partes comparezcan por procurador.

“También se hace saber a dichos Jueces de Paz y Tenientes Alcaldes que, cuando se presentan apoderados a seguir un juicio, basta que exhiban la escritura de poder y hagan constar en la misma acta su fecha, el Escribano que la autorizó, y sus cláusulas, devolviéndoles inmediatamente la escritura, sin necesidad de más notas ni testimonios, a no

(25) Sobre estas distinciones de autorización, representación y asistencia, véase el estudio publicado en este mismo volumen *Capacidad y legitimación procesales*.

ser que alguna de las partes lo pida, en cuyo caso el Juez lo dispondrá, a cargo de quien lo solicite. Esto, por lo que respecta a los poderes otorgados en la República, que en cuanto a los otorgados en el extranjero, se transcribirán íntegros, como expresamente está dispuesto por la ley” (26).

Pero la acordada es de 1892, y en 1900 se creó el Registro General de Poderes, que obliga a tomar en él copia textual de todos los documentos de mandato expedidos en el extranjero, para darles a esos documentos una matriz en el país. En ese sentido la aplicación de la Acordada sería redundante con relación al mandato otorgado en el extranjero y bastará con hacer referencia a los datos necesarios, relativos a la inscripción de ese poder en el Registro General. Cualquier duda se soluciona acudiendo al documento que existe en el país.

25. *Defensa por procurador.*

Se plantea en esta materia uno de los problemas más debatidos del procedimiento verbal, que es el de saber si las partes podrán comparecer en juicio verbal asistidas de defensores que no sean abogados, es decir, prácticamente, de procuradores o *amateurs* de abogados que comparecen defendiendo a la parte en el juicio.

Este problema estaba en un terreno pacífico hasta hace algún tiempo. La solución que se admitía era que el patrocinio por defensor no letrado era un acto de tolerancia; el juez de paz o la parte podrían exigir el alejamiento de ese defensor no letrado. Se aplicaba a su respecto el art. 106: C. P. C., según el cual las partes “también podrán hacerse

(26) *Jur. A. S.*, t. 4, p. 19.

defender por quien quieran, aunque no sea abogado, debiendo en este caso conferirle poder en forma para que ejerza su personería en el juicio”.

La duda surgía cuando se trataba de saber si la parte se podía defender por quien quisiera, *pero sin darle poder en forma*.

La solución era que sólo se permitía tal cosa como una tolerancia de la contraparte y del juez (27).

Pero se sostuvo luego en un estudio del Dr. Baethgen, la tesis de que la parte se podía hacer defender por quien quisiera, aunque no le diera poder en forma (28). Ante esa publicación creímos del caso dar a conocer una consulta ya emitida, sosteniendo la tesis contraria, es decir, el imperio del art. 106 (29). El Dr. Baethgen replicó cortésmente este punto de vista (30). Más tarde se publicaron dos antiguos casos en sentido contrario. Una primera sentencia del Dr. Miguel Martínez, confirmada por el Dr. Moreno, del año 1936, y otra del año 1924, del Dr. Clavelli, confirmada por el Dr. Aladio, sosteniendo las tesis contrarias (31).

Más tarde se publicó una decisión de la Suprema Corte en el sentido que nos parece procedente, a cuyo pie redactamos como nota de jurisprudencia una sucinta exposición del problema (32).

Pero cuando el problema parecía resuelto por la autori-

(27) DE MARÍA, *Lecciones*, t. 1, p. 149. MASSERA, en *Rev. D. J. A.*, t. 10, p. 168. Fallos de los Dres. Carbonell y Gil, en *Rev. D. J. A.*, t. 21, p. 343 y t. 22, p. 21.

(28) *Revista de la Asociación de Escribanos*, t. 24, p. 115.

(29) *Revista de la Asociación de Escribanos*, t. 24, p. 157.

(30) *Revista de la Asociación de Escribanos*, t. 24, p. 219.

(31) *Rev. D. P. P.*, t. 1, ps. 83 y 172.

(32) *Rev. D. J. A.*, t. 37, p. 24 y su nota *La presencia del defensor no letrado ante los juzgados de paz*.

dad de la Corte, el Tribunal de Apelaciones de 3^{er} Turno, en un amplio fallo (³⁸) vuelve a la tesis de que es libre la asistencia no letrada, aun fuera de la sede de los jueces de paz.

No parece necesario, luego de tan amplio debate forense y doctrinario, volver sobre todos los argumentos que inclinan la solución en un sentido o en otro. La lectura de estos antecedentes, ilustrará en forma más eficaz que lo que pudieran hacer en tal sentido estas páginas.

26. *Desarrollo de la audiencia.*

El art. 616 dice: "Si el citado con motivo de una demanda comparece, el Juez de Paz empezará invitando a las partes a una conciliación, proponiéndoles con tal objeto todos los medios que le dicte su prudencia".

A estar a la letra de este artículo, parecería que la audiencia comienza con el intento de conciliación a cargo del juez. Es una noción errónea, en el sentido de que mal puede el juez proponer una conciliación si no conoce el conflicto que ha de tener que conciliar. En ese sentido el art. 616 debe armonizarse con el art. 583, que da la solución racional.

Dice el art. 583: "Oída la exposición de cada parte, si éstas alegan hechos respecto de los cuales se manifiestan en disidencia y se ofrece probarlos por testigos, el juez ordenará la prueba, etc."

Lo que quiere decir que la audiencia no comienza con el intento de conciliación sino con la exposición de cada una de las partes. El juez interpela en primer término al

(³⁸) *Rev. D. J. A.*, t. 37, p. 342.

actor para que exponga sus pretensiones; escucha de inmediato al demandado. Si fueran necesarias aclaraciones, es decir, si el actor, en vista de la respuesta del demandado, creyese del caso exponer nuevos puntos de vista, el juez de paz debe escucharlo nuevamente. No rige en la audiencia la solemnidad de la sustanciación con un solo escrito o exposición del juicio ordinario. Interesa que el juez perciba claramente el fondo mismo del conflicto (34).

Y pudiendo ordenar él el debate, nada impide que pueda escuchar más de una vez a cada una de las partes, manteniendo siempre en lo posible el principio de igualdad en la defensa.

Luego intenta la conciliación. Propone a las partes las soluciones amigables que su buen sentido le indique, tendientes a la conclusión sin más trámite del asunto.

27. *La conciliación.*

Si las partes se concilian, la solución se rige por el artículo 617: "Si las partes se aviniesen, queda concluido el juicio y se extenderá acta con sujeción a lo dispuesto en el capítulo *De la conciliación*".

Se trata de saber, entonces, cuándo las partes se han avenido y han aceptado la conciliación que el juez propuso u otra que aparezca entre tanto, cómo se ha de proceder con arreglo a este art. 617.

(34) En los juicios verbales que se tramitan ante los jueces de paz, la conciliación se intenta después de oídas las partes, o sea luego de formulada y contestada la demanda. Fallo del juez Ldo. Durazno, de 17 abril 1944, en *Rev. D. P. P.*, t. 13, p. 258. Véase asimismo, VIVAS CERANTES, *Exposiciones en los juicios verbales*, en *Rev. D. J. A.*, t. 10, p. 104.

Se ha dicho que el procedimiento estricto es el de sujeción a lo que establece la ley en el capítulo relativo a la conciliación. De manera que, procediendo estrictamente, con absoluta sujeción a lo que la ley establece, habría que proceder así: labrar el acta en papel de actuaciones con arreglo a lo dispuesto en el art. 588. (“Los expedientes que se formen con motivo de juicios verbales, deben serlo en papel sellado de actuación, y se archivarán enlegajándolos, etc.”). En esa acta se dejaría constancia de todo lo sucedido, y de que las partes han conciliado.

En cuanto a la fórmula para documentar la conciliación, se dice que habría necesidad de labrar el acta de conciliación en el Libro de Conciliaciones que llevan los juzgados de paz cuando entienden como jueces conciliadores en los juicios escritos (C. P. C.: 269). Sólo así, se dice, se cumpliría con el mandato de la ley que ordena que se proceda de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo de la conciliación, porque en ese capítulo la ley manda que el acta se labre en el Libro de “Juicios de Conciliación”.

Es una interpretación muy respetable, pero, en nuestro concepto, excesivamente formal. Cuando la ley dice en el art. 617 que “se extenderá acta con sujeción a lo dispuesto en el capítulo *De la conciliación*”, no impone, preceptivamente la inserción de esa acta en el libro respectivo de conciliaciones. Cualquiera de las dos formas es buena: vale tanto la conciliación que consta en el acta que se labra en papel sellado, como la que consta en el acta que se labra directamente en el Libro de Conciliaciones, sin necesidad de cumplirse la larga formalidad de un acta de demanda en expediente aparte.

En el juicio verbal de las fuentes del Código, y en especial en el Reglamento de Jueces de Paz de 1827, el proce-

dimiento no constaba en expedientes, sino que se documentaba en un libro especial. El Código se ha apartado de ese sistema, exigiendo en el art. 588: C. P. C. la documentación en hojas independientes de papel sellado de actuación. Esta disposición debe predominar sobre el art. 617. Debe entenderse que éste impone las formas de la conciliación, en el sentido de que es menester dejar en el acta "expresión clara y minuciosa de los términos de la conciliación" (art. 268); que el acta "será autorizada, además de la firma del juez, por la de un escribano público o en su defecto por dos testigos" (art. 269) y "por las partes si supieren firmar, u otras a su ruego si no supieren" (art. 269, *in fine*); que el juez debe expedir testimonios del acta si las partes lo pidieren (art. 271); etc.

28. *Contratos en actas de conciliación.*

Reiteradamente el Tribunal Supremo y la Corte creyeron del caso recordar a los jueces de paz que se debían abstener de autorizar contratos verdaderos en forma de conciliaciones⁽³⁵⁾. Era ésta una vieja corruptela, en perjuicio del notariado, que hoy ha desaparecido casi en absoluto.

En un estudio del Dr. Alburquerque⁽³⁶⁾ se confirma fundadamente que no tendría valor un contrato de arrendamiento celebrado ante el juez de paz en esta forma, y que no sería instrumento público, porque el juez de paz no actuaría dentro del límite de su competencia (C. C.: 1593; C. P. C.: 350).

(35) Acordada 14 de agosto de 1912. REYES, *Acordadas y Jur. A. S.*, t. 3, p. 567.

(36) *Rev. D. J. A.*, t. 8, p. 63.

29. *Continuación de la audiencia.*

Hemos de suponer, ahora, la otra situación: que no se obtiene conciliación. Es menester, entonces, seguir el juicio adelante. El debate en este caso queda regido por el juez. Podemos decir que en ningún sentido más propio que en éste el juez de paz lleva la dirección de la audiencia.

De todo lo que sucede también se labra acta. En la vida forense de los juzgados de paz, esas actas resultan verdadera expresión de todo cuanto se ha dicho en la audiencia. El actor expone sus razones, sus puntos de hecho y sus razones de derecho, extensamente, y así se recoge en el acta. El demandado hace lo mismo. Sin embargo, el sentido de la ley no es éste. Las actas de los jueces de paz no han de ser explícitas sino sumarias o sintéticas; aunque no tanto como las de los tenientes alcaldes, que son sumarísimas.

El art. 608 dice para los mismos: "El Teniente Alcalde extenderá acta en papel de actuaciones, o en común para reponerse, en que haga constar el nombre de los litigantes, el objeto del litigio y su fallo, etc.". En cambio para los jueces de paz rige el inc. 2º del art. 610: "En el acta que se extienda expresará, en primer lugar, no haberse obtenido conciliación: se continuará con la exposición verbal de las partes, la referencia de las pruebas, etc.", lo que quiere decir que el acta recoge la exposición verbal de las partes, pero, el sentido de la ley parece ser el de una referencia o resumen y no una transcripción literal de todas las defensas del juicio.

Este capítulo de las actas ante los jueces de paz tiene entre nosotros una larga historia que esclarece su sentido.

En el Reglamento de 26 de enero de 1827 en el cual hay numerosos pasajes reproducidos literalmente por Requena, aparece un conjunto de formularios de actas para las audien-

cias ante los jueces de paz. Y cuando se leen, se ve que son sucintas y las exposiciones de las partes resumidas y sintéticas (³⁷).

Existe además una larga serie de Acordadas y de disposiciones que recuerdan a los jueces de paz que sus actas no deben ser explícitas sino contener simples resúmenes de las exposiciones de las partes. Es el contenido de la Acordada del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1892, posterior a la sanción del código (³⁸).

Con el acta así labrada, que firman el juez, las partes y los testigos, termina esta primera etapa del procedimiento verbal; la audiencia que se llama de demanda o más propiamente, de demanda y contestación.

CAPÍTULO III

LA AUDIENCIA DE PRUEBA

30. *Insuficiencia de los textos legales.*

Según el art. 610 el juicio verbal funciona en dos audiencias: la de demanda y la de prueba.

Pero surge aquí gran cantidad de problemas; una serie de cosas imprevistas por el legislador, deparan al intérprete verdadera turbación. La jurisprudencia, más que contradictoria, es anárquica; y la práctica, desorientada. No es esto una crítica sino una simple comprobación de hechos.

Trataremos de prever los problemas más importantes, los que se han presentado con más frecuencia a la jurisprudencia,

(³⁷) Véase Col. ARMAND UGON, t. 6, p. 62.

(³⁸) *Jur. A. S.*, t. 4, p. 19; edición del C. P. C., anotada por E. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, 1931, p. 298.

tratando de hallar para estos problemas las soluciones que concilien el carácter rudimentario del juicio con la necesaria garantía de los derechos.

31. *Mecanismo de la prueba en el juicio verbal.*

El primer problema que se presenta es el del plazo para la nueva audiencia. ¿Qué espacio de tiempo debe mediar entre la audiencia de demanda y la audiencia de prueba?

La ley no dice nada. Habitualmente se habla de término de prueba, lo que es un error en nuestra terminología. De "término de prueba" sólo se podría hablar aquí en el sentido alemán de la palabra. En el derecho procesal alemán hay una diferencia entre "término" y "plazo". El término es el margen de tiempo que se señala para realizar un acto en un momento determinado; plazo es un conjunto de días que se da para realizar un acto. Así, el señalamiento de una audiencia próxima es un término. Pero sucede que en los Códigos españoles término y plazo son sinónimos. Y las palabras "término de prueba" están mal empleadas. Aquí no se puede hablar de "término de prueba" sino de "espacio de tiempo" que media entre una y otra audiencia.

Entonces, ¿qué espacio de tiempo debe mediar entre la primera y la segunda audiencia? Se ha planteado la cuestión muchas veces, especialmente frente al problema de saber si corresponde el término extraordinario de prueba en materia de juicio verbal.

De María ⁽³⁹⁾ sostiene que no hay término extraordinario de prueba en esta materia. Gallinal acompaña esa solución ⁽⁴⁰⁾. Pero los Dres. Brignole, Reyes Lerena, Costa

⁽³⁹⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 15, p. 2.

⁽⁴⁰⁾ *Manual*, t. 2, p. 51.

Gutiérrez y Vivas Cerantes ⁽⁴¹⁾, llegan a la conclusión de que en nuestro derecho existe la posibilidad de término extraordinario de prueba en los procedimientos verbales.

Como los argumentos podrán consultarse en esos mismos estudios, pasamos directamente a nuestra conclusión: en esta materia no se puede hablar ni de *término* ni de *extraordinario*.

De término, porque la ley no fija, como en el juicio escrito, un conjunto de días para realizar la prueba, sino que establece que el juez fijará una nueva audiencia. Y no se puede hablar de extraordinario, porque es la negación del procedimiento verbal poder detener el juicio hasta un plazo de ciento ochenta días, como establece la ley en el juicio escrito. No parece excesiva perspicacia deducir que el litigante que algún día pidió término extraordinario de prueba, es decir, ciento ochenta días de plazo, para producir prueba en Europa en un asunto menor de doscientos pesos, estaba especulando con el tiempo y trataba de dilatar maliciosamente el juicio.

En realidad, es inconciliable el término extraordinario de prueba con el carácter excepcional que tiene este procedimiento. Si hubiera necesidad de dar el argumento técnico, sería éste: el término extraordinario rige para los juicios ordinarios. En ninguno de los juicios extraordinarios del C. P. C., ni en el ejecutivo, ni en las acciones posesorias, ni en el de desalojo, etc., existe término extraordinario de prueba, y no se ve la razón para que pueda existir en éste que, por su escasa cuantía, normalmente no lo necesita.

Si alguna vez algún litigante se queda sin probar su derecho, será ese caso, más hipotético que real, el precio

(41) *Rev. D. J. A.*, t. 15, p. 33; *Rev. D. J. A.*, t. 11, p. 378.

que se pague por cientos de casos en los cuales la petición será una injusta y maliciosa dilación.

32. *Plazo entre las audiencias.*

En ese mismo artículo, De María dice que el plazo que debe mediar entre la primera y la segunda audiencia ha de ser de diez días, utilizando por analogía la disposición del art. 633 del C. P. C.

Este artículo, actualmente derogado, establecía el término de diez días para los asuntos comerciales entre veinte y doscientos pesos.

El espacio de tiempo que debe mediar entre una audiencia y otra es circunstancia librada al criterio discrecional del juez. Depende de la cantidad de prueba, de las dificultades que se puedan presentar para el diligenciamiento; en fin, de un cúmulo de elementos de hecho que el juez debe apreciar en consideración a cada caso concreto.

Se puede decir que en este sentido el plazo que fije el juez forma parte de sus atribuciones normales.

33. *Anticipación de la prueba.*

El segundo problema que se ha planteado es el de saber si es menester anticipar la prueba a la audiencia; es decir, anunciarla de antemano, o si la parte puede ir directamente a la audiencia con sus testigos y presentarlos allí para que se reciban sus declaraciones.

Para que se advierta el fondo mismo del problema, es conveniente señalar las ventajas e inconvenientes de las dos posibles soluciones.

Si se exige que las partes anuncien de antemano cuáles han de ser sus testigos, en el intermedio entre la demanda y la prueba, entonces se desnaturaliza el procedimiento verbal, que exige sólo dos audiencias; y si se exige que se nombren los testigos en la primera audiencia, se obliga al demandado a improvisar el plantel de sus testigos.

En el Reglamento de Jueces de Paz, del año 1827, se establecía la necesidad de que el demandado, ya en la audiencia de demanda, compareciera con sus testigos. Es una cosa casi incomprensible; ninguna razón obliga actualmente a aceptar ese temperamento.

En sentido contrario: si se permite a los litigantes, como parece surgir de la ley, que concurren a la audiencia de prueba con sus testigos, sin anticipar sus nombres ¿qué sucederá? Sucederá que la parte contraria se encontrará desarmada frente a una familia de testigos a la que por primera vez conoce; y entonces no tendrá manera de defenderse contra ellos en el caso de que tenga tachas legales que oponer. Además, el principio general que preside todo el sistema de la prueba es el del riguroso contralor a cargo de ambas partes. No declaran testigos a espaldas de los litigantes; es necesario anticipar el nombre y el domicilio de los mismos. Y si se tolera que a la audiencia comparezca el litigante con sus testigos, sin más, sucederá entonces que uno de los litigantes queda sin poder efectuar la fiscalización de la prueba de su adversario.

Los antecedentes de este problema y sus soluciones son los siguientes: la jurisprudencia ha sostenido firmemente qué partes pueden concurrir con sus testigos el día de la audiencia de prueba, sin necesidad de anticipar sus nombres ni sus domicilios. Las disposiciones del capítulo de testigos son atingentes al juicio ordinario y no al verbal, que es

extraordinario. En nuestro concepto, ésta es la solución legal ⁽⁴²⁾.

Pero no se oculta la injusticia de esta solución; y entonces, para evitarla, para impedir que la audiencia de prueba sea una emboscada, una cosa sorpresiva en la cual aparezca un litigante con testigos de último momento, se han ingeniado estas dos soluciones:

Una, que permite suspender la audiencia de prueba; se reciben las declaraciones de los testigos y luego se suspende la audiencia de prueba, siempre que la otra parte ofrezca tachar esos testigos. Un fallo del Dr. Montero Paullier que ha hecho camino ⁽⁴³⁾ declara legítima la suspensión de la audiencia a fin de recibir las tachas en una especie de audiencia prorrogada o continuación de la anterior. Esta es una de las soluciones. No es totalmente ilegal, por las razones dadas ⁽⁴⁴⁾.

Pero la otra solución es más ingeniosa y más técnica. La asamblea de los jueces de paz de 1908 delegó en una comisión que integraban los Dres. Brignole, Reyes Lerena y Costa Gutiérrez, el estudio de este problema. Y la Comisión aconsejó el siguiente temperamento: en la audiencia de demanda el juez de paz debe proveer: "Por contestada la demanda, señálase para la audiencia de prueba el día tal a tal hora, debiendo las partes anunciar la prueba testimonial con tres días de anticipación por lo menos". El juez, dentro

⁽⁴²⁾ *Rev D. J. A.*, t. 30, p. 137. Posteriormente, t. 38, p. 227, con la siguiente resis: "Los testigos del juicio verbal pueden ser presentados en la audiencia de prueba sin necesidad de citación ni de que sus nombres sean indicados con anterioridad a la misma. No pueden recibirse declaraciones de testigos en una nueva audiencia que sólo es prórroga de una anterior que fuera suspendida".

⁽⁴³⁾ Véase GALLINAL, *Manual*, t. 2, p. 51.

⁽⁴⁴⁾ *Supra*: § 14.

de sus facultades, exige a las partes la anticipación de la prueba testimonial; y entonces los litigantes deben anunciar al adversario y al juez con la debida anterioridad qué prueba de testigos harán valer en la audiencia. El adversario ya no podrá alegar su situación de indefenso, porque de antemano conoce los testigos y sus domicilios, y podrá hacer las averiguaciones que crea del caso para contrarrestar esta prueba en la audiencia.

Ese procedimiento ha de haberse aceptado por la asamblea, porque reiteradamente ha aparecido en los expedientes de juzgados de paz esa conducta asumida por el juez: obligar a las partes a que de antemano anuncien su prueba testimonial.

El problema que se plantea entonces, es el siguiente: si las partes no anticipan con tres días su prueba de testigos, ¿podrán presentar prueba testimonial en la audiencia?

Existe, asimismo, otro raro antecedente ⁽⁴⁵⁾.

El juez de paz Dr. Muñoz dispuso que se debía anticipar la prueba. Luego cesó en su cargo por ascenso, sustituyéndosele por el Dr. Dieux, quien presidió la audiencia de prueba; y sucedió que en tal audiencia compareció el litigante con testigos cuyos nombres no había anticipado. El adversario adujo que tenía la obligación de anunciar los testigos, y no la había cumplido. El Dr. Dieux decidió entonces que no correspondía; que la ley no había establecido esa obligación de anticipar la prueba con tres días de anterioridad, y en ese caso la parte estaba en uso de un derecho legítimo. Se apeló del fallo, y el Dr. Carbonell lo revocó, diciendo que la resolución del juez —que había ordenado anticipar la prueba testimonial— había hecho cosa juzgada,

(45) *Rev. D. J. A.*, t. 30, p. 406.

porque había sido aceptada por las partes, y la cosa juzgada debía ser necesariamente respetada. Se apeló el fallo del Dr. Carbonell (en aquella época eran posibles tres instancias para asuntos como éste), y el Dr. Gil revocó el fallo del Dr. Carbonell, sosteniendo que se trataba de un procedimiento ilegal.

Nuestra manera de pensar en esta materia está orientada en el sentido del fallo del Dr. Carbonell. Los argumentos del Dr. Gil no son convincentes y hoy no pueden ser aceptados.

En realidad, si admitimos la autoridad disciplinaria del juez para regir el procedimiento; y si admitimos que el juez impuso una carga procesal que pasó en autoridad de cosa juzgada, pues las partes no apelaron esa resolución, debemos concluir que esa decisión es un imperativo jurídico, tan vigoroso como la ley misma. Esa solución no afecta al orden público y, cubierta por la cosa juzgada, tiene un contenido eficiente que debe ser respetado.

Es aconsejable, pues, que el juez imponga a las partes la carga de anticipar su prueba, y si las partes aceptan esa resolución, no podrán presentar testigos si no han anticipado sus nombres y domicilios con el plazo de anticipación que estableció el juez.

34. *Facultades del juez.*

Se dirá que el precedente planteo y su respuesta, significan alejar el problema de su verdadero campo científico, que consiste en saber si el juez de paz tiene facultades legales suficientes como para establecer formas procesales distintas de las previstas por la ley, y si es posible que las nuevas formas así creadas queden cubiertas con la autoridad de la cosa juzgada.

Las dos premisas admiten, en nuestro concepto, una conclusión afirmativa.

Que el juez tiene atribuciones como para establecer formas procesales de garantía para ambas partes, tendientes a mejorar el contenido de su justicia, sin apartarse de la idea general dada por el legislador en esta materia, es cosa que surge con suficiente nitidez de las conclusiones expuestas en el capítulo relativo a la naturaleza de estos juicios.

Aquel argumento desenvuelto en el parágrafo 10 de este estudio acerca del carácter mixto de equidad y de ley de todo este procedimiento, permite afirmar que el juez de paz tiene prerrogativas para hacer valer sus facultades personales en el sentido de mejorar los resultados de la justicia. Si tal cosa puede hacer en el fallo definitivo, con mayor razón podrá hacerlo en las interlocutorias y mere-interlocutorias, que tienen, por naturaleza, menor gravedad.

En cuanto a que la cosa juzgada cubra esas resoluciones dándoles plena firmeza, no resulta punto dudoso en la doctrina moderna. Tratándose de mere-interlocutorias, más que de cosa juzgada deberá hablarse de *preclusión*.

Esta idea, que hemos tenido oportunidad de desenvolver más de una vez ⁽⁴⁶⁾, permite asegurar que, creada una situación dentro del proceso, constitutiva de una nueva etapa de su desenvolvimiento, no se da el regreso a las etapas anteriores. El proceso no retrocede. Las etapas procesales consumadas o consolidadas, adquieren carácter definitivo. Esta noción forma parte de la estructura y mecanismo propios del proceso. Frente al problema en examen, es de estricta aplicación. Creada en el juicio verbal la carga de anticipar el nombre de los testigos con anterioridad a la audiencia, y

(46) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 95.

aceptada esa decisión por las partes, nada permite desconocer una situación que el magistrado y las partes contribuyeron válidamente a formar.

35. *Prueba fuera del lugar del juicio.*

El otro problema que se plantea, es el que surge con la prueba que debe diligenciarse fuera del lugar del juicio, o que no puede diligenciarse en el transcurso de la audiencia.

Supongamos que se trata de una acción de responsabilidad civil, por daños y perjuicios provenientes de un choque de automóviles. Un elemento de convicción fundamental en esta materia es el parte policial. Ahora bien: los interesados no pueden obtener particularmente el documento, porque la autoridad no lo entrega a los particulares. Es menester, entonces, que los interesados lo obtengan por intermedio del juzgado. En sentido semejante, se puede dar el caso de que deba declarar un testigo que no puede concurrir al lugar del juicio; o que sea necesario probar mediante un expediente radicado en otro juzgado; o, en general, que sea necesario realizar o suministrar medios de prueba que no puedan llevarse al acto de la audiencia.

Si la parte pide el día de la audiencia que se libre oficio a la jefatura de policía, o a un juez comisionado, no será posible que la prueba quede concluída el mismo día de la audiencia.

Entonces, el temperamento a seguir, en nuestro concepto, es el siguiente: hay necesidad de tolerar que en el período de tiempo que media entre la audiencia de demanda y la de prueba, las partes puedan solicitar aquellas medidas dirigidas a obtener que la prueba se halle pronta al día de la audiencia. Así, p. ej., debe tolerarse que la parte pida con

tiempo suficiente el parte policial o el expediente radicado en otro juzgado, etc., de manera que dichas pruebas lleguen el día de la audiencia. También puede pedirse que se libre oficio al juez de paz del lugar, para que la declaración del testigo radicado fuera del lugar del juicio llegue al expediente el día oportuno.

Este procedimiento no está prohibido por la ley, y además hasta se encuentra admitido en los juicios similares. En materia de alimentos, el Código admite que las partes anticipen su prueba a la audiencia (art. 1296), es decir, que soliciten las medidas pertinentes en el período de tiempo que media entre la demanda y la audiencia.

¿Contraría ese criterio la regla de que el juicio verbal tiene sólo dos audiencias? Es decir, ¿se desnaturaliza el juicio por la circunstancia de que el actor o el demandado comparezcan en el entretiem po ante el juez pidiendo las medidas convenientes para producir la prueba? En nuestro concepto, no. No hay que dejarse dominar, decíamos, por el prejuicio de las dos audiencias. En muchísimos casos la ley ha permitido alterar el principio de las dos audiencias. Aparte de las múltiples derogaciones ya anotadas, surge en materia de prueba un argumento muy vigoroso del art. 622 que, virtualmente, deroga el sistema de las dos audiencias. Dice la ley: "Si las partes, al presentar testigos o peritos para alguna operación, solicitaren que sean citados, el Juez de Paz entregará a la parte requirente cédula de citación, haciendo mención del día y hora señalados para su comparecencia. Podrá también emplear los medios indicados en el art. 382". ¿Y qué dice el art. 382? Que "el testigo desobediente será conducido a presencia judicial por la fuerza pública". Y como no se puede saber si el testigo es desobediente hasta el día de la audiencia, realmente la ley está di-

ciendo que si el testigo desobediente puede ser traído por la fuerza pública, lo ha de ser en otra audiencia en que se llame a la policía y en que se traiga al testigo. Es menester, entonces, señalar una nueva audiencia para recibir la declaración del testigo remiso. Es necesario insistir, entonces, en la idea de que si bien debe evitarse "ordinarizar" el juicio verbal, tampoco hay que dejarse dominar por la obsesión de las dos audiencias. En ese sentido, son lícitos los petitorios hechos en el intervalo, tendientes a obtener que la prueba se halle diligenciada en el momento mismo de la audiencia.

36. *Funcionamiento de la audiencia de prueba.*

Entrando a examinar la audiencia de prueba, es necesario prever distintas situaciones: si no comparece el actor, si no comparece el demandado, si no comparecen los testigos.

¿Qué sucede si no comparece el actor? La ley nada dice. O peor: lo que dice la ley, lo dice al revés.

El art. 584 da a entender que puede realizarse la audiencia de prueba sin la presencia de las partes: "En el día señalado, dice, los testigos, después de haber prestado juramento de decir verdad, y expresado lo que requiere el artículo 388, serán oídos separadamente en presencia de las partes *si comparecen*". Lo que quiere decir que el legislador concibe que las partes no comparezcan. Y entonces cabe preguntarse: ¿y si las partes no comparecen, quién hace el interrogatorio al testigo? ¿Quién presenta a éstos? La situación sólo podría darse en el caso de que la prueba hubiera sido propuesta con anticipación, de acuerdo con el temperamento ya expuesto ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁷⁾ *Supra*: 33.

Es menester, pues, resolver el problema en estos términos: puede la audiencia funcionar en ausencia de uno de los litigantes, el actor o el demandado, pero es necesaria siempre por lo menos, la presencia de uno de ellos.

Si no comparece el actor, producirá su prueba el demandado (⁴⁸). Si no comparece el demandado, el actor produce íntegramente su prueba.

Y si no comparecen los testigos, son de aplicación los arts. 382 y 622. La parte puede pedir que el testigo desobediente que, citado, no comparece, sea traído por la fuerza pública para declarar en una nueva audiencia, o en una prórroga de la misma audiencia.

37. *Formas del interrogatorio.*

La ley no dice cómo debe hacerse el interrogatorio en juicio verbal. Lo único que exige en el art. 584 es que los testigos sean oídos por separado, debiendo expresar éstos "lo que requiere el art. 388", es decir, las preguntas *necesarias* del interrogatorio: las generales de la ley y la razón de sus dichos.

El Reglamento de jueces de paz del año 1827 establecía el tipo de acta de declaración de testigo. Ese texto, con muy leves diferencias, se ha mantenido a través del largo tiempo transcurrido desde entonces. El acta de declaración del testigo es semejante al que establece la ley para el juicio escrito, pero tratando de ajustar la declaración al carácter sucinto y abreviado que tiene el procedimiento ante los jueces de paz.

(⁴⁸) Al declarado rebelde le es admitido probar, en la audiencia respectiva, en contra de las afirmaciones realizadas por el actor al deducir demanda (*Rev. D. J. A.*, t. 39, ps. 346 y sigtes.).

Se plantea, entonces, en esta materia, la cuestión de saber si la parte debe, de antemano y en ausencia del testigo, dictar al juez de paz todo el interrogatorio; o si, por el contrario, comparecen el testigo y la parte, y ésta pregunta y aquél contesta; se vuelve a preguntar y de nuevo se responde, etc., y de todo eso, de las preguntas y respuestas, se labra acta.

No hay procedimiento establecido en la ley; cualquiera de los dos, en nuestro concepto, es pertinente. En materia de interrogatorio de testigos hay que abandonar, dentro de los límites razonables, el carácter escueto de las actas, porque como este juicio puede ir en apelación al juez superior y el acta es el único medio que existe para hacer llegar a éste la declaración del testigo, es menester que el superior conozca el contenido real de las declaraciones. En tal sentido, pues, creemos que cualquiera de los dos procedimientos es bueno, y que las actas deben ser cuidadas para que el superior adquiera una idea exacta de las declaraciones.

38. *Interrupciones al testigo y repreguntas.*

Surge, entonces, el problema de las interrupciones, es decir, el de las preguntas hechas por el adversario o la ampliación del interrogatorio con nuevas preguntas hechas por la parte.

Las repreguntas están prohibidas en el juicio escrito ⁽⁴⁰⁾. Pero en el verbal están permitidas. El art. 585 dice: "Las partes no interrumpirán a los testigos; pero podrán solicitar del juez que haga las interrogaciones convenientes y

⁽⁴⁰⁾ Véase el estudio *El "cross examination" en el interrogatorio de testigos*, en estos *Estudios*, t. II, p. 231.

conexas". Lo anómalo no es que esto esté aquí, sino que no se halle también en el juicio escrito. De manera inconcebible se consagra para los juicios de ínfima cuantía y se niega para los de mayor entidad.

El modo de interrogación no es directo. La parte no puede dirigirse al testigo, sino que la interrogación debe ser hecha por intermedio del juez. La parte se dirige al magistrado formulando las preguntas *convenientes y conexas*, ajustadas al asunto y en relación con lo que es objeto del litigio. El juez califica *sur le champ*, la procedencia de la pregunta y la hace al testigo si la considerara conveniente y conexas.

De las respuestas se deja constancia en el acta. Una vez que se han recibido las pruebas, se labra el acta en la misma forma que se estableció para la audiencia de demanda.

39. *Tachas de testigos.*

Se plantea, una vez recibida la declaración de los testigos, el problema de las tachas.

Ya nos hemos referido a él en el curso de esta misma exposición ⁽⁵⁰⁾ de manera que sólo corresponde aplicar los principios expuestos y recordar la solución de la suspensión de la audiencia para recibir la prueba de tachas en una continuación de esa misma audiencia.

40. *Los alegatos.*

Concluída toda la jornada de prueba, surge la duda de saber si en estos juicios hay alegatos; es decir, si una vez

⁽⁵⁰⁾ *Supra*, 15, 16 y 35. Véase, sin embargo, *Rev. D. J. A.*, t. 15, p. 60.

recibidas las pruebas será posible al actor y al demandado resumir las pruebas y hacer una nueva exposición de su derecho.

La práctica forense (no se puede hablar estrictamente de *jurisprudencia* en esta materia) de los juzgados de paz ha creado, al amparo de pocas palabras del inc. 2º del art. 610, la costumbre de admitir alegatos de las partes.

Dice la disposición: "En el acta que se extienda expresará, en primer lugar, no haberse obtenido conciliación; se continuará con la exposición verbal de las partes, *la referencia de las pruebas* y concluirá con la sentencia, etc."

Como la ley tolera a las partes la referencia de las pruebas se ha creado la costumbre de permitir exposiciones o alegatos de bien probado.

Por nuestra parte no tenemos ningún convencimiento de que esta práctica sea legal. Estas palabras no representan otra cosa, en el intento del legislador, según los antecedentes históricos, que la referencia a cuanto han declarado los testigos o a cuanto han ilustrado los peritos. Son transcripciones o referencias de cuanto surge de los medios de prueba, esto es, la constancia misma de la prueba y no un alegato o comentario sobre ella.

Lo que sucede es que, en realidad, los jueces de paz, más de una vez tienen interés en conocer puntos de vista que ilustren el debate y aceptan estas "referencias de las pruebas" como contribución, a veces valiosa, para la dilucidación del asunto.

Una exposición de esta índole, siendo clara, precisa, ilustrativa, no destruye la esencia del juicio verbal. Pero lo contrario, un debate amplio y formal, puede contribuir a que el procedimiento pierda su natural envoltura de sencillez y simplicidad.

No habiendo disposición legal que expresamente prohíba ni permita un debate de esa índole, queda librado a la discreción del juez, de acuerdo con el criterio reiteradamente expuesto, aceptarlo o rechazarlo, según convenga al resultado del asunto.

Privar de una exposición de esta índole, no significa cercenar la libertad de defensa, porque, tal como se decía, la "referencia de las pruebas" no es el comentario de las mismas, sino, simplemente, la constancia en el acta de todas las pruebas producidas.

Esta ha sido, por lo demás, la interpretación del Superior Tribunal de Justicia, en su Acordada de 23 de junio de 1892 (⁵¹).

41. *Conclusión de la causa.*

A estar al esquema inicial de este curso, con los procedimientos que acaban de referirse quedaría concluído el juicio verbal, debiendo pasarse a la sentencia definitiva.

El art. 610 establece que el acta de la audiencia de prueba "concluirá con la sentencia con arreglo al formulario que dicte el Superior Tribunal de Justicia".

A estar a esta disposición, parecería que el juez debe dictar sentencia en el acto mismo de la audiencia y asentarla en el acta. Sin embargo, esta disposición no puede interpretarse tan estrictamente.

Por lo pronto, la misma ley faculta al juez para que no dicte sentencia en el acto, porque en el art. 620 le autoriza a "tomar consejo privado de hombres de buena razón y probidad". De manera que el juez puede decir: "Y yo, el juez, me reservo proveer por acto separado".

(⁵¹) REYES, *Acordadas*, pág. 281.

Aunque es posible, no es preceptivo fallar en la audiencia de prueba.

Además se plantea el problema de saber qué sucede con la tasación y pago de costas, o sea, si entre la audiencia de prueba y la sentencia debe mediar, como en el juicio ordinario, la tasación y pago de las costas causadas (art. 210).

El legislador ha olvidado toda consideración de las costas, en juicio verbal. La Corte entiende que corresponde la tasación y pago de costas, al establecer, con carácter general, que los tasadores de costas deben tasar las costas de las planillas que les remitan los jueces de paz ⁽⁵²⁾.

Numerosas disposiciones legales recuerdan que en esta materia procede la tasación y pago de costas (p. ej. art. 9 de la ley 25 enero 1934); y no existiendo disposición especial que diga cuándo deben ser tasadas, corresponde decretar esa medida con carácter previo a la sentencia definitiva.

Aunque el mismo art. 210 dice que corresponde la tasación antes de la prueba, en materia de juicio verbal esta disposición ha caído en desuso, porque las costas son tan ínfimas que no justifican la liquidación. La tasación anterior a la sentencia se realiza siempre; no así la anterior a la audiencia de prueba.

Por otra parte, este problema sólo reviste carácter transitorio para los asuntos pendientes, pues todo el régimen de costas de actuación acaba de ser abolido por la ley de 8 de julio de 1950.

(52) *Jur. A. S.*, t. 2, caso 568.

CAPÍTULO IV
L A S E N T E N C I A

42. *Forma de la sentencia.*

La sentencia del juicio verbal tiene una característica tan curiosa que de ser dictada con arreglo estricto a la ley sería incomprensible.

Dice el art. 610, en la parte final, que "concluirá con la sentencia, con arreglo al formulario que dicte el Superior Tribunal de Justicia".

Para la ley, la sentencia del juez de paz ha de ser cosa tan rudimentaria que quepa en un formulario.

Ese formulario existe, pero es casi desconocido. Su historia es la siguiente: el art. 610 está tomado del art. 591 del Proyecto Requena, el que decía así: "y concluirá con la sentencia, con arreglo al formulario del Superior Tribunal de Justicia de fecha 22 de diciembre de 1874". La Comisión Revisora dejó todo el pasaje hasta "el Superior Tribunal de Justicia", y suprimió la parte relativa a la fecha del formulario anterior, expresando en cambio que el Tribunal dictaría ese formulario. Pero el Tribunal no lo dictó nunca.

El formulario de 22 de diciembre de 1874 no ha sido derogado, porque no ha sido dictado ningún otro que lo reemplace; y estableciendo la ley que la sentencia debe ajustarse a un formulario del Superior Tribunal de Justicia, lo lógico es acudir al formulario existente, que es el de 1874 ⁽⁵³⁾.

(53) Su texto puede consultarse en REYES, *Acordadas*, p. 172.

Ese texto es candoroso, mezcla de formulario administrativo y de esquema de sentencia. Con el tiempo ha caído en desuso, ya que los jueces de paz no lo utilizan ni se creen obligados a él.

Nada impide a los jueces de paz hacer sentencias ajustadas a formas jurídicas estrictas y correctas; y como la infracción al principio de que la sentencia se haga con arreglo a él no tiene sanción, el juez puede apartarse del mismo y redactar la sentencia según su criterio.

Es necesario, en el fallo del juez de paz, mantener el espíritu de esta legislación. El sentido está dado, a nuestro modo de ver, por el art. 620, que quiere que la sentencia del juez de paz, más que un apoyo jurídico, tenga su base en la buena razón y probidad. El legislador quiere buenas intenciones: la recta apreciación de la conducta de las partes y un hacer bien las cosas⁽⁵⁴⁾. En ese sentido queda todo librado al concepto que el juez de paz tenga de su propia misión; la ley lo quiere hombre sincero, virtuoso y ecuánime; le recomienda antes que toda otra cosa el consejo del buen sentido.

Nunca defraudará las aspiraciones de la ley el magistrado que en esta materia coloque por encima de las virtudes del tecnicismo jurídico, los dictados de su conciencia recta y justiciera.

43. *Notificación de la sentencia.*

La sentencia del juez de paz se notifica en una forma distinta a la que establece el C. P. C. en el capítulo de notificaciones, porque está precedida de un extraño requisito.

(54) Así se expresa en *Rev. D. J. A.*, t. 11, p. 261.

El art. 623 dice: "Pronunciado el fallo, en el caso del art. 612 (es decir, en la primera audiencia; pero también debemos hacerlo extensivo a la audiencia de prueba), se citará al demandado para notificársele, y si no comparece se le hará la notificación por cedulón en la forma del artículo 196".

Quiere decir que la sentencia del juez de paz no se notifica como una sentencia común, sino que es menester citar a las partes para que concurran al juzgado a notificarse del fallo en la oficina. La ley no impone que se señale audiencia para notificarse; no es necesaria tampoco. Pero establece este requisito de la citación previa a las partes, a que vengan a notificarse, y sólo en el caso de que no concurran, podrán ser notificadas por cedulón.

En la práctica los jueces de paz notifican directamente a los interesados en su domicilio, personalmente o por cedulón, sin tantos rodeos inútiles.

CAPÍTULO V

LOS RECURSOS

44. *Sentencias apelables e inapelables.*

Las sentencias de los jueces de paz urbanos son irrecurribles cuando recaen en asuntos menores de cien pesos, y admiten apelación cuando recaen en asuntos que median entre cien y doscientos pesos (art. 81: C. ●. T.). Ante los jueces rurales el límite de la inapelabilidad es el de cincuenta pesos (art. 86: C. O. T.).

El principio de que la sentencia en asunto menor de cien pesos sea irrecurrible, es decir, que el juez entienda en ins-

tancia única, apareja implícitamente la inapelabilidad de todas las otras resoluciones del juez tomadas en el transcurso del juicio.

Dice el art. 26 de la ley 12 de setiembre de 1936: "En los incidentes será apelable, pero en relación, la sentencia que los decida; y la de segunda instancia hará cosa juzgada. Corresponderá el recurso siempre que lo principal admita instancia ulterior. Contra las otras resoluciones que recayeren en los incidentes sólo procederá el recurso de reposición".

En los asuntos que median entre cien pesos y doscientos, la sentencia es apelable, y, por lo tanto, las interlocutorias también lo serán. Y lo son, por aplicación de los principios generales, las mere-interlocutorias que traigan aparejado gravamen irreparable (C. P. C.: 651).

Pero en esta materia el concepto del gravamen irreparable debe ser tenido en cuenta a la luz de la idea ya desenvuelta de que la libertad de defensa debe ser conciliable con el carácter abreviado del procedimiento verbal.

La parte no podrá hacer valer en el juicio oral la condición de irreparable de una resolución porque limite sus medios de defensa, porque todo este juicio está construido sobre la base de una restricción de los medios de defensa.

45. *Formas de la apelación.*

El punto de saber si la apelación de la sentencia definitiva es libre o en relación, ha creado entre nosotros una verdadera confusión de ideas.

La disparidad de criterios parece haber surgido en torno a la equívoca redacción del art. 639: C. P. C.

Dice el art. 639: "Cuando de las sentencias de los Jue-

ces Letrados proceda el recurso de apelación para ante el Tribunal Supremo en causas que no excedan de mil pesos, se otorgará sólo en relación con remisión de los autos”.

Al calor de este artículo se ha llegado a sostener insistentemente, que la apelación de las sentencias de los jueces de paz para ante los jueces letrados debe hacerse en relación, porque recae siempre en asuntos de menos de mil pesos.

Pero el art. 639 sólo prevé la apelación de las sentencias de los jueces letrados y cuando el recurso proceda para ante el Tribunal Superior.

Este texto regía situaciones que, en su casi totalidad, han sido derogadas por el C. O. T. Así, p. ej., la sentencia dictada por el Juez de Comercio, en asunto menor de mil pesos, era apelable ante el Tribunal de Apelaciones; la sentencia de asunto civil menor de mil pesos se ventilaba en primera instancia ante un Juez Letrado Departamental, en segunda ante un Juez Letrado de lo Civil e Intestados, y admitía aún, en caso de ser la segunda revocatoria, un nuevo recurso de apelación del Juez de lo Civil para ante el Tribunal de Apelaciones.

En estos casos, cuando el recurso se daba contra el fallo de un juez letrado y se elevaba la causa ante un tribunal colegiado, se daba en relación a mérito de lo dispuesto en el referido artículo 639.

Pero esa situación ha desaparecido o poco menos, en el régimen vigente. Los asuntos menores de mil pesos nacen ante jueces de paz y mueren ante jueces letrados, sin que se dé, normalmente, la posibilidad de que lleguen hasta el Tribunal. Sólo por vía de excepción podría darse la situación prevista en el art. 639. Así, si en una quiebra, por virtud del fuero de atracción, se dictara sentencia acerca de una reclamación menor de mil pesos, el fallo dictado por el juez

letrado que entiende en la quiebra admitiría recurso para ante el Tribunal de Apelaciones. Ese recurso debe, entonces, no obstante recaer sobre sentencia definitiva, concederse en relación.

Pero el precepto aludido no es aplicable en materia de juicios verbales; en primer término porque no emana del juez letrado (la ley no llama así a los que tengan la condición de abogados, sino a los denominados de tal manera en razón del Juzgado en que prestan sus servicios); y en segundo, porque no se da la apelación para el Tribunal Superior (o sea el Tribunal de Apelaciones, en la denominación que tenía y aún se conserva en algunos pasajes del C. P. C.).

Una consulta del Dr. Stewart Vargas sostiene con variados argumentos la tesis de que el recurso se otorga en relación ⁽⁵⁵⁾. La jurisprudencia no acompaña esa tesis, debiendo recordarse que algún procedimiento emanado de la propia Suprema Corte ⁽⁵⁶⁾, bajo la presidencia de De María, sostiene lo contrario.

La regla en materia de apelación de sentencias definitivas, cualquiera sea el monto, es la de que el recurso se otorga libremente. Así surge, claramente, del art. 658: C. P. C. La variante legal, cuando el fallo definitivo ha recaído en asunto menor de mil pesos, es la de que, en esos casos, la apelación no se sustancia, a diferencia de lo que ocurre en los asuntos de mayor cuantía, en que la apelación se sustancia con un traslado al adversario (C. P. C.: 661 y 662).

Para derogar esa regla general, es necesario un texto expreso. Lo ha establecido, p. ej., el art. 20 de la ley de 16 de diciembre de 1927 al establecer que en materia de arrenda-

⁽⁵⁵⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 31, p. 503.

⁽⁵⁶⁾ *Jur. A. S.*, t. 4, p. 247.

mientos, cualquiera sea la suma disputada, el recurso se otorga en relación.

Pero en materia de juicio verbal, ningún texto deroga el principio ya anotado, el que se mantiene en todo su vigor. Ninguna razón derivada de la simplicidad o economía del procedimiento, puede derogar un sistema que sólo en función de una norma derogatoria expresa podría ser modificado.

ÍNDICE DE AUTORES

	Pág.		Pág.
A			
ACEVEDO	487	ASÚA, IOMÉNEZ DE	31, 314
ACUÑA	352	AUBRY ET RAU	297, 392, 393
ACHARD	321	AUSTIN	22, 23
ACHER	399	AZEVEDO, LLAMBÍAS DE	33, 87
AFTALÓN	34	B	
ALADIO	191, 295, 298, 509	BACON	18
ALBURQUERQUE	513	BAETHGEN 191, 192, 196, 296, 305	509
ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO 46, 64, 227	270	BAJAC	490
ALCORTA	106	BALDO	225, 227
ALFARO	84	BALLESTEROS	126, 144, 145
ALFENO VARO	332	BAPTISTA MARTINS	227
ALFONSÍN, Q.	97, 111	BARBOSA DE MAGALHAES	108
ALSINA	40, 229, 230, 282	BARCIA	126
ALLORIO	390	BAROFFIO-ZERBINO	439
AMAYA	332	BARTIN	393
AMERICANO	406	BARRIOS DE ANGELIS	52
AMÉZAGA	84, 296, 313, 323, 445	BASTOS, JULIO	186
ANCEL	61	BAYLEY	187, 320
ANDRE	246	BELIME	39
ANDRIOLI	253, 254	BENSA, FADDA Y	40
ANZALONE	46	BENTHAM	89
ARAUJO LOPES	220, 221, 227, 407	BERRO	120
ARCOS FERRAND	487	BERROTARÁN	229
ARENAS, ANTONIO	100	BETTI	24, 371
ARLAS	474	BIBILONI	392, 393, 394, 395, 396
ARTECONA	411	BIELSA	85
ASCARELLI	22, 78	BINDING	21, 31
ASCOLI	55, 61, 89		
ASSIS MOURA	221, 227, 407		

DUNAND	Pág.	244
DUNLOP, J. T.		268

E

ECHEVARRÍA, TORO Y	406, 407
EDDER	71, 73, 86, 89
EICHMANN	408
ENGELMANN	80
ENNECERUS-NIDDEREY	204
ESCALADA	459
ESCAICHE	19
ESMEIN	61
ESPINOLA	258, 440, 449
ESQUI	115
ESQUIVEL OBREGÓN	78, 79
ESTLYA RUIZ	64

F

FABREGA Y CORTES	227
FADDA Y BENSA	40
FAIRÉN GUILLÉN	371
FAIRWEATHER, ●	269
FERNÁNDEZ,	230, 296
FERNÁNDEZ GIANOTTI	34
FERRARA,	35, 40
FERRARA SANTAMARÍA	413
FIGUEROA, SUAREZ DE	228
FIORE	105
FITZPATRICK, B. H.	269
FLEINER	447
FORSYTHE, J. S.	269
FRAGOSO	332
FRANKFURTER	17
FREIDÍN, J.	269
FREITAS, DE	296
FREJAVILLE	61
FREY, A. H.	267

G

GADOW	394
GALLINAL, 57, 171, 215, 339, 363,	401, 490, 494, 516,
	520
GARCÍA, EDUARDO AUGUSTO	406
GARCÍA GOYENA	425
GARCÍA MAYNEZ,	42, 64
GARCÍA ROJAS	64

GARSONNET-BRU	222, 225
GÉNY	21, 27, 42
GIARDINA	225
GIGNOUX	316
GLASSON,	222, 486
GLASSON-TISSIER,	225, 246
GOIBARACENA	487
GOLDSCHMIDT, 48, 52, 239, 247,	254, 315,
	412
GORDIL	399
GROSSMANN	70, 237, 239, 241, 243
GRÜNHUT	243
GUARNER, CITATI,	238, 240, 412
GUAST	244, 365
GUÉNOUX	17
GUILLOT, 18, 158, 170, 296, 503, 504	
GUTTERIDGE, H. C.	71
GUTZWILLER	108
GUZZARDI	391

H

HALPERIN	282
HALSBURY	316
HELLWIG, 392, 394, 395,	408
HEFNER, A. W.	266
HERMANN	475
HERMOGENIANO	310
HERRERA Y OBES, JULIO	103
HÖLDER	21, 39
HOLMES	89
HOZ, DE LA	472
HÜBLER	48
HUC	392

I

IBÁÑEZ FROCJAM	486
IHRING	51
IRURETA GOYENA,	111, 320

J

JAMOT,	208, 225
JENKS	487
JÉZE, G.	441
JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 19, 85, 439,	450, 457, 505,
	515
JIMÉNEZ DE ASÚA,	31, 314

	Pág.		Pág.
JOFRÉ,	282, 296, 486	MARÍA, DE 176, 363, 364, 365, 490,	
JONAS. STEIN-	241	494, 509, 516, 518,	538
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE	61	MARTÍNEZ PAZ	42
		MARTÍNEZ PÁEZ	159
K		MARTORELL TORT Y	461
KATZ	267	MASSERA	509
KELSEN,	23, 28, 204	MAYER	444
KISCH	315	MAZEAUD	61
KOHLER	21, 39, 238, 241, 371	MERCADER	46
KRAISELBRUD	106	MÉNDEZ, A.	422
KRIFGEL	473	MENESTRINA	371
KUTTNER	394	MICHELI,	52, 254
		MICHELSON	114
L		MILLAR	49, 70, 80, 315
LABORDE-LACOSTE	208	MINELLI	195
LAFAILLE	387	MIRANDA, PONTES DE	404
LAGARMILLA,	296, 430, 477	MORANDIÈRE, JULLIOT DE LA	61
LAMBERT, EDUARD	27	MOREL	222
LAURENT	392	MORELLI	290
LAYSNEY. ROUSSEAU Y	393	MORETTI	307
LEGON	460	MORTARA	240, 371
LEPAULLE	61	MUÑOZ MORALES	72
LE RIVEREND	202		
LEVENE	486	N	
LIEBMAN, 98, 222, 245, 390, 395, 412		NARIO	477
LINARES,	43, 85	NARVAJA	340, 341
LIPARI,	243, 393	NENCIONI	226
LÓPEZ	236, 409	NIBOYET	61
LÓPEZ G.	332	NIPPERDEY, ENNECCERUS-	204
LÓPEZ LOMBA	490	NOLDE	108
LORETO	239		
		O	
LL		OCTAVIO, RODRIGO	101
LLAMBIAS DE AZEVEDO,	33, 87	OLARTE	118
		ORGAZ	202
M		OSENBRÜGEN	473
MAC MILLAN	87	OTS CADEQUI	76
MAGALHAES. BARBOSA DE	108		
MAGGIORE	25	P	
MANCINI	103	PARRY	17
MANRESA	405, 410	PAULO	16, 473, 479
MARCADÉ	392, 393	PAVANINI	370, 372
MARCELO	16	PEKELIS	37, 90
		PÉREZ MARTÍNEZ,	139, 215
		PIAZZA	86
		PICOT	487, 489

ÍNDICE DE AUTORES

545

	PÁG.
PINA, DE	64
PLANIOL-RIPERT	399
PODETTI 212, 221, 229,	243
POLLAK	224
POMPONIO	16
PONTES DE MIRANDA	404
PORTALIS	21
POUND	22, 71, 74
PRADIER-FODERÉ,	99, 100, 102
PRIETO CASTRO	239

Q

QUINTANA, MANUEL	102
------------------	-----

R

RABASSA	71
RADIN	20
RADOUANT	399
RAGGI	292
RAMELA DE CASTRO	215
RAMÍREZ, 100, 102, 103, 105, 106, 291,	440
RASSELLI	41
RAU, AUBRY ET	297, 392, 393
REBORA, J. C.	320
RECASENS SICHES,	44, 65
REDENTI	208, 253, 426
REIMUNDÍN	337
REIS, DOS	281
REQUENA	157, 182, 297, 360, 514
REUS	227
REYES, 142, 237, 488, 499, 513, 531,	533
REYES LERENA, 494, 516, 517, 518,	520
RICCA BARBERIS	241
RÍO	50
RIPERT, PLANIOL-	399
RIVEREND, LE	202
ROCCO	21, 51, 208, 371
RODRIGO OCTAVIO	101
ROJINA VILLEGAS	201
ROMANO, SANTI	20
ROMERO	50
ROMERO DEL PRADO	106
ROMPANI	62, 339
ROSENBERG	280
ROUAST	61

	PÁG.
ROUSSEAU Y LAYSNEY	393
RUGGIERO, DE	475

S

SABATTINI	460, 461, 488
SACARELO FUENTES	137, 339, 440
SALGADO	332, 459
SALVAGNO CAMPOS	31
SÁNCHEZ ALBORNOZ	75
SANDERS	262, 264, 266
SANTI ROMANO	20
SAPENA	106
SAVIGNY	17, 21, 39, 40, 105, 205
SAYAGUES LASO, 137, 157, 158, 159, 196, 215, 440,	441
SCAGLIONI	281
SCELLE, J.	441
SEGREAL	489
SEgni	226
SEGOVIA	106
SELEKMAN	266
SELIGMAN	486
SEMON	239
SÉNÉCA	38
SENN	20
SENTÍS MELENDO, 245, 310, 332, 337,	339
SHAW	269
SHISHKIN, B.	269
SILVEIRA	22, 24, 51
SODRÉ	460
SOLARI	23
SOLER	31, 37
SOLMI	253, 255
SOLORZANO	486
SOLUS	61
SPEHL	493
STEIN	241, 316
STEIN-JONAS	241
STONE	69
STORY	105
SUÁREZ DE FIGUEROA	228
SUMNER MAINE	89

T

TERRA	440
THOT	315

	Pág.		Pág.
TISSIER	222, 393	VICO	106, 115
TISSIER, GLASSON-	225, 246	VIDELA ARANGUREN	111, 116
TORAL	52	VIGODET, GASPARD	237
TORO Y ECHEVARRÍA	406, 407	VIVAS CERANTÉS	511, 517
TORT Y MARTORELL	461	VIZIOZ	208, 255
TORRENS	72		
TRUEDA URBINA	65	W	
TUNSTALL	255	WEISMANN	225
		WENGER	408
U		WESSEL	114
UGÓN, ARMAND,	341, 487, 488, 515	WINDSCHEID	40
ULMIANO, 16, 308, 314, 315, 329, 478		WORTLEY, B. A.	71
URRUTIA	108		
		Y	
V		YEDES	108
VALENZUELA	332		
VARGAS FONTECILLA	144	Z	
VARGAS GUILLEMETTE	109	ZANZUCCHI	208
VASSALLI	315, 316, 317, 318, 371	ZEBALLOS	100
VÁZQUEZ ACEVEDO	187	ZITELMANN	42
VECCHIO, DEL	45	ZIBILLAGA	427
VERPLAETSE	389, 400		
VESPASIANO	91		

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS(*)

	A	Pág.		Pág.
		Pág.	tos, t. II,	73
ABACERÍAS		19	— legislativos. Revisión jurisdiccio-	
ABOGADO		34	nal de los... ..	439
— y procuradores. Impedimento			— procesales como perturbación	
de los... ..		156	posesoria	295
ABSTENCIÓN		183	— procesales condicionales	316
— Concepto de... ..		183	— procesales fraudulentos. Revo-	
— Decreto que concede el derecho			cación de los... ..	387
de... ..		195	— procesales. Validez extraterrito-	
— de los jueces. Impedimento, recu-			rial de los... ..	287
sación y... ..		123	— sentencia como... y como docu-	
ACCIÓN			mento	306
— t. I, 24, 32, 34, 45; t. III, 208			ACTUARIOS y alguaciles. Inhibición	
— pauliana y revocación de la cosa			de... ..	139
juzgada fraudulenta		411	ACUERDOS colectivos	267
ACREEDOR			ACUMULABILIDAD de las demandas	427
— Condición de... deudor o fiador		167	ACUMULACIÓN efectiva	429
— Condición de... o deudora de			— eventual	429
parte de la esposa		171	ADMINISTRACIÓN	
ACTAS			— t. I, 217, 219,	220
— de conciliación. Contratos en... ..		513	ALGUACILES	
Actio doli		408	— Inhibición de actuarios y... ..	139
Actio iudicati		408	ALLANAMIENTO	
ACTO			— t. I, 230; t. III,	244
— Distinción entre... y documen-			— a la demanda, t. II,	357

(*) Para facilitar la labor de quien haya de consultar los *Estudios*, se incluyen en el presente índice las voces más importantes cuyo desarrollo se encuentra en los volúmenes I y II. En tales casos, la indicación de la página va precedida de la del correspondiente volumen.

	Pág.		Pág.
<i>American Law Institute</i>	81	C	
AMISTAD íntima	168	CALIDAD	208
AMPLIACIÓN y rectificación de sen-		— de comerciante	203
tencia	329	CAPACES	209
<i>Analogia juris</i>	62	CAPACIDAD	208
<i>Analogia legis</i>	62	— como aptitud de ejercicio	205
ANULACIÓN	404	— como posibilidad	203
— Revocación y... ..	403	— Concepto de... ..	201
APELACIÓN		— y legitimación procesales	201
— Formas de la... ..	536	CARGA	52
<i>Appellatio est provocatio ad major</i>		— procesal, t. II	150
<i>judicem</i>	136	— de la prueba. Sana critica y...	
<i>Appellatione pendente nihil innovan-</i>		t. II	222
<i>dum</i>	374	— públicas. Teoría de la igual-	
APTITUD de ejercicio. Capacidad co-		dad ante las... ..	444
mo... ..	205	— Verdad como deber, como... o	
— restringida del fallido	202	como obligación procesal	254
ARBITRAJE obligatorio	262, 268	CARRERA judicial, t. I,	134, 137
— voluntario	262	CARTAS rogatorias, t. I	246
ARBITRARIEDAD judicial, t. I,	83	CASACIÓN, t. I	104
ASIMILACIÓN del tercero a la parte	225	CASO	
ASISTENCIA	212, 214	— Derecho de los... ..	82
— letrada	507	— fortuito	428
<i>Assistentia ut causam adjuvat ad</i>		— de impedimento. Procedimiento	
<i>victoriam</i>	222	en... ..	151
ASTREINTES	313	— no previsto	43
AUDIENCIA		— procesal no previsto	56
— de demanda	506	CAUSA	
— de prueba	515, 526	— Conclusión de la... ..	531
AUTOCOMPOSICIÓN, t. I,	230, 282	— de recusación	162
AUTONOMÍA procesal del tercero	223	CITACIÓN	500
AUTORIZACIÓN	212, 214	<i>Citatio auctoris</i>	220
AUXILIATORIA de pobreza, t. I	111	CODIFICACIÓN	92
		— en el derecho de nuestro tiempo.	
		<i>Common law</i> y... ..	80
		— Función del proceso en la... ..	67
		— Porvenir de la	88
		— Sistema de la... ..	70
		COLISIÓN de textos y de principios	54
		COLUSIÓN y cosa juzgada	390
		— Fraude o... ..	401
		COMENSAL habitual	169
		COMERCIANTE. Calidad de... ..	203
		<i>Common law</i> , t. I, 25, 147, 157,	
		160, 162	163
		— — anglo-americano	71
		— — auténticamente americano	78
		— — y codificación en el dere-	
		cho de nuestro tiempo	80
		— — Espíritu del... ..	74

B

<i>Bescheinigung</i>	280
<i>Beweisurteil</i>	315
BIGAMIA	113
BILATERALIDAD del proceso, t. I,	310
BOICOT	270
BONDAD	16
BUENA FE	44, 341, 342
BUEN padre de familia	20
— padre de familia. Diligencia	
de un... ..	44

	Pág.		Pág.
— — Función del proceso en el...	67	CURAYELA. Motivo de...	149
— — inglés	70	CURIALES	53
— — Interpretación en el...	22		
— — Porvenir del...	88		
— — Sistema del...	70	D	
COMPETENCIA	203	DÁDIVAS. Recibo de presentes y...	168
CONCENTRACIÓN. Principio de...	63	DAÑOS <i>salva liquidatione</i> . Condenas	
CONCIENCIA		de	318
— americana	105	DEBER	52
— Magistraturas de...	490	— de las partes de decir la verdad	235
CONCILIACIÓN, r. I, 70, 223, 225,		— Verdad como..., como carga o	
229, 230, 235, 237, 239, 241,		como obligación procesal	254
279	282	DEBIDO PROCESO, t. I, 50, 55, 58,	
— t. III, 262	514	191, 193, 195, 200	214
— Contratos en actas de...	513	DECORO. Motivos de...	184
CONCLUSIONES de la causa	531	DECRETO prefecicio	460
CONCURSO, t. I,	135, 139	DEFENSA en juicio, t. I, 45	60
CONDENA		— por procurador	508
— en costas al vencedor	337	DEFICIENCIAS del léxico legal	52
— de daños <i>salva liquidatione</i> ..	318	DELICADEZA. Motivos de...	184
— de futuro	316	DEMANDA	
— con reserva. Sentencias de	316	— Acumulabilidad de las... ..	427
CONFESIÓN, t. I	241	— Audiencia de... ..	506
CONFLICTOS del trabajo. Jueces y		— contra el Estado y el funcio-	
partes en los... ..	261	nario	423
CONGRESO de Lima de 1877	99	— contra el funcionario y el Es-	
CONJUECES. Inhibición de... ..	141	tado	423
<i>Conscientia fraudis</i>	401	— revocatoria. Función de la... ..	398
CONSTITUCIÓN	27	DEMENTE	202
CONTRATOS en actas de conciliación	513	<i>Demurrer</i>	210
— innominado	30	DERECHO	208
CONVENIO colectivo	268	— de abstención. Decreto que con-	
COSA JUZGADA, t. I, 99, 279	287	cede el... ..	195
— — t. III	400	— de los casos	82
— — Colusión y... ..	390	— codificado. Interpretación en	
— — formal en materia de embar-		el... ..	22
go preventivo	280	— hispano-americano. Espíritu del	
— — fraudulenta. Acción paulia-		— historia y geografía en el mun-	
na y revocación de la... ..	411	do americano	70
— — Tercero y... ..	221	— intermedio	77
COSTAS, t. I, 43	118	— y justicia	87
— Tasación y pago de... ..	532	— de nuestro tiempo. <i>Common</i>	
— al vencedor. Condena en... ..	337	<i>law</i> y codificación en el... ..	80
COSTUMBRE	16, 44	— Plenitud lógica necesaria del... ..	43
<i>Country court</i>	486	— procesal internacional	290
CREDIBILIDAD	280	— y sistema	87
CULPA	342	— Teoría de la protección cons-	
CURADOR	202, 212	titucional de los... ..	446

	Pág.		Pág.
— Teoría de la protección supra- constitucional de los...	446	ENTREGA efectiva de la herencia.	
DESALOJO	298, 475	Juicio de...	471
DESISTIMIENTO, t. I	250	— de la herencia, y desalojo	475
DEUDOR. Condición de acreedor... •		EQUIDAD, t. I, 70, 167,	277
fiador	167	— Teoría de la... ..	444
DEUDORA. Condición de acreedora •...		ERROR	
de parte de la esposa	171	— de firma en la sentencia	305
DICCIONARIO Escriche	19	— judiciales, t. I,	91
DILIGENCIA de un buen padre de		— materiales de la sentencia como	
familia	44	documento	509
DIRECCIÓN del proceso, t. I	154	ESCRIBANO	34
DISCUSIÓN	262	ESPACIOS vacíos	43
DISPONIBILIDAD	245	ESPÍRITU del <i>common law</i>	74
— de las pruebas, t. II	427	— del derecho hispano americano	74
DISPOSICIONES que rigen el juicio		ESPOSA. Condición de acreedora o	
verbal	485	deudora de parte de la... ..	171
DIVORCIO	112	ESTADO	
— Sentencias de... ..	113	— Demanda contra el funcionario	
DOCUMENTO. Errores materiales de		y el... ..	423
la sentencia como... ..	309	— Proceso de responsabilidad del... ..	421
— Sentencia como acto y como... ..	306	— Responsabilidad directa del... ..	433, 434
DOLO	342	— Responsabilidad mediata del... ..	432
— bueno	401	EXCEPCIÓN, t. I, 22, 45, 47	55
— malo	401	<i>Exceptio doli</i>	408
<i>Due process of law</i> , t. I, 23, 50,		<i>Exceptio rei iudicata</i>	408
58	194	EXÉGESIS e interpretación	18
<i>Due process of law</i> (teoría del debi-		EXHORTOS, t. I,	142
do proceso)	86	EXPERIENCIA extrajudicial	110
		— judicial	111
E		EXPROPIACIÓN:	
ECONOMÍA. Principio de... ..	63	— indirecta. Teoría de la... ..	445
EDICTO de Vespasiano	91	— juicio de... ..	455
EFFECTOS de la recusación	180	— por monopolio. Teoría de la... ..	445
EJECUCIÓN, t. I,	238, 259	— Sentencia de... ..	460
— provisoria de la sentencia. Pro-		EXTRADICIÓN	117
cedimiento de... ..	372		
EJERCICIO. Capacidad como aptitud		F	
de... ..	205	FACULTADES del juez	522
EMBARGO, t. I, 243, 252, 253, 254		FALTA del funcionario	422
255, 256; t. III	115	— del servicio	422
— preventivo. Cosa juzgada for-		FALLIDO. Aptitud restringida del... ..	202
mal en materia de... ..	280	FALLOS	
— preventivo. Revocabilidad del... ..	377	— plenarios, t. I,	97, 104
ENCUESTA	262	— de segunda instancia, confir-	
ENEMISTAD	171	matorio del de primera. Natura-	
ENRIQUECIMIENTO sin causa. Teoría		leza del... ..	374
del... ..	444		

	Pág.		Pág.
— de segunda instancia, revocatorio del de primera. Naturaleza del...	378	GOBERNANTE	34
FIADOR. Condición de acreedor, deudor o...	167	GRAVAMEN irreparable	536
FIDEICOMISO (<i>trust</i>)	84	GUERRA del Pacífico	101
<i>Fin de non recevoir</i>	210	H	
FINES de la revocación	402	HEREDERO presunto. Condición de...	169
FIRMA. Error de... en la sentencia	305	HERENCIA	
FORMAS. Principio de libertad en las...	62, 63	— Entrega de la... ..	475
FRAUDE		— juicio de entrega efectiva de la... ..	471
— • colusión	401	HUJOS	
— y cosa juzgada, t. II	373	— adulterinos	113
— entre partes	397	— bajo patria potestad	212
— Prevención del... t. II	371	— legitimados	113
— procesal, t. I, 45; t. III	388	— legítimos	113
— a terceros	397	HISTORIA, derecho y geografía en el mundo americano	70
<i>Fraus omnia corrumpit</i>	391	<i>Homme de paille</i>	231
FUERO Juzgo	91	HUELGA	263, 270
FUERZA mayor	428	I	
<i>Fumus bonis iuris</i> , t. II, 93, 315; t. III,	280	IDIOMA azteca. Justicia en el... ..	79
FUNCIÓN		IGUALDAD	
— de la demanda revocatoria ..	398	— ante las cargas públicas. Teoría de la... ..	444
— del proceso en la codificación ..	67	— Principio de... ..	62
— del proceso en el <i>common law</i> ..	67	— en el proceso, t. I, 66, 274 ..	275
FUNCIONARIO	34	IMPEDIMENTO	
— Demanda contra el... y el Estado	423	— de los abogados y procuradores ..	156
— Falta del... ..	422	— Concepto de... ..	144, 146
— Insolvencia del... ..	433	— Motivos de	146
— públicos. Proceso de responsabilidad de los... ..	421	— Procedimiento en casos de... ..	151
— Responsabilidad exclusiva del... ..	432	— recusación y abstención de los jueces ..	123
— Responsabilidad inmediata del... ..	432	<i>Improbis litigator</i>	339
<i>Furiosus sententia dici non potest</i> ..	211	IMPULSO procesal, t. I,	309, 317
FUTURO. Condenas de... ..	316	— procesal. Principio de... ..	62
G		IMPUTABILIDAD	203
GARANTÍA		INCAPACES	211, 212
— constitucionales del proceso civil; t. I, 17; t. III,	48	INCAPACIDAD y prohibición ..	206
— procesales, t. I, 17, 55, 59, 60, 63, 64, 65, 87, 89, 90, 100, 103, 191	193	INCIDENTE de tachas	57
GEOGRAFÍA, historia y derecho en el mundo americano	70	<i>In claris non fit interpretatio</i> ..	16
		INCONSTITUCIONALIDAD de la ley. Teoría de la... ..	84
		INDEPENDENCIA judicial, t. I, 87, 129, 150	151

	Pág.		Pág.
INDIAS. Leyes de	76	INTÉRPRETES	
INDULGENCIA	16	— Diversidad de... ..	33
INFORMAR <i>in voce</i> . Orden para... ..	359	INTERROGATORIO	
INFORME <i>in voce</i>	359	— Formas del... ..	527
INHABILITACIÓN penal	202	INTERRUPCIONES al testigo y repre-	
INHIBICIÓN	127, 134	guntas	528
— de actuarios y alguaciles	139	INTERVENCIÓN	
— de conjuces	141	— anterior. Motivo de... ..	149
— de jueces árbitros, peritos y re-		— judicial	262
gulador de honorarios	142	— en el juicio	407
— de jueces comisionados	140	<i>Interventio ad infragendum iura</i>	
— y recusación	160	<i>utriusque competitoris</i>	225
INICIATIVA. Principio de... en el pro-		INVESTIGACIÓN	262
ceso	62	IRRETROACTIVIDAD de la sentencia de	
<i>Injunction</i> . Procedimiento de... ..	315	segunda instancia	379
INMUTABILIDAD de la sentencia 308, 329			
INSOLVENCIA del funcionario	433	J	
INTEGRACIÓN de la ley. Interpreta-		<i>Judex inhabilis</i>	127, 145
ción e... ..	39	<i>Judex suspectus</i>	127, 145
— de las leyes en el Proyecto de		JUDICATURA, t. I,	135
Código de Procedimiento Civil		JUEZ	
de 1945.		t. I, 79, 129, 133, 139, 147,	
Interpretación e... ..	60	150, 151, 152, 167, 171,	243
INTERÉS	208	t. III,	34
— motivos de... ..	147	— árbitros. Inhibición de... peritos	
INTERLOCUTORIAS, t. I,	155, 295	y regulador de honorarios ..	142
INTERPRETACIÓN, t. II	59	— comisionados. Inhibición de... ..	140
— auténtica o legislativa	34	— Facultades del... ..	522
— en el <i>common law</i>	22	— Impedimento, recusación y abs-	
— en el derecho codificado	22	tención de los... ..	123
— doctrinaria	36	— Irritación del... ..	187
— Exégesis e... ..	18	— y partes en los conflictos del	
— e integración de la ley	39	trabajo	261
— e integración de las leyes en el		— de paz ingleses	486
Proyecto de Código de Proce-		— de paz. Procedimiento verbal	
dimiento Civil de 1945	60	ante los... ..	483
— judicial	35	— Prudente arbitrio de los... ..	44
— y jurisprudencia	17	— recusado. Actitud del... ..	174
— legislativa o auténtica	34	JUICIO	
— de las leyes procesales ..	15, 46	— de entrega efectiva de la he-	
— de la ley procesal. Problemas		rencia	471
de la... ..	91	— de expropiación	455
— Objeto de la... ..	26	— Intervención en el... ..	407
— privada	38	— Notificación fuera del lugar	
— progresiva	20	del... ..	503
— Resultado de la... ..	26, 39	— Prueba fuera del lugar del... ..	524
— Sujetos de la... ..	26, 33		
— y tradición	16		
— y voluntad	23		

	Pág.		Pág.
— de iniciativa en el proceso	62	P	
— de libertad en las formas	62, 63		
<i>Model Code of Evidence</i>	82	PACÍFICO	
MONOPOLIO		— Guerra del...	101
— Teoría de la expropiación por...	445	PAÑERO de familia. Buen...	20
MONTEVIDEO		— de familia. Diligencia de un buen...	44
— Tratados de...	97	PAGO de costas. Tasación y...	532
MUJERES casadas	214	PARENTESCO	166
MUNDO americano. Derecho, historia y geografía en el...	70	— directo. Motivo de...	148
		— indirecto. Motivo de...	148
		PARTE	
N		— Asimilación del tercero a la...	235
NEGOCIACIÓN	262	— Deber de las... de decir la ver- dad	235
— colectiva	268	— Fraude entre	397
<i>Nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i>	413	— Jueces y... en los conflictos del trabajo	261
<i>Nemo tenetur edere contra se</i> . Pre- cepto..., t. II,	127	— necesaria. Concepto de...	425
NOMBRAMIENTO de magistrados, t. I, 125, 136,	139	— en sentido procesal	209
<i>Non est sub conditione sententia dicenda</i>	314	— en sentido sustancial	209
NORMAS de la prueba	46	— y terceros	412
NOTIFICACIÓN	288	PARTICIPACIÓN	
— fuera del lugar del juicio	503	— Motivo de...	149
— de la sentencia	534	PARTIDAS	
— en el Tránsito de 1889	291	Siete	92
NOVISIMA Recopilación	92	PATRIA POTESTAD	
NUEVA Recopilación	92	Hijos bajo...	212
<i>Numerus apertus</i>	30, 32	PATRÓN	
<i>Numerus clausus</i>	30, 32	Condición de...	169
		<i>Periculum in mora</i>	281, 452
O		PERIODISTA	34
OBEDIENCIA debida	429	PERITOS	
OBLIGACIÓN	52	Inhibición de jueces árbitros... y regulador de honorarios	142
— condicional y sentencia condicio- nal	318	PERSONAS jurídicas	212
— procesal. Verdad como deber, como carga o como...	254	PERTURBACIÓN posesoria. Actos pro- cesales como...	295
ODIO	171	PETICIÓN	
<i>Oppositione di terzo</i>	393, 407	t. I, 24, 34,	63
ORALIDAD, t. I,	321	PLENA prueba, t. II,	92
ORDEN		PLENITUD lógica necesaria del dere- cho	43
— para informar <i>in voce</i>	359	POLÍTICA y justicia, t. I, 169,	170
— público, t. I, 259; t. III,	290	PORVENIR de la codificación	88
		— del <i>common law</i>	88
		POSESIÓN, t. II, 335; t. III	298
		POSICIÓN	
		— juramento previo a la absolución de... t. II,	279

	Pág.		Pág.
— Prueba de... t. II, 267, 268; t. III,	55	— de responsabilidad de los fun- cionarios públicos	421
PRESENTES		— romano-canónico, t. I,	20
Recibo de... y dédivas	168	— del trabajo. Concepción jurídi- ca de los...	269
PRESUNCIÓN		— del trabajo. Concepción política de los...	265
Teoría de la... t. II,	78	PROCURADOR	
PRESUPUESTOS procesales	216	— Defensa por...	508
PREVENCIÓN del fraude, t. II,	371	— Impedimento de los abogados y...	156
PRINCIPIO		PROFESOR	34
— Colisión de textos y de...	54	PROHIBICIÓN	
— de concentración	63	Incapacidad y...	206
— de economía	63	PROMOCIÓN de jueces, t. I, 125, 136, 139	
— de igualdad	62	PROPIA sinrazón. Conciencia de la... 341	
— de impulso procesal	62	PROYECCIÓN	
— de probidad	63	— constitucional de los derechos. Teoría de la...	446
— procesales, t. I, 21, 66, 115, 258, 310, 313, 317, 318, 319, 321; t. III,	49	— constitucional del trabajo	272
PROBIDAD		— supraconstitucional de los de- rechos. Teoría de la...	446
— Principio de...	63	— de los terceros de buena fe t. II,	376
— procesal, t. II,	139	PROYECTO Biliboni	392
— en el proceso civil. Verdad y... 251		— de Código de Procedimiento Ci- vil de 1945. Interpretación e in- tegración de las leyes en el... 60	
PROBLEMA de la interpretación de la ley procesal	51	PRUDENTE arbitrio de los jueces	44
PROCEDIMIENTO		PRUEBA	
— en casos de impedimento	151	— Anticipación de la...	518
— de ejecución provisoria de la sentencia	372	— Audiencia de...	515
— de <i>injunción</i>	315	— civil, t. I,	65
— de recusación	172	— fuera del lugar del juicio	524
— verbal. Carácter del...	493	— Funcionamiento de la audien- cia de...	526
— verbal ante los jueces de paz	483	— Mecanismo de la... en el juicio verbal	516
— verbal. Naturaleza del...	489	— Normas de la...	46
PROCESO		— de posiciones	55
— civil t. I, 17, 20, 115, 154, 172, 308, 313,	321	— Sana crítica y carga de la... t. II,	222
— civil. Garantías constitucionales del... t. I, 17; t. III	48	— en segunda instancia	349
— civil. Verdad y probidad en el... 251		— Sentencia de...	315
— dispositivo. Verdad en las mani- festaciones del...	246	— Término extraordinario de...	516
— escrito, t. I, 20,	321	PUBLICIDAD de la justicia, t. I,	153
— Función del... en la codificación 67		PUPILO	212
— Función del... en el <i>common law</i>	67		
— Principio de iniciativa en el... 62			
— de responsabilidad del Estado 421			

	PÁG.		PÁG.		
Q					
<i>Quorum bonorum</i>	473	— inmediata del funcionario	432		
R					
RAZONABILIDAD	85	— judicial, t. I,	43, 90		
<i>Rebus sic stantibus</i>	282	— mediata del Estado	432		
RECOPIACIÓN Novísima	92	— procesal subjetiva	339		
— Nueva	92	— Proceso de... del Estado	421		
RECTIFICACIÓN de sentencia. Ampliación y...	329	<i>Restatement</i>	82		
RECURSOS	535	<i>Restitutio in integrum</i>	408		
— de queja; t. I,	217	RESULTADO de la interpretación 26,	39		
RECUSACIÓN	160	REVISIÓN jurisdiccional de los actos legislativos	439		
— Causas de...	162	REVOCABILIDAD del embargo preventivo	377		
— Efectos de la...	180	REVOCACIÓN	398		
— Extensión de la...	180	— de los actos procesales fraudulentos	387		
— Inhibición y...	160	— y anulación	403		
— de los jueces. Impedimento, abstención y...	123	— de la cosa juzgada fraudulenta. Acción pauliana y...	411		
— motivada	162	— Fines de la...	402		
— perentoria	161	S			
— Procedimiento de...	172	SANA CRÍTICA, t. I	319		
<i>Rechtsleerer Raum</i>	43	— — t. II	220		
RÉGIMEN jurídico del juicio verbal 485		— — Aplicación de las reglas de la... t. II	195		
REGULADOR de honorarios. Inhibición de jueces árbitros, peritos y...	142	SEGUNDA instancia. Naturaleza del fallo de..., confirmatorio del de primera	374		
<i>Replicatio doli</i>	408	— instancia. Naturaleza de la sentencia de...	369		
REPREGUNTAS		— instancia. Pruebas en...	349		
— Interrupciones al testigo y...	528	<i>Semel enim male seu bene officio functus est</i>	308		
REPRESENTACIÓN	212, 214, 507	SEMICAPACES	210		
RESENTIMIENTO	171	SENTENCIA, t. I, 69, 74, 76, 83, 274, 309; t. III	533		
RESERVA		— abiertas	316		
— Sentencias con...	313	— Ampliación y rectificación de...	329		
— Sentencias de condena con...	316	— apelables e inapelables	535		
<i>Res inter alios judicata</i>	221	— como acto y como documento 306			
<i>Res interpretanda</i>	26	— como documento. Errores materiales de la...	309		
<i>Res interpretans</i>	26	— de condena con reserva	316		
<i>Res interpretata</i>	26	— condicionales	316		
<i>Res judicata tertio non nocet</i>	221, 403	— condicional. Obligación condicional y...	318		
RESOLUCIÓN judicial	461	— de divorcio	113		
RESPONSABILIDAD		— Error de firma en la...	305		
— directa del Estado	433, 434				
— exclusiva del funcionario	432				
— de los funcionarios públicos. Proceso de	421				

	PÁG.		PÁG.
— de expropiación	460	— de la protección supraconstitu-	
— Forma de la...	533	cional de los derechos	446
— inapelables y apelables	535	TERCERO, r. II, 97	149
— Inmutabilidad de la...	308, 329	— Asimilación del... a la parte	225
— Notificación de la...	534	— Autonomía procesal del...	223
— Procedimiento de ejecución pro-		— coadyuvante. Legitimación pro-	
visoria de la...	372	cesal del...	219
— provisionales condicionales y al-		— y cosa juzgada	221
ternativas	313	— Fraude a...	397
— de prueba	315	— Partes y...	412
— con reserva	315	TÉRMINO extraordinario de prueba	516
— de segunda instancia. Irretroac-		<i>Tertium non datur</i>	298
tividad de la...	379	TESTIGO	
— de segunda instancia. Naturale-		— Interrupciones al... y repregun-	
za de la...	369	tas	528
— de tanteo	329	— Tachas de...	529
SERVICIO. Falta del...	422	TEXTOS. Colisión de... y de princi-	
SIETE PARTIDAS	92	pios	54
SINRAZÓN. Conciencia de la propia	341	<i>Tierce oppositio</i>	220, 222, 393, 407
SISTEMA.		TRABAJO, t. I	279
— de la codificación	70	— Concepción jurídica de los pro-	
— del <i>common law</i>	70	cesos del...	269
— Derecho y...	87	— Concepción política de los pro-	
SORDOMUDO	202, 214	cesos del...	265
Status	32	— Jueces y partes en los conflictos	
SUJETOS de la interpretación	26, 33	del...	261
		— Protección constitucional del...	272
		TRADICIÓN. Interpretación y...	16
		TRANSACCIÓN, t. I	223, 230, 232
		TRASLADO de jueces, t. I, 125, 136, 139	
		TRATADO de derecho procesal de Mon-	
		tevideo, t. I	245
		— de 1889. Notificación en el...	291
		— de Montevideo	97
		TRAYECTORIA y destino del derecho	
		procesal civil hispano-americano,	
		t. I	289
		<i>Trial by jury</i>	486
		<i>Trust</i> (fideicomiso)	84
		TUTELA. Motivos de...	149
		TUTOR	202, 212
		U	
		<i>Ubi eadem est ratio, idem jus</i>	59
		<i>Ubi lex non distinguit, nec nos dis-</i>	
		tinguere debemus	59
		USO forense t. I	226
		USUCAPIÓN, t. II	313, 335

	Pág.		Pág.
V			
VALIDEZ extraterritorial de los actos procesales	287	— Deber de las partes de decir la... 235	
VENCEDOR. Condena en costas 21... 337		— Fe pública y la... t. II 33	
VERDAD.		— y justicia 256	
— como deber, como carga ♦ como obligación procesal	254	— en las manifestaciones del pro- ceso dispositivo 246	
		— y probidad en el proceso civil 251	
		VESPASIANO. Edicto de... 91	
		VOLUNTAD. Interpretación y... 23	